



**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO  
FRENTE A LOS CONSTANTES DAÑOS SOPORTADOS POR LOS USUARIOS DEL  
SISTEMA DE SALUD, DURANTE EL PERÍODO 2015-2019**

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO  
FRENTE A LOS CONSTANTES DAÑOS SOPORTADOS POR LOS USUARIOS DEL  
SISTEMA DE SALUD, DURANTE EL PERÍODO 2015-2019**

**Juan Camilo Gil Gil  
Fermín Alejandro Yepes**

**Informe final de monografía de compilación presentado para optar al Título de Abogado**

**Angy Plata Álvarez  
Asesora**

**Universidad Autónoma Latinoamericana  
Facultad de Derecho  
Medellín  
2020**

## RESUMEN

En años recientes, se ha hecho evidente el paulatino incremento en el número de acciones de tutelas promovidas por los usuarios del sistema de salud colombiano, por la vulneración recurrente de su derecho a la salud, el cual fue consagrado como un derecho fundamental autónomo, a través de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), como respuesta a una de las órdenes emitidas por la Corte Constitucional mediante los 22 procesos que fueron acumulados para rendir la Sentencia T-760 de 2008, con la cual se evidenciaron de forma reiterativa estas violaciones.

Desde esta perspectiva, el propósito con la presente monografía es determinar la responsabilidad extracontractual del Estado frente a los constantes daños soportados por los usuarios del sistema de salud, durante el período 2015-2019, teniendo en cuenta que como se dijo, a partir del año 2015 se reconoció mediante ley estatutaria el carácter de esencial del derecho a la salud; para lo cual se efectuó una investigación socio-jurídica con enfoque cualitativo, basada en el método histórico-jurídico y documental.

Los resultados de esta investigación permiten establecer que, de acuerdo con el artículo 90 superior, la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la vulneración del derecho a la salud durante el período 2015-2019, se atribuye bajo los títulos de imputación por falla en el servicio médico (régimen subjetivo) y por omisión legislativa (régimen de responsabilidad objetivo). La primera, se imputa como falla por responsabilidad médica, cuando las entidades de salud o su personal médico actual de una forma imprudente, negligente e incumple con los protocolos exigidos para cada procedimiento; y además, como falla en la prestación del servicio, la que recae en las EPS o IPS públicas y privadas que brindan asistencia médica. Por su parte, la omisión se revela principalmente, con respecto a la falta de reglamentación y normativa relacionada con el derecho a morir dignamente; se trata de un título que para ser imputado, el demandante debe demostrar la ocurrencia del daño antijurídico y el nexo causal.

**Palabras claves.** Responsabilidad estatal, vulneración del derecho a la salud, falla en el servicio, omisión legislativa, derechos fundamentales.

## ABSTRACT

In recent years, the gradual increase in the number of action of human rights promoted by users of the Colombian health system has become evident, due to the recurrent violation of their right to health, which was consecrated as an autonomous fundamental right, to through the Statutory Health Law (Law 1751 of 2015), in response to one of the orders issued by the Constitutional Court through the 22 processes that were accumulated to render Sentence T-760 of 2008, with which they were clearly evidenced reiterate these violations.

From this perspective, the purpose of this monograph is to determine the State's non-contractual liability for the constant damages suffered by the users of the health system, during the period 2015-2019, taking into account that, as said, from the year 2015, the essential nature of the right to health was recognized by statutory law; for which a socio-legal research with a qualitative approach was carried out, based on the historical-legal and documentary method.

The results of this research allow to establish that, according to the superior article 90, the extra-contractual responsibility of the Colombian State for the violation of the right to health during the period 2015-2019, is attributed under the titles of imputation for failure in the service medical (subjective regime) and by legislative omission (objective liability regime). The first is imputed as a failure due to medical liability, when the health entities or their current medical personnel in a reckless, negligent way and does not comply with the protocols required for each procedure; and also, as a failure to provide the service, the one that falls on the public and private EPS or IPS that provide medical assistance. For its part, the omission is revealed mainly with respect to the lack of regulations and norms related to the right to die with dignity; it is a title that in order to be charged, the plaintiff must prove the occurrence of the unlawful damage and the causal link.

**Keywords.** State responsibility, violation of the right to health, service failure, legislative omission, fundamental rights.

## CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. PRECEPTOS JURÍDICOS QUE REGULAN EL DERECHO Y EL SERVICIO EN SALUD EN COLOMBIA.....	14
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA SOBRE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA.....	14
2.2. TRASEGAR HISTÓRICO DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA, SEGÚN SU CONFORMACIÓN Y REGLAMENTACIÓN JURÍDICA .....	18
3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA RELATIVO A LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD DE SU POBLACIÓN .....	29
3.1. SENTENCIA T-760 DE 2008: UN HITO FRENTE A LA VULNERACIÓN RECURRENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD. ....	29
3.1.1. PROBLEMAS JURÍDICOS CONCRETOS IDENTIFICADOS CON LA SENTENCIA T-760 DE 2008.....	30
3.1.2. PROBLEMAS JURÍDICOS GENERALES EMANADOS DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008.....	32
3.1.3. DISPOSICIONES ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008.....	34
3.2. AVANCES JURISPRUDENCIALES ENTRE LOS AÑOS 2015-2019: PERSISTEN LAS VIOLACIONES ADVERTIDAS CON LA SENTENCIA T-760 DE 2008.....	38
3.2.1. NEGACIONES RELACIONADAS CON EL ACCESO A LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS DEL PBS. ....	39
3.2.2. DEMORAS INJUSTIFICADAS EN LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE LAS EPS PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DEL PBS Y PARA LA AUTORIZACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE OTRAS SOLICITUDES.....	46
3.2.3. INFRACCIONES AL DERECHO A LA SALUD CON RESPECTO A LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SALUD. ....	51
3.2.4. INFRACCIONES AL DERECHO A LA SALUD ASOCIADAS CON EL REEMBOLSO DE PROCEDIMIENTOS.....	53
4. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL .....	55
5. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO, SEGÚN LOS ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN Y LOS PRECEPTOS CONSAGRADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL .....	58
5.1. DESDE LA IRRESPONSABILIDAD ABSOLUTA DEL ESTADO HASTA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN FALTA.....	58
5.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO.....	61
5.2.1. DAÑO ANTIJURÍDICO.....	64
5.2.2. ACCIÓN U OMISIÓN IMPUTABLE AL ESTADO.....	67
5.2.3. NEXO DE CAUSALIDAD.....	68
5.3. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN.....	70

5.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR FALLA EN EL SERVICIO Y OMISIÓN LEGISLATIVA FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD. .... 74

6. CONCLUSIONES..... 77

REFERENCIAS..... 80

## **LISTA DE FIGURAS**

- Figura 1. Estructura del sistema de salud en Colombia, de acuerdo con la Ley 100 de 1993..... 21
- Figura 2. Problemas jurídicos concretos dictaminados con la Sentencia T-760 de 2008..... 31
- Figura 3. Tipos de problemas jurídicos generales contenidos en la Sentencia T-760 de 2008. ... 33

## 1. INTRODUCCIÓN

En virtud de los preceptos consagrados en la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho y por lo tanto, tiene entre otros fines esenciales, la prevalencia del interés general de sus ciudadanos, la protección de sus derechos y libertades, así como, asegurar que las entidades públicas, los particulares y el Estado cumplan con sus deberes. Igualmente, respecto de este último, de conformidad con el artículo 90 superior, se establece la obligación de responder “patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90).

En este sentido, uno de los servicios públicos a cargo del Estado y de la administración pública, consagrados con la Carta Magna en su artículo 49, es la atención en salud, con el propósito de garantizar que todos los colombianos tengan acceso a los servicios de promoción, prevención, protección y recuperación de la salud (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991); a través del denominado Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el cual está constituido por tres regímenes para la afiliación de la población del país, a saber: subsidiado, contributivo y regímenes especiales y de excepción; con los cuales el Estado pretende lograr la cobertura universal del derecho a la salud de todos los colombianos, aquel que fue indicado como un derecho fundamental autónomo por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-016 de 2007, un reconocimiento que fue acentuado con la Sentencia T-760 de 2008 y consolidado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, con la que alcanzó el grado de derecho fundamental autónomo en el ordenamiento nacional y por lo tanto, éste debe ser garantizado para la totalidad de los ciudadanos sin importar su nivel socioeconómico (Congreso de Colombia, Ley Estatutaria 1751, 2015).

Resulta de gran relevancia entender las implicaciones y compromisos que se adquirieron por el ente estatal desde el momento mismo que se concibió al derecho a la salud, como un derecho fundamental autónomo y no pretender que la protección del mismo radique exclusivamente en el juez de tutela.

Con respecto a estos tres regímenes de salud, se reconoce el crecimiento paulatino en el nivel de aseguramiento al sistema de salud colombiano, pasando de una cobertura equivalente al 29,21% en el año de 1995 hasta llegar a un 95,23% de afiliaciones al mes de noviembre de 2019 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, 2019). En promedio entre los años 2015 y 2016, la mayor proporción de afiliados al SGSSS correspondió al régimen contributivo, pasando de 21'453.376 a 22'199.204 afiliados (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017a), lo que significó un incremento nominal del 2,6% entre el año 2015 (\$13,23 billones) y 2016 (\$13,58 billones) del presupuesto destinado por el gobierno nacional para el sector salud, el mismo que fue financiado durante este último período, en un 82% por recursos corrientes provenientes de los impuestos generales (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017b). Adicionalmente, entre los años 2017 y 2019, el mayor número de afiliaciones se presentó de nueva cuenta en el régimen contributivo, pasando de 22'045.454 a 22'931.507 usuarios, con un incremento equivalente a 135.867 afiliados en comparación con los resultados del régimen subsidiado (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019).

Para alcanzar los anteriores resultados y lograr la protección integral del derecho a la salud, el Estado colombiano ha efectuado avances y esfuerzos jurídicos notables, a través de los preceptos promulgados con la Constitución Política de 1991 y una serie de leyes, normas y sentencias relacionadas con este derecho; entre otras la Ley 100 de 1993 y la Sentencia T-760 de 2008; con las cuales no sólo se establecieron las disposiciones precisas para regular el sistema de salud público y privado del país, sino que también se instó a todas las instituciones gubernamentales implicadas con la prestación del servicio en salud, a corregir prontamente, las fallas estructurales del mismo.

Gracias a esto y según la información publicada por la Revista International Living (citada por Restrepo, 2017), se ha considerado que Colombia tiene el tercer mejor sistema de salud del mundo, para atender tanto a extranjeros como propios, debido al nivel de precios y a la calidad de los procedimientos médicos prestados; sumado a la acreditación internacional de la organización *Joint Commission* recibida por numerosos hospitales de las ciudades de Bogotá, Medellín y Bucaramanga.

Sin embargo, la realidad actual del país acerca de la protección del derecho a la salud demuestra que es insuficiente frente a las necesidades de la población, difiriendo ampliamente con las percepciones que se tiene en el extranjero y dejando mucho que desear en cuanto a los resultados antes mencionados, ya que cada vez son más los colombianos que soportan atropellos a su integridad y ven vulnerado su derecho a la salud. Por esto, desde la creación de la acción de tutela con la Carta Magna de 1991 como mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de los colombianos, se ha incrementado paulatinamente el número total solicitudes de amparo presentadas ante los estrados judiciales; generando que a partir del año 1999 y hasta diciembre de 2018, la población nacional interpusiera en promedio 2'043.871 solicitudes de esta naturaleza por necesidades de atención en salud. Para el año 2018, el número de acciones de tutelas promovidas fue de 207.734 para reclamar violaciones al derecho a la salud con un incremento del 5,09% en relación con el período 2017 (Defensoría del Pueblo, Colombia, 2019).

Según la Defensoría del Pueblo, se evidenció que en el año 2015 se obtuvo el registro más alto de los últimos 10 años con respecto a la interposición de las acciones de tutelas en salud en el país, equivalente al 24,606% de un total de 151.213 tutelas, con un incremento del 25,12% en comparación con el período 2014; cuando alcanzó un total de 118.281 tutelas interpuestas con el propósito de acceder a servicios de salud, de los cuales el 64,08% están dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS) y por lo tanto, deberían ser prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), sin la tediosa necesidad de acudir a la administración de justicia a través este mecanismo legal para exigir la protección de este derecho (Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para la Salud, Seguridad Social y la Discapacidad, 2017). Además en el año 2016, el 2,1% de las personas afiliadas al SGSSS que se encontraban enfermas, no recibieron solución para su problema de salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019).

Tal como se ha procurado exponer de forma sucinta, los órganos legislativos ha realizado avances normativos y aumentos progresivos al presupuesto de la salud en años recientes con la finalidad de garantizar la protección de este derecho fundamental; sin embargo Laurell (2012) plantea que estos esfuerzos no han sido suficientes y por ello, se ha presentado un considerable proceso de desfinanciamiento del SGSSS, en el sentido de que los recursos físicos y humanos son

exiguos para atender a los afiliados y su distribución territorial y social es desigual; lo cual ha generado el “extravío del propósito institucional de mejorar las condiciones de salud de la población y una tendencia al predominio de los intereses particulares, legítimos o ilegítimos, sobre el interés general. Se dan además a menudo distintas formas de corrupción” (p. 4).

El déficit presupuestal ha causado adicionalmente, la crisis del sistema de salud, manifestada con el cierre de hospitales, “como el Minerva, de Ibagué; otros trabajando a medias, como la Clínica León XIII de Medellín; salas de urgencia con sobrecupos (...) e incluso, IPS de la ciudad públicas y privadas cargadas de deudas, obligaciones e ilíquidas” (Arias & Álvarez, 2016, párr. 2). Uno de los asuntos más graves de esta situación, ha sido el flujo de caja negativo que registran numerosas clínicas y hospitales del país como resultado de la inoperancia del sistema y el incumplimiento en los pagos que deben realizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS), con los recursos recibidos del gobierno para tal fin: lo que repercute no sólo en su cartera de gastos, al endeudarse para prestar los servicios de salud sino también en la disminución en el número de pacientes atendidos (Asociación de Clínicas y Hospitales de Colombia –ACHC- citada por Colprensa, 2017).

Incluso, se ha ordenado y ejecutado la liquidación de diversas EPS de la nación, como Caprecom, SaludCoop, Cafésalud, entre otras; aunque para Serpa Uribe (2017), esto no significa que el gobierno haya respondido por las deudas de dichas entidades y mucho menos tenga claridad de lo que sucederá con los pacientes y las obligaciones de Cafésalud, específicamente. Y en el caso de la EPS Medimás, entidad que fue sancionada por la Superintendencia de Salud con una cuantiosa multa equivalente aproximadamente, a 1.700 millones de pesos por incumplir con la conformación y el seguimiento a su red de prestación de servicios en el territorio nacional y la Corte Constitucional instó a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue a los funcionarios que se han negado a cumplir con las disposiciones determinadas por este organismo judicial en procesos anteriores contra dicha organización (Benavídez, 2017). En conjunto, todas estas problemáticas relacionadas con el sistema de salud, ha ocasionado que la Federación Nacional de Personeros de Colombia en cabeza de su presidenta, Sandra Lorena Cárdenas (2017); presentara una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “por la omisión que ha tenido el Estado colombiano frente a las quejas de los usuarios por las negativas en la prestación de los servicios de salud” (párr. 2) y para exigir que se apliquen con celeridad las leyes que el ordenamiento jurídico establece para que el derecho a la salud de cada uno de los ciudadanos, sea garantizado de forma universal e integral (Cárdenas, 2017).

Teniendo en cuenta el contexto descrito previamente, se pretende a través de la presente monografía, responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la responsabilidad del Estado colombiano frente a los constantes daños soportados por los usuarios del sistema de salud durante el período 2015-2019<sup>1</sup>?

En este orden de ideas, el objetivo general planteado fue determinar la responsabilidad extracontractual del Estado frente a los constantes daños soportados por los usuarios del sistema de salud, durante el período 2015-2019; para lo cual se describen los preceptos jurídicos que regulan el derecho y el servicio de salud en Colombia, se examina el desarrollo jurisprudencial de

---

<sup>1</sup> Se tomó dicho periodo toda vez que a partir del año 2015 se reconoció mediante ley estatutaria (Ley 1751 de 2015) el carácter de esencial del derecho a la salud.

la Corte Constitucional colombiana frente a la infracción al derecho a la salud de su población y se establece si procede la declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano para este caso en particular, según los elementos que la configuran y el eventual título de imputación aplicable.

De acuerdo con los lineamientos de la Universidad Autónoma Latinoamericana contenidos en el Acuerdo 388 de 2015, el desarrollo del presente trabajo de grado, se sustenta desde la modalidad de monografía de compilación; la cual como su nombre lo indica está enfocada en la resolución prospectiva de un problema jurídico mediante el diálogo argumentativo entre diversos autores (UNAULA, Acuerdo 388, 2015). Desde esta perspectiva, es posible señalar que, en función de este tipo de monografía, se recopiló y clasificó información publicada principalmente durante los años 2015-2019, sobre los daños a la salud que han afrontado los usuarios del sistema de salud colombiano y la responsabilidad extracontractual que recae sobre el Estado y sus servidores públicos; logrando de este modo, darle solución a este problema jurídico mediante los aportes doctrinales, normativos y jurisprudenciales de múltiples autores, juristas y entidades judiciales del territorio nacional.

Para complementar lo anterior, la elaboración de esta investigación, se justifica desde el contexto social, porque contribuye con la población colombiana en general, buscando hacer claridad sobre las diferentes normas que regulan su derecho a la salud y la responsabilidad del Estado cuando dicho derecho les es transgredido, a través de los funcionarios y agentes públicos que prestación el servicio de salud. Desde una perspectiva personal, los autores de esta monografía de compilación, considera el ejercicio relevante, pues permite la aplicación de los conocimientos adquiridos durante su proceso de formación en Derecho; y de este modo, hacer un aporte documental actualizado sobre el tema; el cual podrá ser consultado por otros estudiantes del programa de derecho interesados en profundizar acerca de esta temática, y comunidad en general.

Para responder a la pregunta planteada y cumplir los objetivos de investigación formulados con la presente monografía de compilación, se realizó un estudio con enfoque cualitativo, el cual según los aportes teóricos de Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2014), hace referencia a aquellas investigaciones de naturaleza holística, orientadas hacia la comprensión e interpretación de un fenómeno de estudio o sistema social en particular; con la finalidad de construir conocimiento de acuerdo con la realidad en la que emerge; lo cual es aplicable en este caso, porque se pretende lograr la exégesis del derecho a la salud y de la responsabilidad del Estado colombiano, en el sistema jurídico nacional.

Para complementar lo anterior, el desarrollo de este estudio se enmarca en una investigación de socio-jurídica, ya que de acuerdo con Clavijo Cáceres, Guerra Moreno y Yáñez Mesa (2014); la misma está enfocada en el análisis de las normas que rigen determinado objetivo de estudio, pero teniendo en cuenta la realidad social y sus efectos en la sociedad. Por lo tanto, desde esta perspectiva, se trata de este tipo de investigación, dado que examinan los preceptos normativos y jurisprudenciales que regulan el derecho a la salud, la responsabilidad estatal y las consecuencias que se generan en la realidad de los usuarios del sistema de salud en Colombia, cuando se presentan daños por deficiencias en el servicio de salud.

Por otra parte, el método de investigación empleado para efectuar esta monografía, corresponde con el método histórico-lógico, debido a la explicación de la evolución histórica del

fenómeno de estudio, en este caso, aquella que ha tenido el derecho a la salud en el contexto nacional, tanto con respecto a la normativa asociada con este derecho como con el desarrollo que ha presentado su implementación en Colombia, a través del sistema de salud (Villabella Armengol, 2015). De igual forma, se utilizó un método jurídico-documental, ya que este permite el estudio de un fenómeno a partir de un conjunto de fuentes documentales y normativas relacionados con el mismo; lo que se aplica en este caso, porque al recopilación y análisis de la información se efectuó mediante los contenidos de las leyes y pronunciamientos proferidos por los órganos legislativos del país, así como, a través de una serie de fuentes doctrinales y académicas relacionadas con el tema del derecho a la salud y la responsabilidad del Estado (Botero Bernal, 2003).

Con relación a las fuentes académicas, se seleccionaron y revisaron principalmente libros publicados por reconocidos doctrinantes nacionales, artículos de investigación publicados en revistas especializadas, las cuales fueron obtenidas mediante la búsqueda de diversas bases de datos virtuales, tales como: *Scielo*, *Redalyc*, *Dialnet*, *Science Direct*, *Latindex*, entre otros. Sumado a esto también se examinaron trabajos de grados, obtenidos a través de múltiples repositorios en línea. La jurisprudencia que se seleccionó se hizo en el portal Web Oficial de la Rama Judicial.

En todo caso, la búsqueda se realizó, teniendo en cuenta la determinación temporal advertida en líneas precedentes, esto es, entre los años 2015-2019, utilizando entre otros descriptores, los siguientes: derecho a la salud, responsabilidad estatal, daños al derecho a la salud, daños por atención en salud, sistema de salud en Colombia, y evolución histórica del derecho a la salud.

No obstante, es menester clarificar que también se estudiaron otras sentencias proferidas por fuera de este lapso, como la Sentencia T-760 de 2008; pero que son fundamentales para alcanzar los objetivos de esta monografía y comprender el objeto de estudio de la misma. De igual forma, es preciso mencionar que, para el análisis de la información recopilada según las fuentes documentales referidas, se utilizó la técnica de análisis jurisprudencial y doctrinal; mediante la cual se efectuó una revisión de las providencias halladas acerca del problema jurídico que se estudia con esta monografía de compilación y de este modo, fue posible identificar las principales problemáticas abordadas con estas sentencias, los aspectos procesales más relevantes, el motivo y los aspectos más relevantes de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional sobre los daños al derecho a la salud y por el Consejo de Estado, en los concerniente con la responsabilidad del Estado por estos daños.

El presente informe final de monografía de compilación está conformado con tres capítulos, a saber, en el capítulo uno, se hará una presentación de la evolución histórica del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional, para descender a la descripción actual del sistema de salud en Colombia y los preceptos que reglamentan el mismo junto con las normas proferidas en el país para regular el derecho a la salud. Acto seguido, se continua con el capítulo dos, en el que, producto de la correspondiente indagación, se expone el desarrollo jurisprudencial proferido por la Corte Constitucional, frente a la vulneración al derecho a la salud de su población, teniendo en cuenta, principalmente las sentencias dictadas durante el período 2015-2019. Posteriormente, se halla el capítulo tres, el cual se inicia con el abordaje doctrinal y jurisprudencial de los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Carta Magna y se continua con la caracterización de la responsabilidad estatal surgida de la infracción del derecho

a la salud, estableciendo el posible título de imputación aplicable y haciendo un breve acercamiento en el medio de control de reparación directa y su procedencia. Por último, se plantean las conclusiones de esta investigación, según los objetivos formulados con la misma y se finaliza, con las respectivas referencias bibliográficas de los documentos consultados y citados a lo largo de este trabajo.

## 2. PRECEPTOS JURÍDICOS QUE REGULAN EL DERECHO Y EL SERVICIO EN SALUD EN COLOMBIA

De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho, que conforme a sus fines esenciales, está en la obligación de garantizar a todos sus administrados, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna, así como la protección de los mismos y la prevalencia del interés general. Sumado a esto, el Estado tiene a su cargo la prestación de una serie de servicios públicos, con el propósito no solo de salvaguardar estos derechos sino también para el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Dentro de estos derechos y servicios, se encuentra el de salud.

En este orden de ideas, a continuación, en este capítulo se realiza una descripción acerca de los preceptos jurídicos que reglamentan el derecho y el servicio en salud en Colombia; iniciando con la evolución histórica del **derecho a la salud** en el ordenamiento jurídico nacional, para finalizar con los antecedentes históricos de la prestación del **servicio público en salud** del país, según la conformación del sistema de salud y las normas que rigen su desarrollo y funcionamiento en el territorio nacional.

### 2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA SOBRE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Antes de la promulgación de la Constitución Política colombiana de 1991, el derecho a la salud parecía carecer de relevancia para los partidos políticos de la época e incluso, era considerado un derecho de segunda generación o prestacional, también conocidos como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), aquellos que exigen una intervención del Estado para su realización, a través de prestaciones y servicios públicos (Fraguas Madurga, 2015).

No obstante, a partir del desarrollo jurídico del derecho a la salud efectuado en el ámbito mundial, por medio de diversos organismos y tratados internacionales, a nivel nacional comenzó a dársele un tratamiento legislativo diferente. Así, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados Partes determinaron que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)” (Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217A (III), 1948, art. 25, num. 1). Posteriormente, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud, según el artículo 11 fue declarado como un derecho de preservación mediante una serie de medidas sanitarias y sociales, conforme con los recursos públicos y los de la comunidad disponibles para esto (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1948).

En el año 1966, a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los Estado Partes reconocieron “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [ACNUDH]. Resolución 2200 A (XXI), 1966, art. 12). Con la finalidad de lograr una aplicación eficiente del PIDESC en cuanto al derecho a la salud, se definió a través de la Observación General 14, una serie de cuestiones sustantivas al respecto. Desde esta perspectiva, se elevó el derecho a la salud, como un derecho humano fundamental, reconocido en el contexto mundial por medio de diversos instrumentos de derecho internacional, guarda estrecha relación

con otros derechos humanos como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, entre otros. Así mismo, con esta Observación General, se clarificó que la intervención efectiva de la salud en los países del mundo, tienen dependencia en el nivel de recursos con los que cuenta el Estado y la relación de este con los individuos de un territorio dado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CESCR], 2000).

De acuerdo con los preceptos aludidos, es posible visualizar que con el trasegar del tiempo, la salud no solo se consagró como un derecho ingénito a toda la población mundial, sino que se fue conceptualizando de una manera integral, como un estado de bienestar que se obtiene con el equilibrio entre cuerpo y mente, junto con la ausencia de enfermedad. Una noción que se consolidó con la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2014), la cual establece que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”* (p. 1).

Con la pretensión de adoptar y ratificar los postulados normativos proferidos en función del derecho a la salud, a través de los instrumentos jurídicos internacionales referenciados en acápite previos; el Estado colombiano inició este proceso con la promulgación de la Constitución Política de 1991, con la cual si bien no se consagró a la salud como un derecho propiamente dicho y menos aún fundamental; si se institucionalizó como un Derecho Económico, Social y Cultural irrenunciable, conforme con lo preceptuado en los artículos 48 y 49 superiores, estableciendo con este último, la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio en manos del Estado y para beneficio de todos los colombianos.

A su vez, el artículo 49 Superior, también fijó como servicios a cargo del Estado, el saneamiento ambiental y la atención en salud de una forma descentralizada y por niveles de atención para procurar la cobertura efectiva de toda la población del país; esto junto con la obligación de organizar, dirigir y reglamentar estos servicios en el marco de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; aunado al deber estatal de definir e implementar políticas relacionadas con la prestación del servicio de salud y de ejecutar acciones de vigilancia y control. Adicionalmente, con estos mandatos constitucionales, se aprobó la participación de particulares en la prestación del servicio de salud y se determinó el deber de los ciudadanos colombianos de procurar su autocuidado y el de su comunidad.

A partir del contenido constitucional de los artículos 48 y 49, en la Carta Magna nacional, también se dictaminaron otros aspectos relacionados con el derecho a la salud, como el derecho fundamental a la salud de los niños (art. 44), la garantía de prestar servicios de salud y seguridad social a las personas de la tercera edad (art. 46) y a los trabajadores agrarios (art. 64); así como, la organización y destinación exclusiva a los servicios de salud y educación, los recursos financieros obtenidos con las empresas monopólicas de los licores y de los juegos de azar (art. 336) y las reglas para la transferencia de recursos a las regiones para efectos de garantizar el servicio de salud (artículo 356).

Ahora bien, dado que la Constitución no expresa explícitamente la salud como derecho sino como un servicio, la doctrina y la jurisprudencia constitucional se han enfocado en resaltar este derecho en el marco normativo nacional, por su naturaleza iusfundamental; esto significa que

el derecho a la salud es una prerrogativa basada en principios y no en normas estáticas, por lo tanto, su análisis, interpretación y tratamiento conceptual se realiza con respecto a los alcances de los derechos fundamentales que se positivizan en las Constitucionales o Cartas Políticas fundacionales y que irradian todo el ordenamiento jurídico del país. Lo anterior ha ocasionado que desde el año 1991, la Corte Constitucional se interese por su análisis y desarrollo, a partir de diversas posiciones que llaman especial atención a nivel mundial. En un primer momento y en reiteradas providencias como la Sentencia T-002 de 1992, se consideró la salud como un derecho fundamental, aun cuando el mismo se determinó como un derecho subordinado a los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) de acuerdo con el contenido constitucional de la Carta Magna nacional y porque, además este derecho cumple con los criterios de los derechos esenciales de las personas, a saber: inherencia, la inalienabilidad y esencialidad (Rodríguez Quintana & Aranzazu Victoria, 2015).

Años más tarde, la Corte Constitucional concibió el derecho a la salud desde una doble connotación: **fundamental y asistencial**. Como derecho fundamental por los criterios referenciados en líneas anteriores y bajo la modalidad de derecho asistencial, porque se trata de un derecho cuya aplicación de políticas globales y del desarrollo económico y social del país, lo que se encuentran limitado a la disponibilidad de recursos (Sentencias SU-111 de 1997, T-409 de 1995, T-645 de 1996, T-586 de 1999, C-463 de 2008)<sup>2</sup>.

Posteriormente, el tratamiento judicial del derecho a la salud se desarrolló como un derecho fundamental por conexidad; lo que se significa que el reconocimiento de este derecho procedía desde su conexión con otros derechos declarados abierta y explícitamente como derechos fundamentales, en especial con el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la integridad física, psíquica y moral. Grosso modo, se identifica que el reconocimiento del derecho a la salud, estaba supeditado en demostrar que las vulneraciones que afectaban la salud de los colombianos, de igual forma derivaban en la transgresión de otros derechos declarados como fundamentales en la Constitución Política de 1991; por lo tanto, con ello no se otorga el rango fundamental al derecho social, sino que la protección se otorga para evitar la vulneración del derecho que si goza de dicho carácter, como el derecho a la vida (Sentencias T-406 de 1992, T-494 de 1993, T-207 de 1995, SU-111 de 1997, T-328 de 1998, T-177 de 1999, T-027 de 1999, T-101 de 2000 y T-128 y 204 de 2000, T-881 de 2007, entre otras)<sup>3</sup>.

Adicional a las posturas señaladas en breve, la Corte Constitucional también elevó el derecho a la salud desde su dimensión fundamentalista y su naturaleza autónoma con relación a determinados grupos poblacionales del país de especial protección, debido a su manifiesta situación de vulnerabilidad e indefensión. En este sentido, se estipularon vía constitucional y jurisprudencial, los siguientes sujetos de especial protección con respecto a la garantía del derecho a la salud, a saber: los niños, los adolescentes, los adultos mayores, las personas con diversidad

---

<sup>2</sup> Sentencias SU-111 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; T-409 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell; T-645 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero; T-586 de 1999 MP Vladimiro Naranjo Mesa; C-463 de 2008, MP Jaime Araújo Rentería.

<sup>3</sup> Sentencias T-406 de 1992, MP Ciro Angarita Barón; T-494 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa; T-207 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero; SU-111 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; T-328 de 1998, MP Fabio Morón Díaz; T-177 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz; T-027 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa; T-101 de 2000 y T-128 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo; T-204 de 2000, MP Fabio Morón Díaz; T-881 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil.

funcional física, síquica y sensorial, las madres cabeza de familia, las mujeres embarazadas y lactantes, las comunidades étnicas, los defensores de derechos humanos, las personas privadas de la libertad, los enfermos de VIH/SIDA y otras enfermedades catastróficas, las personas en situación de desplazamiento forzado por causa de la violencia, aquellas que se encuentran en situación de extrema pobreza, entre otros grupos (Rodríguez Quintana & Aranzazu Victoria, 2015) (Sentencias T-322 de 2000, T-1234 de 2004, T-025 de 2004, T-1093 de 2008, T-355 de 2011, T-979 de 2011, T-790 de 2012)<sup>4</sup>.

Prosiguiendo con las posturas adoptadas por la Corte Constitucional para analizar el derecho a la salud, se tiene aquella que en su momento, consideró este derecho de carácter fundamental autónomo en el caso donde se discutía el suministro y prestación de medicamentos y procedimientos contenidos o no en el POS; es decir que, debido a su componente prestacional, la población colombiana tenía derecho a recibir la atención de salud definido en los Planes Básicos de Salud, los cuales fueron creados a través de la Ley 100 de 1993, haciendo distinción entre el plan definido para el régimen contributivo y el régimen subsidiado; una situación que no está vigente en la actualidad, como resultado de la unificación de estos planes ejecutada desde el año 2012 (Sentencias T-016 de 2007, T-1176 de 2008, T-760 de 2008)<sup>5</sup>.

Ante los avances jurisprudenciales efectuados por la Corte Constitucional respecto del derecho a la salud, éste finalmente fue reconocido como un derecho fundamental *per se*; por medio de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, lo cual se derivó en especial, como consecuencia del pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 debido a las numerosas acciones de tutelas promovidas por los colombianos para la protección de su derecho a la salud y gracias a las bases normativas provistas en la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en especial la Observación General 14 y la Constitución Política de Colombia; con el propósito de instituir el derecho fundamental a la salud con base en sus características sustantivas, entre otras, que es inherente a la condición humana, es irrenunciable, que no prescribe y que es deber del Estado garantizarlo (Ramírez Ramírez, Rocha Beltrán, Durango Suárez, & Rodríguez Álvarez, 2016). Específicamente, con esta norma, se preceptuó la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, determinando que:

El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado (Congreso de Colombia, Ley Estatutaria 1751, 2015, art. 2).

<sup>4</sup> Sentencias T-322 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo; T-1234 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández; T-025 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa; T-1093 de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil; T-355 de 2011 y T-979 de 2011, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-790 de 2012, MP Alexei Julio Estrada.

<sup>5</sup> Sentencias T-016 de 2007 y T-1176 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto; T-760 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

A tenor del precitado texto, es posible indicar que el derecho fundamental autónomo a la salud en Colombia, conforme con lo estipulado con la Ley 1751 de 2015; precisa una serie de asuntos esenciales no solo para asegurar un estado de bienestar para todos los habitantes del territorio nacional, sino que, además en su carácter prestacional, se fijan acciones tanto para el tratamiento integral de las necesidades en salud de la población como para prevenir y promocionar la salud, de forma tal que se fomente el autocuidado de las personas, en lo individual y en lo colectivo. Así mismo, este precepto normativo, se deja en claro, las obligaciones del Estado colombiano para procurar un derecho a la salud real y un servicio de salud eficiente, fundamentado en una gestión del mismo sin la delegación de su responsabilidad a otros actores del sistema y en la adopción de políticas acordes con los requerimientos de sus ciudadanos, que favorezcan la igualdad y las oportunidades para todos en el acceso a los servicios ofertados.

## **2.2. TRASEGAR HISTÓRICO DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA, SEGÚN SU CONFORMACIÓN Y REGLAMENTACIÓN JURÍDICA**

Los antecedentes históricos contemporáneos del servicio y el sistema de salud en Colombia, datan del año 1886 cuando el gobierno nacional en su interés por solucionar la situación en salud de ese momento, consolidó hasta el año 1946, el denominado modelo higienista, sustentado en lineamientos internacionales y orientado primordialmente hacia la atención de asuntos sanitarios, medidas de higiene y controles epidémicos (Ojeda Pérez & Lozano, 2015); dejando de lado, los programas de prevención y curación de los usuarios, quienes debían costearlos con sus propios recursos o a través de algunas instituciones religiosas de caridad existentes en ese entonces (Orozco Africano, 2008). De igual forma, amparado en este modelo, también se reconoció a la salud como una cuestión estatal centralizada y se creó la Junta Central de Higiene conforme con Ley 30 de 1886 para resolver los problemas en el país asociados con la salubridad pública (Consejo Nacional Legislativo, Ley 30, 1886).

Hasta comienzos del siglo XX, la regulación y la atención en salud en Colombia no presentó mayores modificaciones al respecto, pero a partir de la llegada de los procesos de industrialización al país, se pasó del modelo higienista hacia un modelo de formalización fundamentado en las premisas organizativas implementadas en Alemania, iniciando con la conformación en 1945 de la Caja Nacional de Previsión para la atención en salud de los empleados públicos y prosiguiendo en el año 1946 con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), enfocado en la atención en salud de los empleados del sector privado formal (Ojeda Pérez & Lozano, 2015) y la creación de las Cajas de Compensación a partir del año 1954 (Guerrero, Gallego, Becerril-Montekio, & Vásquez, 2011).

Ahora bien, en la década de los años 60 y 70, se destaca la creación del Sistema Nacional de Salud (1975) y el Fondo Nacional Hospitalario (1967); instrumentos que en su conjunto favorecieron la construcción de grandes e importantes hospitales públicos en el país, en general, “ligados a prestigiosas facultades de medicina, con excelente dotación tecnológica y gran capacidad de resolución de problemas de salud” (Orozco Africano, 2006, p. 12). Es preciso mencionar que durante esta época y en la década siguiente, la finalidad del Estado colombiano en materia de salud, estaba dirigida principalmente hacia la disminución de las tasas de morbilidad y mortalidad, según Carmona-Fonseca (2005) con mayor asiduidad en lo concerniente con los

índices de mortalidad infantil, los cuales oscilaban entre 66,9 y 53,3 niños nacidos en el país por cada mil niños.

Sin embargo, en la década de los años 80, este sistema reveló las debilidades que poseía, debido al carácter centralizado del mismo, evidenciando la necesidad de establecer un modelo descentralizado y así, desarticular las funciones en salud que los servicios seccionales tenían a su cargo (Orozco Africano, 2006). Ante esta compleja coyuntura, el Estado efectuó algunos avances para reestructurar su Sistema Nacional de Salud, a través de la Ley 10 de 1990, como la organización de la prestación del servicio de salud en tres niveles de atención, a saber: el primer nivel correspondía a los hospitales locales y centros y puestos de salud y tanto el segundo como el tercer nivel concernían a los hospitales regionales, universitarios y especializados. De igual forma, se definió una serie de principios básicos con los que se buscaba mejorar el acceso a los servicios de salud, los cuales fueron: a) Universalidad, b) Participación ciudadana, c) Participación comunitaria, d) Subsidiariedad, e) Complementariedad, f) Integración funcional (Congreso de Colombia, Ley 10, 1990).

Siguiendo con esta misma línea legislativa, el Estado colombiano promovió una nueva reglamentación para el sistema de salud y su descentralización, designando una serie de competencias y funciones específicas a cargo de las administraciones municipales; esto con la finalidad de lograr las respectivas autorizaciones para el giro directo de los recursos del situado fiscal. Entre otros asuntos, los municipios asumieron la responsabilidad de crear direcciones locales de salud, un fondo local de salud y un sistema de información en salud, este último, con el propósito de diagnosticar las condiciones de salud de la población y la elaboración de un Plan Local de Salud para vigilar y controlar la ejecución de los recursos en salud, transferidos por el gobierno nacional (Orozco Africano, 2006). Si bien el Estado colombiano pretendía corregir las falencias del sistema de salud en el territorio nacional mediante su descentralización, también se identificó que estas mejoras normativas y procedimentales fueron incipientes y no lograron incrementar la eficiencia en la prestación del servicio de salud, tanto a la población urbana como rural, ni el aumento en la cobertura a nivel nacional y tampoco, la reducción de los elevados costos fiscales del sistema, originados por la prestación de este servicio en manos del Estado y amparado en la modalidad de subsidios a la oferta (Uprimny Yepes & Durán, 2014); con los cuales se buscó la transferencia de recursos a las entidades de salud para conseguir que las tarifas de los servicios de salud no aumenten para ningún colombiano, generando con ello, mayor desigualdad social debido a que estos subsidios se otorgaban por igual a todas las personas del país, sin tener en cuenta su situación económica y social.

Con el paso de los años y en correspondencia con las tendencias neoliberales y globales de la época, se consagró la Ley 100 de 1993, un cuerpo normativo que en su momento representó un avance relevante en cuanto a la regulación del derecho y el servicio de salud en el país, mediante la proclamación de los principios rectores del actual Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), es decir, la eficiencia, solidaridad, integralidad y unidad; y que incluso, parecía una panacea para solucionar las ineficiencias en materia de salud que mostraba el país en ese momento (Ojeda Pérez & Lozano, 2015). No obstante, la realidad ha sido que al instituir el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) bajo un enfoque económico basado en el mercado regulado propuesto por el Banco Mundial en 1993, el cual no “daba cuenta de las disparidades existentes

entre las economías de mercado consolidadas y el mundo subdesarrollado” (Herrera Llamas, García Alarcón, & Herrera Aguilar, 2016, p. 71).

Doctrinalmente, el sistema de salud consagrado con la Ley 100 de 1993, está fundamentado en el denominado Modelo del Pluralismo Estructurado planteado por Londoño y Frenk (1997), también conocido como Mercado Regulado, Sistema de Libre Mercado o Competencia Administrada. En palabras de Guzmán Mora (2000), se trata de un modelo neoliberal con tintes neoclasicistas que procura el resurgimiento del poder del mercado disminuyendo o eliminando la intervención del Estado en asuntos de salud, bloqueando su función redistributiva y prevaleciendo lo privado sobre lo público.

Desde una perspectiva positiva y según las premisas teóricas planteadas por Londoño y Frenk (1997), el Pluralismo Estructurado, supera las limitaciones del Modelo de Contrato Público y surge de sus fortalezas, es decir, en relación con la movilidad (integración horizontal de la población) y la separación de funciones (financiamiento público en combinación con la participación privada en la prestación de servicios). No obstante, sus principales debilidades se originan con respecto a las funciones de modulación y articulación del sistema, al hacerlas más evidentes en el mercado regulado de la salud.

En atención a los referentes planteados en acápites previos, tanto Londoño y Frenk (1997) como Ramírez (2013), estiman que el SGSSS en Colombia es un sistema de competencia regulada con financiamiento mixto, integrado por actores públicos y privados, basado en la relación mercado-regulación y en el Modelo del Pluralismo Estructurado con el cual se pretendió evitar los extremos del monopolio en el sector público y la atomización del sector privado (Agudelo Calderón, Cardona Botero, Ortega Bolaños, & Robledo Martínez, 2011; Bernal & Barbosa, 2015). De igual forma, este sistema se encuentra cimentado en el Modelo del Pluralismo Estructurado, debido a la gestión de servicios de salud efectuada por particulares, el control (incipiente) de estos por parte del Estado y el financiamiento compartido del sistema. También es posible indicar que se trata de una integración de determinados componentes y características claves de otros modelos existentes, con el fin último de alcanzar un sistema basado en la equidad, calidad y eficiencia; lo que en la práctica no se ha logrado, ni ha arrojado los resultados esperados, debido a la falta de asignación productiva y eficiente de los recursos, así como, al desarrollo insuficiente de un marco legislativo que contribuya con la regulación, comprensión y satisfacción de las necesidades de salud individuales y colectivas. Lo que en conjunto se presenta porque este modelo considera el derecho a la salud una mercancía y no como una serie de variables relacionadas con la conservación y re-establecimiento del mismo.

Conforme con lo planteado de forma sucinta y según el contenido de la Ley 100 de 1993, el SGSSI en Colombia en su sentido amplio, fue constituido a través del Sistema General de Pensiones para la protección del riesgo por invalidez, vejez y muerte; el sistema de riesgos profesionales enfocado en la atención y prevención de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y el sistema en salud, relacionado con la atención de enfermedad general y maternidad (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993). La estructura del sistema de salud en Colombia, ha sido reformada a través de los años, por medio de diversos cuerpos normativos, entre los cuales se encuentran la Ley 1122 de 2017 y la Ley 1438 de 2011; esto con la finalidad de subsanar las falencias y debilidades que se han presentado y de este modo, garantizar el acceso de toda la

población del país a los servicios de salud, reformas que han sido compiladas con el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 y que se explican en los siguientes acápite.

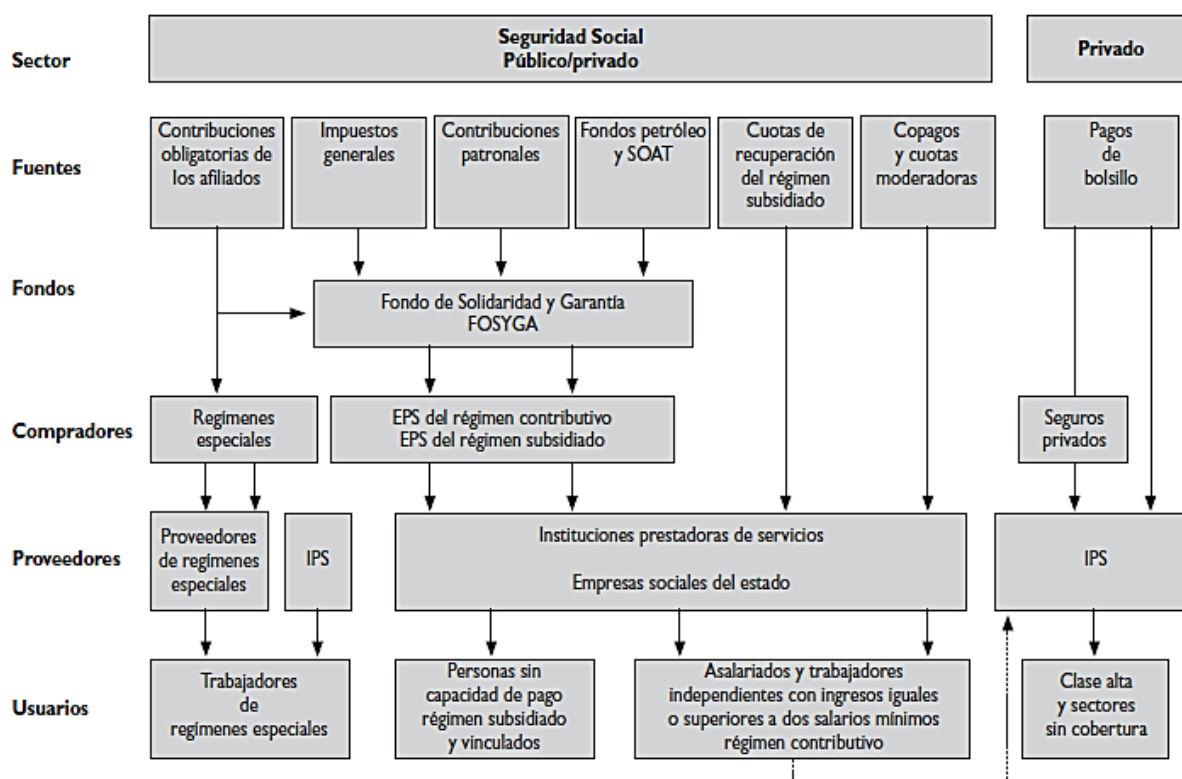


Figura 1. Estructura del sistema de salud en Colombia, de acuerdo con la Ley 100 de 1993. Fuente: tomado de Guerrero, Gallego, Becerril-Montekio y Vásquez (2011, p. S145).

Según los preceptos de la Ley 100 de 1993 y la información de la figura 1, es posible señalar que, desde sus inicios, los recursos para la financiación del sistema de salud colombiano, se derivan de dos fuentes en particular. Por una parte, están los recursos fiscales, los cuales corresponden a los impuestos generales recaudados por la nación y los recursos obtenidos con la producción y comercialización de petróleo; y por otra parte, se tienen los recursos parafiscales, aquellos que provienen de las a) contribuciones obligatorias realizadas por los trabajadores y los empleadores, b) los copagos que son pagos porcentuales que deben asumir los beneficiarios del cotizante para recibir ciertos servicios de salud, como cirugías, por ejemplo junto con los afiliados al régimen subsidiado y c) las cuotas moderadoras, las cuales hacen referencia a los pagos que deben realizar los cotizantes y beneficiarios para acceder a los servicios que por norma están definidos para recibir dicho aporte, es el caso de las consultas con médico general y los medicamentos ambulatorios, entre otros (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993).

Continuando con un análisis de la figura 1, se evidencia que el proceso de financiación del sistema de salud, comienza con el recaudo de los recursos efectuado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las autoridades sanitarias; quienes trasladan dichos recursos al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), para que la Administradora de los recursos del SGSSS (ADRES), una Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrita al Ministerio de Salud y

Protección Social, se encargue, entre otros asuntos, de pagarle a las Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS), por los servicios en salud prestados a sus usuarios.

A tenor de lo planteado en breve, es preciso explicar que el sistema de salud colombiano, con fundamento en la Ley 100 de 1993, se consagró como una estrategia de aseguramiento con el objetivo de lograr la cobertura en salud para toda la población y en todos los niveles de atención; mediante la cual, un asegurador “llamado Empresa Promotora de Salud (EPS), está obligado a garantizar un paquete de servicios contenido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), mediante Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS). Tanto las EPS como las IPS pueden ser públicas o privadas” (Uprimny & Durán, 2014, p. 9). La implementación de esta estrategia se efectuó mediante la conformación de tres regímenes, enfocados en la vinculación y atención de los usuarios, a saber: contributivo, subsidiado y los especiales y de excepción.

Desde esta perspectiva y conforme con la Ley 100 de 1993, se hace preciso señalar que al régimen contributivo deben afiliarse como cotizantes, “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago” (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993, art. 157); quienes a su vez, pueden afiliar a los miembros de su grupo familiar como beneficiarios, entre ellos se encuentran el conyugue o compañero permanente, incluyendo parejas del mismo sexo, los hijos menores de 25 años que dependan económicamente del cotizante, los menores de 18 años entregados en custodia. Les corresponde a los afiliados en este régimen, el pago de una cotización, bien sea financiado por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador, equivalente, desde el primero de enero del año 2007, al 12,5% del salario base del trabajador afiliado, de los cuales el 8,5% es pagado por el empleador y el 4% restante está a cargo del empleado; además, el 1,5% de la cotización total es trasladado a la subcuenta de Solidaridad de FOSYGA para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993).

Las cotizaciones obligatorias de los afiliados al régimen contributivo son recaudadas por las EPS, por delegación del FOSYGA, las cuales descuentan el valor de las Unidades de Pago por Capitación (UPC), establecidas según el contenido del POS y después trasladan la diferencia al FOSYGA, a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el FOSYGA deberá cancelar la diferencia del mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993).

Cabe mencionar que las UPC, es el valor anual que se le reconoce a cada afiliado al SGSSS en el régimen contributivo y subsidiado, para solventar los servicios definidos en el POS, el cual es pagado a las EPS para garantizar la atención en salud de sus afiliados (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993) y para el año 2020, se incrementó en el régimen contributivo en 5,36 puntos porcentuales con respecto al año anterior, alcanzando un total para cada usuario, igual a \$892.591,20 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020).

Por otra parte, se tiene que el régimen subsidiado está conformado por las personas desempleadas, pobres y vulnerables con sus respectivos grupos familiares, que no tienen capacidad para pagar la correspondiente cotización; a quienes el Estado vincula al sistema de salud mediante el pago de una cotización subsidiada, total o parcial, la cual es financiada con recursos fiscales o

del FOSYGA. La administración de este régimen es ejecutada por las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud del país, a través de la suscripción de contratos de administración del subsidio con aquellas EPS que afilian a los beneficiarios de dichos subsidios, las cuales tienen a su cargo la prestación de los servicios definidos con el POS, de forma directa o indirecta (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993), los que a su vez, son pagados según la UPC fijada por el gobierno nacional, el mismo que pasa de \$787.327,20 para el año 2019 a 829.526,40 en el 2020 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Con la proclamación de la Ley 1122 de 2007, se determinó que las personas anteriormente mencionadas que están en calidad de beneficiarios del régimen subsidiado, se seleccionan teniendo en cuenta a aquellas personas clasificadas en los niveles I y II del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), siempre y cuando no se encuentren en el régimen contributivo o deban estar en este o en otros regímenes especiales y de excepción (Congreso de Colombia, Ley 1122, 2007).

Si bien los regímenes especiales y de excepción son prescindibles como objeto de estudio de la presente monografía de compilación, es oportuno exponer que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, estos regímenes se encuentran conformados por las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, los servidores públicos y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas y el personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990 (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993), modificado con el Decreto 1792 de 2000; es decir, el personal civil que presta sus servicios en las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional (Presidente de la República de Colombia, Decreto 1792, 2000).

Para complementar el desarrollo jurídico-normativo del sistema de salud explicado hasta aquí y acorde con la estrategia de aseguramiento y el modelo de mercado regulado que lo fundamenta; es posible indicar que la administración de los recursos y la prestación de los servicios, según la Ley 100 de 1993 se encontraba a cargo de las EPS y las IPS, respectivamente (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993). En este orden de ideas, se tiene que una de las primeras EPS existentes en el país, fue el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS), creado según Arroyave Zuluaga (2009) “como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente” (p. 6), que cambió su naturaleza jurídica, conforme con el Decreto 2148 de 1992, pasando de ISS a la modalidad de Empresa Industrial Comercial del Estado, una figura legal que conservó incluso, después de formulada la Ley 100 de 1993; momento desde el cual, adquirió “triple función de asegurador: Entidad Promotora de Salud (EPS) [del régimen contributivo], Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) y Administradora de Riesgos Profesionales (ARP)” (p. 6).

Posterior a la Ley 100 de 1993 y de acuerdo con el Documento CONPES 2877 de 1996, el Departamento Nacional de Planeación (DNP, 1996), reportó que esta entidad del sistema de salud, tenía una amplia red de servicios y “la mayor infraestructura hospitalaria: 35 clínicas (4.647 camas) y 240 centros de atención (62.465 consultas diarias), con una red de urgencias, de laboratorio y banco de sangre completa y bien dotada” (p. 4). Para el año 2002, este instituto reveló gastos insostenibles, falencias en los sistemas de información, sobrecostos en la prestación de los servicios de salud a sus usuarios y problemas de solvencia; dificultades que, en el año 2007,

derivaron en tres fuentes de derecho, que coincidieron en preceptuar la imperiosa necesidad de liquidar el ISS, a saber: Documento CONPES 3456, Resolución 028 de la Superintendencia Nacional de Salud y el Decreto 055 del Ministerio de la Protección Social (las tres del mismo año) (Arroyave Zuluaga, 2009); lo que finalmente rescindió, en la conformación de una nueva sociedad llamada “Nueva EPS”, enfocada inicialmente en la atención en salud en el régimen contributivo y constituida por la aseguradora pública Previsora Vida S.A. y las cajas de compensación familiar Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfandi, Comfenalco Antioquia y Comfenalco Valle (Superintendencia Nacional de Salud [Supersalud], Resolución 0371, 2008).

Aunado a lo anterior, con el Decreto 055 de 2007 del Ministerio de la Protección Social, a probó el traslado de los afiliados en la EPS ISS a la Nueva EPS, un proceso que se realizó desde el primero de agosto de 2008 hasta el término de los siguientes 45 días calendario. La Nueva EPS es una entidad que aún continúa vigente en el mercado colombiano, la cual, en el año 2015, mediante la Resolución 02264, fue habilitada como EPS del régimen subsidiado, aumentando de este modo, su cobertura en salud en el territorio nacional (Superintendencia Nacional de Salud [Supersalud], Resolución 02664, 2015).

Con respecto al desarrollo legislativo de las demás EPS del país, se evidenció según la Ley 100 de 1993, estas entidades reguladas en un inicio mediante la norma citada, solo podían afiliarse y atender los usuarios del régimen contributivo o subsidiado, pero no de ambos regímenes (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993). No obstante, con el Decreto 2353 de 2015 basado en la jurisprudencia de la Sentencia C-800 de 2003, se otorgó a las EPS la posibilidad de administrar afiliados de ambos regímenes, como una respuesta idónea para consolidar la movilidad entre regímenes de salud, es decir, una alternativa que permite que los afiliados puedan pasar del régimen Contributivo al Subsidiado y viceversa, en la misma EPS con todo su grupo familiar, esto cuando terminan su vínculo laboral o no pueden continuar cotizando como independientes y se encuentran clasificados en los niveles I y II del SISBEN o poblaciones especiales (indígenas, desmovilizados, población gitana (ROM), protección a testigos y víctimas del conflicto armado) (Presidente de la República de Colombia, Decreto 2353, 2015).

Sumado a lo anterior, con el Decreto 780 de 2016, se consolidó el derecho de los usuarios a la libre y voluntaria escogencia de su EPS, siempre y cuando el afiliado haya estado inscrito en la misma EPS por un período mínimo de trescientos sesenta (360) días continuos o discontinuos contados a partir del momento de la inscripción, bien sea del cotizante en el régimen contributivo o del cabeza de familia, en el régimen subsidiado. Así mismo, se consagraron las funciones que deben ejercer estas entidades, entre las cuales se encuentran: la promoción de la afiliación de los habitantes del país, administración del riesgo en salud de sus afiliados, movilización de los recursos para el funcionamiento del Sistema de Salud, el recaudo de las cotizaciones de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud (Presidente de la República de Colombia, Decreto 780, 2016).

Adicional a las EPS, el sistema de salud en Colombia, también requiere el funcionamiento de las IPS, entidades que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, han tenido a su cargo la prestación de los servicios de salud a los afiliados en los diferentes niveles de atención fijados por la Ley, conforme con el POS y basados en los principios de calidad, eficiencia y autonomía administrativa, técnica y financiera. Las IPS pueden ser públicas como los hospitales y Empresas Sociales del

Estado (E.S.E.) o privadas como las clínicas; e incluso, son clasificadas según el nivel de complejidad (primer, segundo y tercer nivel). Estas instituciones son contratadas por las EPS para la atención de sus afiliados, las cuales tienen bajo su responsabilidad el pago de los servicios otorgados a sus usuarios, con los recursos obtenidos del FOSYGA y los pagos realizados por sus afiliados, por concepto de cotizaciones al sistema, copagos y cuotas moderadoras (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993).

Particularmente, la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se ejecuta a través de las Empresas Sociales del Estado, las cuales fueron creadas en el ordenamiento jurídico Colombiano mediante el Decreto 1876 de 1994 por medio del cual se reglamentaron los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, que según su artículo 1, responden a la siguiente naturaleza jurídica: constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que pueden ser creadas o reorganizadas por la ley o por las ordenanzas y acuerdos. Estas entidades en materia de contratación, se rigen por el derecho privado, con la posibilidad de utilizar discrecionalmente las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. A través del Decreto 1750 de 2003 se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas Empresas Sociales del Estado.

En años recientes, numerosas EPS como IPS del país, públicas y privadas, han presentado una serie de problemáticas de gestión, financieras y bajos niveles de calidad en la prestación de los servicios de salud; lo que ha suscitado en una mayor vigilancia y control por parte de los organismos nacionales de dirección, vigilancia y control, señalados en las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, cuyo personal ha emitido entre otras decisiones, la restricción de la afiliación, revocatorias parciales y totales, intervenciones e incluso en cierto casos, se ha ordenado la liquidación de determinadas instituciones, como sucedió en el 2019, con la EPS Cafesalud (Jaimes, 2019); aunque también se evidencia que, el sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS deja mucho que desear, debido a la transposición o vacío de las facultades propias de este sistema, “el complicado entramado de entidades que presenta el actual sistema de salud colombiano, la dispersión geográfica de los actores involucrados, el gran universo de entidades y organismos por vigilar, la falta de estructuras más dinámicas” (Gañán Echavarría, 2017, p. 139), entre otros factores; los que en conjunto, ha generado su ineficiencia.

En esta instancia, es pertinente explicar que los procesos de vigilancia y control de los actores que conforman el sistema de salud, a la luz de los preceptos normativos de la Ley 100 de 1993; se ejecutan en cabeza del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social), la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y las entidades adscritas al Ministerio que cumplen funciones de dirección, vigilancia y control, a saber: Comisión de Regulación en Salud (CRES), Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) y el Instituto Nacional de Salud. Para adelantar acciones de administración y financiación del sistema de salud, con la Ley 100 de 1993, se consagraron los siguientes organismos: FOSYGA, Entidades administradoras de planes de beneficios (EAPB) y direcciones territoriales de salud (DTS).

Según se ha referenciado en líneas anteriores, las EPS se encargan de garantizar un paquete de servicios de salud, los cuales son prestados por las IPS, este conjunto de productos y servicios

en salud de asignación prioritaria conforman el denominado Plan Obligatorio de Salud (POS); aquel que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, está orientado hacia la “protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías” (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993, art. 162); esto según la intensidad de uso y los tres niveles de atención y complejidad definidos con este sistema.

En un comienzo, el POS fue definido para los afiliados en calidad de cotizantes y beneficiarios del régimen contributivo, en el año 1995 y se determinó la elaboración de un POS para el régimen subsidiado, integrado por servicios de primer nivel con un valor equivalente al 50% del UPC y la paulatina introducción de los servicios correspondientes al segundo y tercer nivel (Congreso de Colombia, Ley 100, 1993); lo que significó un proceso relativamente acompasado, dado que desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, se mantuvo una diferencia en el valor del POS entre ambos regímenes equivalente al 40%, hasta el año 2012, cuando se logró la unificación de este plan para toda la población del país, con la finalidad de cumplir con la decisión de la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-760 de 2008, las órdenes proferidas con la Ley 100 de 1993 y atendiendo al principio de equidad en el derecho de acceso a los servicios de salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012).

La unificación del POS, se llevó a cabo por etapas, cada una de estas, reglamentada por la Comisión de Regulación en Salud (CRES) mediante la expedición de cuatro Acuerdos relacionados con cada una de estas etapas. En este sentido, se inició con la unificación del POS para los niños entre los 0 y 12 años (Acuerdo 04 de 2009), se continuó con los niños y adolescentes menores de 18 años, según el Acuerdo 011 de 2010, posteriormente se realizó la unificación del POS para la población adulta de 60 y más años (Acuerdo 027 de 2011) y se finalizó este proceso con la unificación del POS para los adultos entre los 18 y 59 años, conforme con el Acuerdo 032 de 2012 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012).

El POS unificado definido por la Comisión de Regulación en Salud (CRES) para el año 2012, según el Acuerdo 029 de 2011, estaba constituido por “5.874 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios y 730 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, párr. 15, 16). De igual forma, el POS también incluía atenciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, acciones para el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de las enfermedades y problemas relacionados con la salud de los afiliados de cualquier edad, atención ambulatoria y en salud mental, acceso a servicios especializados de salud, medicina y terapias alternativas y complementarias, salud oral, entre otros servicios (Comisión de Regulación en Salud [CRES], Acuerdo 029, 2011)

El contenido del POS unificado fue publicado en los anexos 1 y 2 del Acuerdo 029 de 2011, sin embargo, esta norma fue derogada por el artículo 137 de la Resolución 5521 de 2013 y esta a su vez, fue inhabilitada por el artículo 138 de la Resolución 5592 de 2015 y así sucesivamente en las siguientes anualidades; lo cual se ha presentado en años recientes, debido a la actualización y definición del POS con el propósito de ofertar aquellos productos y servicios en salud requeridos por la población colombiana. Conforme con el Acuerdo 029 de 2011, el legislador determinó un conjunto de productos y/ servicios excluidos del POS, entre otros, “cirugía estética con fines de

embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, tratamientos nutricionales con fines estéticos, diagnóstico y tratamientos para la infertilidad y tratamientos o curas de reposo o del sueño” (Comisión de Regulación en Salud [CRES], Acuerdo 029, 2011, art. 49); entre otros tratamientos, servicios y medicamentos.

Adicional a lo anterior, el legislador también reconoció la existencia de una serie de servicios en salud que no se incluían en el POS, por lo cual, cuando el estado de salud de un paciente ameritaba este tipo de beneficio, era necesario solicitar el mismo a través de la respectiva EPS, para ser presentado por esta ante los denominados Comités Técnico-Científicos (CTC) reglamentados mediante la Resolución 2933 de 2006, con la finalidad de evaluar la autorización de tratamientos que no estuvieran incluidos en el POS, un trámite lánguido que valoraba cada caso por separado para establecer la viabilidad o no de financiar el medicamento, servicio o procedimiento solicitado, dificultado de este modo, el acceso a los beneficios no incluidos en el POS y la protección del derecho a la salud de los colombianos (Ministerio de la Protección Social, Resolución 2933, 2006).

A partir de la promulgación de la Ley 1751 de 2015, con la cual se reconoció la salud como un derecho fundamental autónomo, se dieron avances normativos y procedimentales significativos en la materia; es el caso de lo proferido con la Resolución 1328 de 2016, con la cual se determinó la eliminación de los Comités Técnico-Científicos (CTC), para poner en marcha la implementación de un aplicativo en línea, llamado “Mi Prescripción (Mipres)” que “permite al médico tratante elaborar la prescripción y enviarla a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías (medicamentos, procedimientos, dispositivos médicos, productos nutricionales o servicios complementarios)” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017, párr. 7); lo que a su vez, mejora la oportunidad en la atención de los usuarios, ya que esta ni se fragmenta ni se dilata por cuenta de trámites administrativos. Sumado a esto, con la Resolución 5592 de 2015 y la Ley 1751 de 2015, se reemplazó a partir del año 2016, el Plan Obligatorio de Salud (POS) por un Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC (PBSUPC), enfocado en definir explícitamente los servicios en salud que deben ser financiados con los recursos del sistema de salud entregados a las EPS, es decir con el UPC; algunos de estos beneficios deben ser prescritos a través del aplicativo “Mipres” porque no son cubiertos con el PBSUPC. Así mismo, se crea una lista de medicamentos y servicios que no podrán ser financiados con recursos públicos (exclusiones) (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5592, 2015).

Es preciso referenciar que la actualización de los servicios de salud incluidos tanto en el POS unificado en el 2012 como en el actual PBSUPC, ha sido una función del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, lo que se efectúa de acuerdo con la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema. En este sentido, se tiene que la actualización más reciente de este plan de beneficios se realizó en el año 2018 a través de la Resolución 5857; con la cual se conservó en general, el contenido de la Resolución 5269 del año inmediatamente anterior; aunque con cambios importantes en cuanto a sus tres anexos. Desde esta perspectiva, Van Der Werf Cuadros (2019), explica que en el primer anexo, se incluyeron 18 nuevos medicamentos, en su mayoría para el manejo de trastornos de ansiedad y osteoporosis y también 15 nuevos grupos terapéuticos, que incluyen medicamentos destinados al tratamiento de enfermedades crónicas muy

frecuentes como la hipertensión arterial y la diabetes. En el segundo anexo, se adicionaron 13 procedimientos y el tercer anexo, se agregaron 40 procedimientos de laboratorio clínico.

Otro avance originado con la decisión efectuada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-760 de 2008 con el M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y conforme con el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011 enfocada en la reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, 2008), ha sido el mecanismo de la portabilidad, reglamentada con el Decreto 1683 de 2013 y con la cual se establece la obligación que tienen las EPS de garantizar a todos los usuarios del sistema de salud nacional, el acceso a los servicios de salud, en cualquier parte del territorio nacional, sin trámites excesivos o innecesarios y utilizando el respectivo documento de identidad del afiliado (Presidente de la República de Colombia, Decreto 1683, 2013).

A modo de síntesis, se hace evidente los esfuerzos efectuados por el Estado colombiano para proteger y garantizar el derecho a la salud y a la atención integral de este, por medio de un sistema de salud acorde con las necesidades de la población, un asunto que en otrora no fue considerado, cuando el país optó por desarrollar un modelo de aseguramiento en salud amparado en los lineamientos propuestos por el Banco Mundial y que derivó en la Ley 100 de 1993. De igual forma, se reconocen los avances en salud en Colombia adelantados con esta norma, como el aumento paulatino en los niveles de cobertura, de los recursos destinados para la financiación del sistema y el mejoramiento de los canales de información, junto con la promulgación de la Ley 1751 de 2015, con la cual se consagró el derecho a la salud, de acuerdo con su naturaleza autónoma y fundamentalista. Sin embargo, la corrupción, la visión mercantilista de los actores del sector de la salud, en especial de la EPS y los problemas de solvencia económica de las entidades de salud debido a las falencias en los procesos de administración; han generado la crisis del sistema de algunas épocas de la historia de Colombia, ocasionando con esto la vulneración del derecho a la salud de los usuarios y sus consecuentes efectos negativos para su desarrollo integral.

### **3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA RELATIVO A LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD DE SU POBLACIÓN**

Los medios de comunicación en Colombia, reportan a diario las constantes arbitrariedades que padecen los usuarios del sistema de salud en el país, en manos de los diferentes actores del mismo; una situación que cada vez se torna más compleja y que ha dado lugar a la utilización de la acción de tutela como el principal mecanismo para solicitar la reivindicación de este derecho, gracias al hecho de haber sido elevado a la calidad de derecho fundamental, tal como lo revelan las diferentes entidades de la administración pública, en especial la Defensoría del Pueblo. Este organismo referencia que, en el año 2018, los colombianos presentaron 207.734 tutelas invocando el derecho a la salud, con la finalidad de solicitar servicios médicos, productos nutricionales y exclusiones, servicios adicionales que complementan la atención en salud (como servicio de ambulancia, etc.), pañales, entre otros (Defensoría del Pueblo, Colombia, 2019).

El incremento en el número de tutelas interpuestas por los ciudadanos con esta finalidad, se han originado, entre otros asuntos, para demandar la atención de servicios no POS que no incluyen las EPS ni las IPS, aunque sean requeridos y solicitados por el profesional en salud. Ante esta realidad, se ha presentado también un vertiginoso aumento en el nivel de financiamiento requerido por las instituciones de salud para solventar los costos que esos servicios no POS generan, sumado a la saturación del aparato judicial colombiano, por el alto número de procesos de tutela que deben atender en corto tiempo, pero de una forma minuciosa para proteger el derecho fundamental a la salud y conservar la sostenibilidad del sistema de salud a futuro con los limitados recursos que se tienen (Bustamante Mejía & Jaramillo Cadavid, 2018)

Ante esta realidad, la Corte Constitucional, tiene la competencia de revisión de las acciones de tutela, por ello ha proferido una nutrida y trascendental jurisprudencia para salvaguardar el derecho a la salud de los colombianos, frente a los constantes daños que se derivan del sistema de salud; precedentes que se abordan en este capítulo con el propósito de establecer los patrones decisionales adoptados por estas corporaciones; iniciando en este caso, con el estudio de la Sentencia T-760 de 2008 y prosiguiendo con las sentencias dictadas durante el período comprendido entre 2015-2019.

#### **3.1. SENTENCIA T-760 DE 2008: UN HITO FRENTE A LA VULNERACIÓN RECURRENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD.**

Antes de comenzar con la explicación y estudio de esta sentencia, es preciso clarificar que, si bien esta fue sentencia fue proferida por fuera del lapso objeto de estudio de esta monografía, la misma se convirtió en la carta de navegación en el territorio nacional de su promulgación, no solo porque declaró el derecho a la salud como un derecho fundamental, sino que también impartió directrices para corregir las fallas estructurales del sistema de salud público de Colombia, entre otros asuntos. Es preciso señalar que, la Sentencia T-760 de 2008, acumuló 22 acciones de tutela que invocaban la protección del derecho a la salud y que revelaban infracciones recurrentes al respecto, en numerosos casos por fallas en la regulación de esta garantía constitucional y por los diferentes problemas estructurales que se presentaban en todos los niveles que integran el sistema de salud público. De forma explícita, la Corte Constitucional referencia en esta sentencia que las

situaciones fácticas que promovieron el uso de la tutela para salvaguardar el derecho a la salud de los colombianos, las cuales son:

Acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderadores; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la *‘entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud* y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro. También fueron repartidos a esta Sala casos en los cuales alguna EPS pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, MP Manuel José Cepeda Espinosa, 2008, p. 12-13) (cursiva en texto original).

De acuerdo con el precitado texto, es posible señalar que las exigencias efectuadas por los colombianos en los procesos incluidos en la Sentencia T-760 de 2008, no solo están asociadas con deficiencias en la prestación de los servicios de salud (incluidos o no en el POS) solicitados por el personal sanitario y requeridos para obtener un estado completo de bienestar, muchos servicios de los cuales eran cobrados a los usuarios por parte de las EPS; sino también en las dificultades en materia de afiliación y acceso al sistema de salud, tanto en los lugares de residencia como en otros territorios diferentes, hacia a los cuales numerosos colombianos deben trasladarse en busca de una mejor calidad de vida.

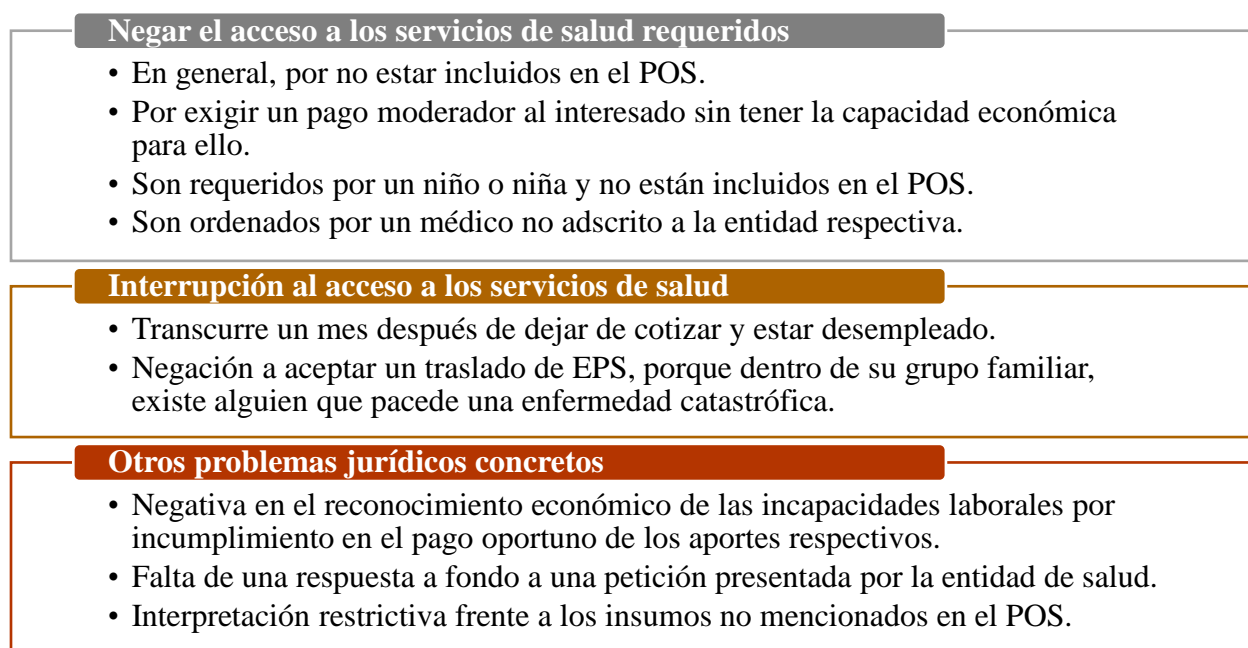
Para la Corte Constitucional, el trasfondo con la acumulación de estas pretensiones radica en el reducido acatamiento por parte de las entidades encargadas de la regulación del sistema de salud, con respecto a las órdenes impartidas por esta Corporación y los jueces del país de forma individual y caso por caso, lo que no permitía superar satisfactoriamente estas problemáticas. Adicional a la identificación de las situaciones referencias en breve, la Corte Constitucional consideró dos tipos problemas jurídicos en particular que derivan de las tutelas acumuladas con la Sentencia T-760 de 2008, a saber: concretos y generales, los cuales se exponen en los siguientes apartados.

### **3.1.1. PROBLEMAS JURÍDICOS CONCRETOS IDENTIFICADOS CON LA SENTENCIA T-760 DE 2008.**

Con relación a la tipología de problemas jurídicos concretos (figura 2), en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional había sido enfática en establecer la existencia de una violación del derecho a la salud de los colombianos, cuando las entidades encargadas de la prestación de estos servicios, negaban el acceso a aquellos requeridos y dictaminados por el personal médico tratante, previo análisis científico de su requerimiento, debido a su exclusión del POS. Igualmente, cuando dichas entidades incumplían con las cargas administrativas propias de

la entidad, alegando en esa época, la falta de aprobación por parte de los Comités Técnicos Científicos, los cuales, mediante un procedimiento interno a cargo de las EPS, evaluaban aprobaban o desaprobandan medicamentos o servicios que no estaban incluidos POS.

Sumado a también se presentaron casos en los cuales, aunque era una carga desproporcionada para el usuario, se le exigía la cancelación de un pago moderador por los servicios requeridos según su condición de salud, siendo esta una situación de irrespeto al derecho a la salud de los accionantes por parte de la EPS, aun cuando el afiliado cotizante no hubiere alcanzado las 100 semanas consideradas para la atención de enfermedades catastróficas porque en este proceso prevalecen dos asuntos al respecto: **1)** se trata de salud especialmente reconocido y tutelado por la jurisprudencia constitucional y **2)** en el literal g del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, se especificó que los períodos mínimos de cotización o de carencia en el régimen contributivo no superan las 26 semanas. Particularmente, la Corte Constitucional recalcó que la privación de los servicios de salud a los niños y niñas del país, bajo el subterfugio de no estar incluido en el POS o que la integridad personal del menor no depende de la prestación del servicio; es indiscutiblemente una violación al derecho a la salud, debido a que son sujetos de especial protección constitucional (figura 2).



*Figura 2.* Problemas jurídicos concretos dictaminados con la Sentencia T-760 de 2008.

*Fuente:* adaptado de Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, MP Manuel José Cepeda Espinosa (2008).

Otro tipo de problema jurídico de carácter concreto tratado a través de la Sentencia T-760 de 2008 y que se presenta en la figura 2, hace referencia a la situación en la cual, una entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio requerido a un usuario, se niega a hacerlo porque la orden médica fue elaborada por un médico tratante que no estaba adscrito a aquella, pero quien se encontraba tratando a dicho paciente. En los casos que médicos que dan espera, la infracción del derecho a la salud, se produce por la falta de la diligencia oportuna y eficiente por parte de la entidad para corroborar o no, el concepto médico elaborado por el profesional de salud

no adscrito y en caso de no desvirtuarlo, proceder oportunamente con la atención a los requerimientos sanitarios aceptados. Empero en los casos de especial urgencia, dicha vulneración se origina cuando la entidad opta por efectuar el proceso que permita que el servicio sea avalado por un profesional adscrito y dilata la prestación del mismo. Prosiguiendo con lo anterior, la vulneración del derecho a la salud según este pronunciamiento, también se genera por la falta de reconocimiento en el pago de una incapacidad laboral debido a los pagos extemporáneos pero aceptados por la EPS de los aportes al sistema de salud, toda vez, que las entidades promotoras de salud cuentan con mecanismos normativos y procedimentales para adelantar las acciones de cobro pertinentes. Ante este tipo de problema jurídico, la Corte Constitucional clarificó que la utilización de la acción de tutela para acceder a la prestación económica asociada con las incapacidades laborales, solo es procedente en determinados casos de manera excepcional, es decir cuando se afecta *v. gr.* el derecho al mínimo vital.

En correspondencia con lo anterior, también se presenta la vulneración del derecho a la salud, cuando no se les garantiza a los usuarios, el acceso a los servicios de salud requeridos por dejar de cotizar al sistema y ha transcurrido el mes desde que se presenta dicha circunstancia. Toma vital relevancia esta disposición jurisprudencial cuando se “trata de un sujeto de especial protección en salud, por padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo, caso en el cual, adicionalmente, no pueden cobrarsele copagos” (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, 2008, p. 16). Sumado a esto, la Corte Constitucional con fundamento en la libertad asociada al derecho a la salud de los usuarios, determinó la contravención de este derecho, en aquellos casos en los cuales las entidades prestadoras de servicios de salud, se niegan a afiliar a un usuario por medio de la opción de traslado cuando este cumple con el tiempo mínimo de permanencia en su actual EPS, aduciendo la existencia dentro de su grupo familiar de una persona que padece una enfermedad catastrófica y por ello, le impone el obstáculo de esperar más tiempo para hacer efectivo dicho traslado, transgrediendo las normas promulgadas al respecto en el ordenamiento jurídico nacional.

Para complementar lo planteado previamente, también se concretizó con la que se viene citando que, la interpretación restrictiva del POS, con respecto a los procedimientos no mencionados, vulnera el derecho a la salud, ya que bajo ciertas circunstancias que las entidades de salud pueden analizar por ellas mismas, se hacía posible la aprobación y prestación de aquellos, sin esperar a realizar el recobro de los mismos ante el FOSYGA cuando fuesen ordenados por un juez de tutela. Aunque de forma indirecta, otro tipo de problema jurídico frente al cual se pronunció la Corte Constitucional fue acerca de la violación al derecho de petición de las entidades encargadas de prestar servicios de salud, cuando un órgano estatal no responde a fondo una petición con la intencionalidad de remover un obstáculo en los trámites requeridos para procurar el recursos y condiciones que posibiliten el goce efectivo del derecho a la salud de sus usuarios.

### **3.1.2. PROBLEMAS JURÍDICOS GENERALES EMANADOS DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008.**

Para continuar, los problemas jurídicos de carácter general decantados con la Sentencia T-760 de 2008, se sintetizan en la infracción del derecho a la salud de los colombianos debido a las fallas en la regulación y protección del derecho a la salud detectadas por la Corte Constitucional,

las cuales, según el M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (2004), afectan este derecho porque el mismo depende:

Entre otros factores, de la existencia de un marco normativo adecuado del sistema de seguridad social en salud. Es decir, para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, el Estado debe expedir las reglas necesarias e idóneas para organizar el Sistema. Carecer de ellas o tener unas inadecuadas puede ser tan grave como carecer de recursos para atender a los pacientes (Corte Constitucional, Sentencia T-010/04, 2004, p. 19).

La ausencia en la regulación de este derecho, originaron la “violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo” (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2008, p. 17). Estas falencias a su vez, se manifestaron a través de una serie de situaciones, las cuales se explican a continuación.

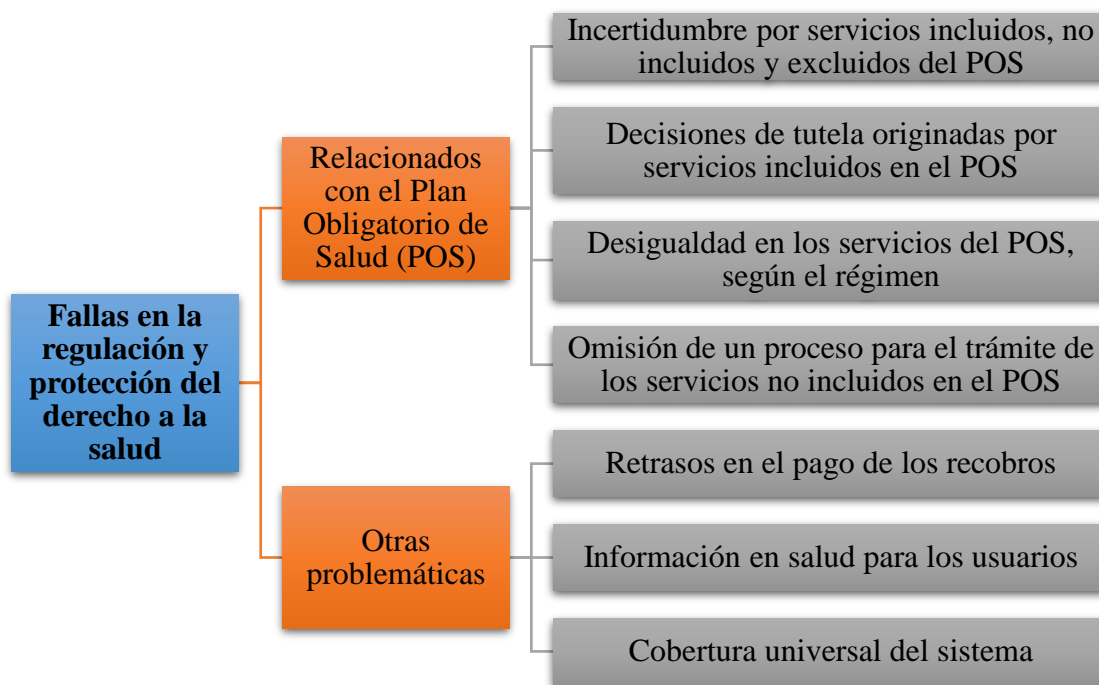


Figura 3. Tipos de problemas jurídicos generales contenidos en la Sentencia T-760 de 2008.

Fuente: adaptado de Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, MP Manuel José Cepeda Espinosa (2008).

De conformidad con la información de la figura 3, se observa que una primera circunstancia fáctica implicada con las fallas en la regulación del derecho a la salud, estuvo asociada con la incertidumbre que presentaban los usuarios con respecto a la naturaleza diferenciadora del POS, en lo concerniente con la cobertura o no de determinados servicios; generando con ello, la desprotección de este derecho, en la medida que imponía barreras en el acceso oportuno y efectivo a los mismos y dificultades para asegurar el financiamiento de estos servicios.

Aunado a lo anterior, la Corte también consideró la ausencia en la protección del derecho a la salud de los usuarios por parte del Estado, cuando permitió que las decisiones judiciales emanadas de las acciones de tutela impuestas por los colombianos, se originaran por los obstáculos, por ellos soportados para acceder a los servicios incluidos en el POS y que eran financiados anticipadamente. Prosiguiendo con los servicios incluidos en el POS, esta Corporación fue concluye en cuanto la violación del derecho a la salud por el desconocimiento del Estado frente a la desigualdad que se producía con las diferencias de cobertura al establecer un plan para los afiliados del régimen subsidiado y otro para los del contributivo, siendo más grave con relación a la atención de los menores de edad del país.

En esta misma línea argumentativa, la utilización generalizada de la tutela como mecanismo para acceder a servicios de salud diferentes a medicamentos, no incluidos en el POS, se presentó por la omisión regulatoria del Estado para fijar un procedimiento expedito que facilitara a las entidades encargadas de los servicios de salud, de garantizar el goce efectivo de los mismos por los usuarios del sistema de salud cuando eran ordenados por el médico tratante o cuando el mismo, no presentaba la solicitud ante el Comité Técnico Científico para solicitar medicamentos no incluidos en dicho plan. Adicionalmente, otra causa que generaba la presentación de acciones de tutela y la desprotección del derecho a la salud, son los retrasos en los pagos por recobros a cargo del Estado, cuando los usuarios requerían un servicio no incluido en el POS, carecía de los recursos necesarios para solventar el mismo pero que debía ser efectivamente prestado por la EPS, dilataciones que generaban presión sobre estas para dejar de autorizar dichos servicios. Por otra parte, también se evidenciaron fallas en el suministro de información en salud a los usuarios del sistema, especialmente con respecto a los derechos de los afiliados y los resultados obtenidos por las distintas entidades del sector, afectando de este modo, su proceso de toma de decisiones en materia de salud, lo cual es esencial, *v. gr.* en el caso de los traslados de EPS. Asociado a esto también se identificó un incumplimiento en la pretensión de alcanzar la cobertura universal del sistema de salud, especialmente en los colombianos situados en los niveles I, II y III del SISBEN.

### **3.1.3. DISPOSICIONES ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008.**

A tenor de los análisis jurisprudenciales efectuados por la Honorable Corte Constitucional a través del M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (2008), en relación con los diferentes problemas jurídicos referenciados en acápites anteriores, esta Corporación impartió una serie de órdenes para que fuesen ejecutadas en el corto, mediano y largo plazo, tanto por las entidades demandadas en cada uno de los casos acumulados con la Sentencia T-760 de 2008 como por los entes públicos implicados con la protección y garantía del derecho a la salud.

Específicamente, con respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la salud, la Corte efectuó un acercamiento sobre el desarrollo evolutivo de este derecho, el cual pasó de ser consagrado como un Derecho Económico, Social y Cultural (DESC), hasta llegar a ser proclamado desde su naturaleza fundamentalista y autónoma (Julio Pretelt, 2017; Espinosa Gómez, Loaiza H. y Montaña Ángulo, 2017; Rodríguez Quintana y Aranzazu Victoria, 2015); logrando a su vez con esto, garantizar el derecho a la salud sin la necesidad de hallar conexidad con otros derechos fundamentales y armonizar los criterios del mismo, conforme con los instrumentos legislativos internacionales (Bueno Bernal, Estrada Landaeta, & Díaz Vargas, 2019). Lo anterior se hizo

posible teniendo en cuenta los siguientes criterios analizados por la Corte Constitucional: 1) el desarrollo normativo, doctrinal y desde la jurisprudencia constitucional, en el contexto jurídico nacional e internacional que consagra la salud como derecho y no solo como un servicio público a cargo del Estado, 2) la relación de este derecho con otros de mayor envergadura, lo que es conocido con el término de conexidad, junto con 3) los principios esenciales relacionados con la salud que fueron adoptados por el Estado colombiano a través de la Ley 1751 de 2015 (Julio Pretelt, 2017; Espinosa Gómez, Loaiza H., & Montaña Ángulo, 2017; Rodríguez Quintana & Aranzazu Victoria, 2015).

De igual forma, la Corte Constitucional proferió órdenes de naturaleza general, con la finalidad de solucionar las fallas en la regulación y protección del derecho a la salud, en correspondencia con los deberes del Estado colombiano al respecto, algunas de las cuales ya se han hecho realidad en el país, como se señalará en las siguientes líneas. Desde esta perspectiva, en la parte resolutive de esta providencia, se ordenó a la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES)<sup>6</sup> la revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS) al momento de emitir la Sentencia T-760 de 2008, y posteriormente, por lo menos una vez al año, con la participación de la comunidad médica y con los usuarios del sistema de salud, según los criterios establecidos en el artículo 162, parágrafo 2, Ley 100 de 1993); esto con el propósito de subsanar la incertidumbre de los usuarios del sistema con relación a los diferentes servicios incluidos, no incluidos y excluidos del POS. Adicionalmente, para controlar la utilización desmedida de la tutela como mecanismo para acceder a los incluidos en el POS y previamente financiados por el Estado colombiano, se ordenó al Ministerio de la Protección Social que:

Adopte medidas para garantizar que todas las EPS envíen a la CRES, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral donde se especificaran los servicios de salud ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la EPS sin ser tramitados por el Comité Técnico Científico, los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; indicando en cada caso, las razones de la negativa. Se ordenó, además, al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud la implementación de medidas para identificar las EPS y las IPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS [o que se requieran con necesidad] (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa (p. 19).

Otra orden impartida por la Honorable Corte Constitucional, fue la unificación del POS para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado a través de la CRES, con el objetivo de subsanar las diferencias en los beneficios según el régimen de afiliación, teniendo en cuenta los ajustes requeridos con respecto a la UPS subsidiadas y así, lograr la financiación de la ampliación en la cobertura. Anudado a lo anterior, también se instó a esta Comisión a iniciar el proceso de unificación gradual y sostenible del POS para los demás grupos de usuarios, tanto contributivos como subsidiados.

---

<sup>6</sup> La Comisión de Regulación en Salud (CRES) fue suprimida por el artículo 1 del Decreto 2560 de 2012, “por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras disposiciones”. El artículo 26 traslada funciones al Ministerio de Salud y de la protección Social (Presidente de la República de Colombia, Decreto 2560, 2012).

Ahora bien, para enmendar la omisión del Estado con respecto a la implementación de un proceso efectivo para el trámite de los servicios no incluidos en el POS, se decretó a la CRES la adopción de las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice directamente (a) los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferentes al suministro de un medicamento y (b) como los medicamentos y demás insumos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud (POS), de tal forma que se respete el principio de integralidad. En lo concerniente con esta orden es válido exponer que inicialmente, este proceso se efectuó, como se señaló en acápites anteriores y con el paso de los años, a través de los Comités Técnicos Científicos; sin embargo, debido a las barreras en la autonomía de los médicos tratantes, demoras en la respuesta las solicitudes de los usuarios por alto volumen de remisiones y al interés por modernizar el sistema de prescripciones médicas de servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) ni financiados con los recursos del UPC, se creó e implementó la herramienta tecnológica MIPRES mediante la cual los médicos reportan dichas prescripciones y la EPS respectiva procede con la entrega al paciente de dichos servicios y efectúa el cobro o recobro de los mismos a través de la Administradora de los Recursos del SGSSS (ADRES).

Prosiguiendo con los recobros, también se evidenció que las fallas en la regulación y protección del derecho a la salud, se originaron por retrasos en el pago de los mismos, por lo tanto, con respecto a esta última situación, la Honorable Corte Constitucional emitió tres órdenes en particular, para subsanar dichas dilaciones. Una primera orden estuvo enfocada en asegurar el flujo de los recursos requeridos por el sistema de salud del país para proteger y garantizar efectivamente este derecho, mediante la implementación de estrategias por parte del Ministerio de la Protección Social y el administrador fiduciario del FOSYGA para lograr que el procedimiento de recobro por las EPS sea ágil y efectivo. Una segunda orden impartida por la Corte al respecto, fue el diseño y la ejecución de un Plan de Contingencia a través de las entidades mencionadas, con la finalidad de efectuar el pago de los recobros atrasados en la breve para asegurar el flujo de los recursos en las EPS y de este modo, garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de sus afiliados. En tercer lugar, la Corte se ocupó de corregir las fallas en el sistema de financiación de los servicios médicos requeridos por los usuarios y que no estaba cubiertos por el POS, ordenando al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el FOSYGA desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro.

Otro de los factores causales de las dificultades que se presentaron con la regulación efectuada por el Estado colombiano para garantizar el derecho a la salud, fue la falta o deficiente información en materia de salud entrega a los usuarios del sistema, por lo tanto, la Sala instó al Ministerio de la Protección Social a efectuar dentro de los seis meses siguientes, las acciones pertinentes para los usuarios al momento de afiliarse a una EPS (contributiva o subsidiada) cuenten con la información necesaria y en términos sencillos y comprensibles, acerca de los derechos de los pacientes y el desempeño de la entidad; para que la decisión tomada al respecto por los usuarios sea fundamentada.

Sumado a esto, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenó al Ministerio de Protección Social la adopción de las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del

SGSSS en la fecha fijada por el legislador (enero, 2010)<sup>7</sup>; término fijado con la Ley 100 de 1993 para el año 2000, lo que no se logró por una serie de barreras que dificultaron el desarrollo eficiente del sistema y la protección del derecho a la salud<sup>8</sup>. En este sentido, Restrepo-Zea, Casas-Bustamante y Espinal-Piedrahita (2018), confirmaron el paulatino incremento en el nivel de cobertura universal en el país del derecho a la salud a partir de las decisiones proferidas con la Sentencia T-760 de 2008; pero en cuanto al acceso y la equidad en la atención, persisten serias deficiencias en la prestación y garantía de este derecho en el territorio nacional, lo que ha generado un cumplimiento intermedio de las órdenes proclamadas por la Corte Constitucional, porque aún se hace necesario sanear de manera progresiva la cartera entre los actores del sistema de salud y procurar alto niveles de calidad en la atención de la población en todo el país.

Se precisa que adicional a la implementación de la herramienta tecnológica MIPRES, otras peticiones exhortadas con las tutelas acumuladas a través de la Sentencia T-760 de 2008, se han hecho realidad con el pasar de los años, de acuerdo con las disposiciones fijadas por la Corte Constitucional con este procedimiento, el caso de la unificación del POS (ahora PBS), un proceso progresivo iniciando con la unificación del PBS para los menores de 18 y los adultos de 60 y más años del régimen subsidiado y materializando su universalidad desde el 1 de julio de 2012, para los colombianos entre 18 y 59 años del régimen subsidiado tienen acceso a estos beneficios. Adicionalmente, para solventar la falta de acceso a los servicios de salud y la consecuente vulneración de este derecho, por el traslado (ocasional o temporal) de los usuarios en otro lugar diferente al de su origen por razones de estudio, laborales o de otra índole, se estableció el mecanismo de portabilidad disponible para que los afiliados puedan recibir atención primaria en salud en cualquier municipio del territorio nacional diferente al de su residencia, situación que deben reportar ante su respectiva EPS para garantice dicho acceso a los servicios.

Hasta el momento, se ha efectuado una síntesis de la Sentencia T-760 de 2008, de acuerdo con el objeto de estudio de esta monografía de compilación, la misma que permite señalar que efectivamente esta providencia fue significativa para la ejecución de determinadas mejoras en el sistema de salud, para proteger y garantizar el derecho a la salud de los usuarios; los que, además, se explican con las siguientes razones:

La razón práctica es que la Corte aparta al sistema de salud de un camino que conducía a la falta de sostenibilidad financiera y corrige las fallas estructurales que limitan el acceso de los usuarios a los servicios de salud. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, es crucial la reafirmación del derecho a la salud como un derecho fundamental. En términos teóricos, la Corte innova al impartir órdenes generales que se parecen más a políticas públicas que a dictámenes estándares judiciales, llegando incluso a incluir mecanismos de seguimiento (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Red-DESC], 2009, párr. 7).

---

<sup>7</sup> “El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del SISBEN de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema” (Congreso de Colombia, Ley 1122, 2007, art. 9).

<sup>8</sup> Este incumplimiento podría explicarse por la crisis económica de 1998-1999, que trajo un alto desempleo y complicó el panorama fiscal, pero también se ha reconocido que la meta de universalidad era muy ambiciosa (Grupo de Economía de la Salud [GES], 2008).

Para continuar con el desarrollo de esta monografía y conjunción con los referentes planteados previamente, en el próximo apartado se compilan los patrones decisionales en la jurisprudencia nacional con respecto a la violación del derecho a la salud de los colombianos, durante el período comprendido entre los años 2015-2019.

### **3.2. AVANCES JURISPRUDENCIALES ENTRE LOS AÑOS 2015-2019: PERSISTEN LAS VIOLACIONES ADVERTIDAS CON LA SENTENCIA T-760 DE 2008.**

La Sentencia T-760 de 2008, se convirtió en una carta de navegación para las Altas Cortes del país y para todos los actores públicos y privados implicados con el sistema de salud, cuyo objetivo en común es el respeto y la protección del derecho a la salud de todos los colombianos. Sin embargo, la realidad y práctica de este derecho en Colombia, todavía continúa revelando una serie de problemáticas que confluyen en este sistema, así como la poca aplicabilidad de las normas plasmadas en el papel y que, en conjunto, derivan en la vulneración del mismo, demostrando que la única funcionalidad del carácter iusfundamental del derecho a la salud proclamado en el país con la Ley 1751 de 2015, es el cambio de reclamación de este derecho.

Desde esta perspectiva, la implementación de la Ley Estatutaria en Salud ha suscitado un contexto jurídico-social de tensión y contienda, impregnado por una serie de fortalezas, falencias y dificultades del sistema de salud en el país y la dicotomía de un Estado garante de la salud como derecho fundamental y a su vez defensor del mercado (Arias Trejos y Gómez Mosquera, 2018; Jiménez *et al.*, 2016; Bernal y Barbosa, 2015). Por otra parte, se ha identificado además, entre los actores del sistema de salud colombiano dos posturas con relación al desarrollo que ha tenido la Ley 1751 de 2015; a saber: 1) el gobierno nacional y las empresas que administran los recursos del sector salud, abogan por un sistema de salud basado en principios de costo beneficio, y 2) los grupos de la sociedad civil, académicos, trabajadores de la salud y otro sector del gobierno, defienden la salud como un derecho fundamental a cargo del Estado colombiano. Sumado a esto, se ha reconocido la solidez y coherencia de la Ley 1751 de 2015, para sentar las bases jurídicas que permitan a futuro garantizar el derecho a la salud de todos los colombianos, aunque también existe la posibilidad de que la misma sea vulnerada, debatida y transformada según los intereses de los actores que conforman el sistema de salud en el país; ocasionando con ello, dos posibles escenarios: 1) un sistema costoso y deshumanizado o 2) la consolidación de esta Ley como una norma que regirá de manera universal y eficiente el derecho a la salud (Jiménez *et al.*, 2016).

De igual forma, se ha identificado la vulneración frecuente del derecho a la salud de los usuarios afiliados a entidades de salud en proceso de liquidación, este último originado, entre otros asuntos, por problemas de índole financiera, bajos niveles de calidad en sus servicios e incumplimiento de las normas que regulan el sistema de salud y el derecho fundamental autónomo de la salud. Se ha hallado además, que los usuarios que deben ser trasladados a otra entidad de salud para su atención, pueden enfrentar la vulneración de su derecho a la salud, debido al retraso en la reasignación con otra entidad, a la negación en la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, especialmente cuando se trata de tratamientos de alto costo; así como, largas esperas para obtener los tratamientos, medicamentos y procedimientos que venía recibiendo con su entidad de salud anterior (Sánchez Martínez, 2015).

Las consideraciones referenciadas en breve, guardan relación con las infracciones del derecho a la salud recopiladas a través del desarrollo jurisprudencial efectuado por la honorable Corte Constitucional durante el período comprendido entre los años 2015-2019; las cuales permiten dilucidar que si bien mediante la Sentencia T-760 de 2008, se han logrado avances en la protección, regulación y amparo del derecho a la salud a través del cumplimiento de determinadas órdenes impartidas por esta Corporación; pero también persiste la vulneración de este derecho, en muchos casos, según los términos fijados con aquella providencia, los cuales fueron organizados de acuerdo con el tipo de problema, los cuales son explicados en los siguientes apartados.

### **3.2.1. NEGACIONES RELACIONADAS CON EL ACCESO A LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS DEL PBS.**

En reiterada jurisprudencia de tutela, los usuarios del sistema de salud colombiano, han invocado la protección del derecho a la salud, mediante la solicitud de un acervo significativo de servicios y tecnologías incluidos, excluidos y no incluidos en el PBS que les permita alcanzar la dignidad humana según sus propias condiciones de salud. En este sentido, los afiliados al sistema de salud han utilizado la acción de tutela en contra de múltiples EPS del país, como EPS Compensar, Nueva EPS, Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS, Caprecom EPS; Cafesalud EPS; Comparta EPS-S, Cruz Blanca EPS, Saludvida EPS, Mutual Ser EPS, Saludcoop EPS, Asociación Indígena del Cauca EPS-I, Coomeva EPS, Medimás EPS, Salud Total Eps-s, entre otras; con la finalidad de solicitar desde medicamentos hasta sillas de ruedas, servicio de transporte y atención domiciliaria, entre otros. Con respecto a los servicios y tecnologías incluidas explícitamente en el PBS con cargo a la UPC, como el servicio de atención domiciliaria y las sillas de ruedas (Corte Constitucional, Sentencia T-485/19, MP Alberto Rojas Ríos, 2019; Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018) la Corte Constitucional es enfática en establecer que la viabilidad en el acceso a los mismos, requiere que a través del material probatorio allegado por el agente oficioso o el accionante, se compruebe que efectivamente ha sido prescrito por el médico tratante, quien debe estar adscrito a una EPS autorizada. Cuando no se disponga del conocimiento médico acerca de la necesidad que tiene el paciente con respecto a determinados procedimientos y tecnologías que presentan la característica ya referenciadas, la Corte Constitucional a través del M.P. en la Sentencia, precisa que en estos casos, se ordena a la EPS organice una junta médica para evaluar si realmente requiere el servicio o ayuda técnica solicitada a la entidad de salud o en su defecto puede ser cambiado por una tecnología o procedimiento similar (Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018).

En correspondencia con lo anterior, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia también ha precisado las consideraciones y fundamentos a tener en cuenta para decidir con respecto al acceso los servicios y tecnologías no incluidos en el PBS o que están incluidos pero que no son financiados con cargo a la UPC, de lo cual se desprende un procedimiento expedito que debe ser cumplido por las EPS para suministrar un servicio o insumo médico determinado y efectuar el proceso de recobro de estos, cuyo incumplimiento ha derivado en que los usuarios acudan a la Superintendencia Nacional de Salud para atender este tipo de solicitudes, pero no han obtenido la resolución efectiva de las situaciones encomendadas, como lo revelan algunos estudios empíricos recientes al demostrar que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no ha logrado cumplir con el término legal de diez días con el que cuenta para la ejecución del trámite de resolución de controversias a través del mecanismo implementado por

aquella entidad y así proferir sus fallos (Corte Constitucional. Sentencia T-485/19, MP Alberto Rojas Ríos, 2019). Al respecto se ha concluido que “existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer (Corte Constitucional. Sentencia T-121/15, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2015; Sentencia T-485/19, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2019) y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado” (Corte Constitucional. Sentencia T- 529/17, Sentencia T-485/19, MP Alberto Rojas Ríos, 2017, 2019). Así mismo, que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia (Corte Constitucional. Sentencia T-089/18, MP José Fernando Reyes Cuartas, 2018).

Desde esta perspectiva, se ha encontrado que *v. gr.* la EPS Compensar, negó una silla ruedas al usuario que demanda, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5267 de 2017, expresando que este tipo de suministros no se financian con recursos de la UPC, motivo por el cual, la herramienta tecnológica MIPRES no tiene habilitada esta opción, por consiguiente, no puede ser autorizada por la entidad competente. En este caso, la Corte Constitucional, clarificó que la vulneración del derecho a la salud se presenta porque la entidad desconoció la orden efectuada por el médico tratante, y avalada por una junta de medicina física y rehabilitación y con los anteriores pronunciamientos proferidos por esta Corte, más aún cuando el accionante se encuentra en una situación de discapacidad. En este proceso y en otros estudiados por la Corte Constitucional al respecto, se determinó que las entidades demandadas para resolver este tipo de problema jurídico, se debe remitir a las reglas consagradas con la Resolución 1885 de 2018, a saber:

(i) en ningún caso, la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS o de servicios complementarios puede significar una barrera de acceso a los usuarios, (ii) las EPS están en la obligación de suministrar tales servicios sin trámites adicionales, (iii) no podrán negar sin justa causa el suministro efectivo de los mismos, menos, cuando la junta de profesionales ha dado aprobación a dicha prescripción (iv) la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, si bien el uso de la silla de ruedas no contribuye a la cura de la enfermedad, lo cierto es que garantiza una mejor calidad de vida, al facilitar el desplazamiento de una persona que además de no poder movilizarse por sí misma, padece otras enfermedades que se harían más gravosas si no contara con tal ayuda técnica (Corte Constitucional, Sentencia T-485/19, MP Alberto Rojas Ríos, 2019, p. 26).

Con relación a lo anterior, la Corte ha confirmado la vulneración del derecho a la salud y a la dignidad humana por los accionantes, ordenando de este modo, a las EPS demandadas, la autorización y entrega del servicio y/o tecnología prescrito por el personal médico idóneo para el caso, como las sillas de ruedas, teniendo en cuenta que las entidades de salud implicadas, deben adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, o aquella que la modifique o sustituya, para recobrar el costo de la misma a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) (Corte Constitucional, Sentencia T-485/19, MP Alberto Rojas Ríos, 2019; Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018).

A la luz de los preceptos referenciados en breve, el legislador ha dictaminado que el servicio de transporte está excluido del PBS, porque el mismo debe ser asumido por el paciente y/o su núcleo familiar; sin embargo, la honorable Corte Constitucional<sup>9</sup> frente a las solicitudes de transporte elevadas por usuarios que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito, ha realizado un exhaustivo análisis de las situaciones fácticas que dan lugar a la autorización y reconocimiento de este servicio no incluido en el PBS con cargo a la UPC, determinando que en la medida en que el profesional de la salud advierta la necesidad del servicio de transporte intramunicipal para el paciente, es decir, dentro del mismo municipio, o el servicio de transporte para un acompañante, se debe tramitar el mismo, a través del procedimiento reglamentado para ello en la Resolución 1885 de 2018, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos enlistados por esta Corporación, a saber: “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario” (Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018, p. 16, 17). Y en el caso de requerirse un acompañante, se debe comprobar que el paciente “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”<sup>10</sup> (Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018, p. 17).

Aunado con lo anterior, para hacer efectiva la autorización de transporte intermunicipal y los gastos derivados de los desplazamientos del paciente y su acompañante, los procedimientos requeridos deben ser prescritos por el médico tratante, estar incluidos en el PBS y ratificados según los anteriores requisitos, comprobando a su vez, que aquellos no pueden ser suministrados en el lugar donde reside el paciente. Acorde con este último ítem, la Corte Constitucional amparada en el principio de buena fe, agregó a través de los pronunciamientos del MP José Fernando Reyes Cuartas (2018) en la Sentencia T-309 de 2018; que, en relación con el cumplimiento de las anteriores reglas de análisis, se infiere la incapacidad económica del accionante, en este caso, un paciente que vive en Apartado y desde hace 5 años se encuentra en tratamiento de oncología y quimioterapia, lo cual se lleva a en la ciudad de Medellín (Antioquia); situación fáctica que se materializa cuando el afiliado ha sido clasificado en el nivel dos del SISBEN (población con bajos ingresos), condición que, además, conlleva a estos usuarios a ser incapaces de asumir el valor de las cuotas moderadoras porque corresponden a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En lo concerniente con el desplazamiento del paciente y su acompañante, se determinó conforme con el artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017, que este servicio debe ser costado por la EPS (en este caso EPS Savia Salud) cuando los pacientes requieran un servicio incluido en el PBS que no se encuentra en el domicilio del paciente.

---

<sup>9</sup> En la sentencia T-467 de 2002 la Corte empezó a establecer la obligatoriedad del servicio del transporte del usuario por parte de la EPS cuando... Sin embargo, en sentencia T-1158 de 2001 ya se había ordenado el traslado en ambulancia de un menor discapacitado, desde su residencia hasta el lugar donde deben serle realizados los procedimientos de rehabilitación, pues, en este caso, la Corte consideró que se trataba de un menor inválido, con 84% de incapacidad, y estaba demostrada la falta de recursos económicos de la familia para asumir los costos del traslado (Corte Constitucional, Sentencia T-309/18, 2018).

<sup>10</sup> Ambas posiciones han sido reiteradas recientemente en sentencias como las siguientes: Corte Constitucional, Sentencia T-331/16. MP Luis Ernesto Vargas Silva, 2016; Sentencia T-707/16, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2016; Sentencia T-495/17. MP Alejandro Linares Cantillo, 2017; Sentencia T-032/18. MP José Fernando Reyes Cuartas, 2018; Sentencia T-069/18. MP Alejandro Linares Cantillo, 2018.

Ahora bien, es relevante precisar que la transgresión de este derecho, en función del principio de integralidad, también se produce cuando una EPS, no ofrece una atención médica integral, completa y continua que permita determinar de manera completa los servicios y tecnologías que requiere un paciente para tratar su patología y garantizar su dignidad. Esta situación fáctica se demostró con respecto a Medimás EPS a través de la Sentencia T-171 de 2018 (Corte Constitucional, MP Cristina Pardo Schlesinger), dado que la accionante recibió atención médica y hospitalaria por una fractura en la cadera, la misma que junto con la osteoporosis que sufría en su momento, generó su inmovilización corporal; condición médica que no había sido atendida por dicha entidad y frente a la cual, la accionante solicitó, los siguientes servicios y tecnologías: “(i) valoración médica domiciliaria; (ii) terapias para recuperar la movilidad (iii) atención médica por parte de una enfermera; (iv) cama hospitalaria reclinable; y (v) pañitos húmedos, guantes para enfermera, cremas antiescaras, pañales tena sleep y Ensure” (p. 4) (cursiva en texto original).

En la parte considerativa de esta sentencia, la M.P. Cristina Pardo Schlesinger (2018), clarificó que la valoración médica domiciliaria y las terapias para recuperar la movilidad, están incluidos en el PBS y son financiados con el UPC, según los artículos 26 y 28 de la Resolución 5269 de 2017; se excluyen de este plan, aunque no explícitamente, la atención médica por parte de una enfermera y la cama hospitalaria reclinable; por lo tanto, si el médico tratante los considera necesarios para garantizar la salud y el bienestar del paciente, debe efectuar el procedimiento establecido para ello, a través del aplicativo tecnológico MIPRES. En contraste, los pañitos húmedos, guantes para enfermera, cremas antiescaras, pañales tena sleep y Ensure son productos explícitamente excluidos del PBS, con justificación en los principios de sostenibilidad y eficiencia de la Ley Estatutaria de Salud; sin embargo, la Corte Constitucional ha sido enfática en aseverar que la autorización y entrega de estos productos recaen el análisis de los parámetros de aplicabilidad para cada caso concreto establecidos por la jurisprudencia constitucional, teniendo como presupuesto un dictamen médico efectivo. Por lo cual, para efectos de este caso en concreto, la ausencia de dicha prescripción médica le impide a la Corte aprobar la entrega de estos productos, no obstante, para garantizar el derecho a la salud, ordena la visita domiciliaria de un médico tratante para valorar la situación real del paciente, y con base en ello, hacer un informe completo y detallado dirigido a la Junta de Profesionales en la Salud donde se determine y acepte la pertinencia de los servicios y tecnologías requeridos.

En esta misma línea argumentativa, la Corte Constitucional agregó que en virtud del principio de integralidad del derecho fundamental a la salud, cuando el médico tratante determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, la EPS correspondiente tiene el deber de proveérselos, sin importar que estén o no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC); ya que dicho incumplimiento no puede constituirse en una barrera para el acceso de los servicios y tecnologías requeridas para la atención integral de las patologías que presenten los usuarios (Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018; Sentencia T-014/17 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2017; Sentencia T-314/17, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017), en especial si se trata de un niño que sufre múltiples padecimientos de salud y ha sido consagrado como un sujeto de especial protección y de interés superior (Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, MP Diana Fajardo Rivera, 2018). Para que la entidad logre proveer dichos servicios y le sean reconocidos los pagos por los mismos, la

Corte en función de la normativa vigente, reitera que estas deben utilizar el mecanismo previsto en la Resolución 1885 de 2018 para que la ADRES reconozca estos gastos.

En este sentido, también se identificó la vulneración del derecho a la salud, por la dilación en la autorización, entrega y aplicación del medicamento *cimzia certolizumab pegol 200 mg* con el fin de otorgar un tratamiento integral para la artritis reumatoidea que aqueja al accionante en la providencia; el mismo que de acuerdo con la respuesta de Nueva EPS y Audifarma S.A., sólo puede ser suministrado en otro municipio, lo que dificultó el acceso a esta localidad por las barreras que se derivan de la movilidad reducida del accionante. En esta ocasión, durante el trámite de la acción de tutela, las entidades accionadas procedieron a autorizar el suministro del fármaco reclamado, en la forma dispuesta por el juez de instancia, para lo cual se adelantaría un proceso de capacitación a un familiar de la señora Sandoval Nupan, para que pueda proceder a su aplicación; esto no significa que no exista una infracción del derecho a la salud por la carencia actual del objeto por un hecho superado (como se explica en acápites posteriores), toda vez, que la dilación en su entrega si se produjo, afectando su tratamiento y condiciones de salud (Corte Constitucional, Sentencia T-092/18, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2018).

Prosiguiendo con respecto a la autorización de medicamentos, se ha evidenciado que si bien algunas EPS como Salud Total EPS-S, a través de sus Comités Técnicos Científicos (CTC) y en determinado momento, han cumplido estrictamente con la normativa en relación con la negación en el suministro de medicamentos excluidos explícitamente del PBS que carecen de la respectiva aprobación de la autoridad competente (registro INVIMA) para su uso, como reza el literal d, del artículo 15<sup>11</sup> de la Ley Estatutaria en Salud; también es posible señalar que, desde esta perspectiva, se configura la vulneración del derecho a la salud, cuando la solicitud del medicamento es justificada de una manera amplia y profunda por el médico tratante y cuando dicha entidad de salud omite el análisis de los presupuestos jurisprudenciales específicos proferidos por la Corte Constitucional para determinar si es posible autorizar este tipo de medicamentos, a saber: 1) la regla general es verificar si el principio activo del medicamento corresponde con alguno de aquellos incluidos en la cobertura del plan de beneficios, de acuerdo con la normativa proferida en su momento al respecto<sup>12</sup> y 2) comprobar el consenso que exista en la comunidad científica sobre determinado medicamento en particular (Corte Constitucional, Sentencia T-001/18, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2018).

Grosso modo, la Corte Constitucional con el MP acreditación formal del medicamento (registro INVIMA) y la informal (aceptación de la comunidad científica), se considera que dicho medicamento está en fase experimental, es decir, no ha sido posible establecer su efectividad con un nivel de certeza aceptable médicamente, por lo tanto, la Ley 1751 de 2015 dictamina que no

---

<sup>11</sup> (...) En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior (...) (Congreso de Colombia. Ley Estatutaria 1751, 2015, art. 15).

<sup>12</sup> Para la fecha de los hechos compendiados con la Sentencia T-001 de 2018, se tuvo en cuenta el “Listado de Medicamentos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, contenido en el Anexo No. 01 de la Resolución 5269 de 2017 (Corte Constitucional, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2018).

puede ser financiado con recursos públicos asignados a la salud; salvo según la Sentencia T-243 de 2015 que, el médico tratante lo ordene y el análisis jurisprudencial de un caso en concreto, demuestre que el derecho a la salud se encuentra comprometido con esta determinación, lo que conlleva a estudiar, que:

- (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y
- (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano (Corte Constitucional. Sentencia T-243/15, MP Jorge Iván Palacio Palacio, 2015, p. 11).

En yuxtaposición con lo anterior, es posible indicar que, en este tipo de casos, la Corte Constitucional considera la alternativa de inaplicar la normativa legal vigente con respecto a la autorización de medicamentos no aprobados por INVIMA, debido a la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud y lo eleva por sobre el marco normativo nacional para lograr su efectiva garantía y protección en todos los ciudadanos que así lo requieran. Ahora bien, una vez se comprueben los presupuestos referenciados previamente, se procede a comprobar si la EPS, Salud Total EPS-S en la Sentencia T-001 de 2018, impuso barreras al goce efectivo del derecho a la salud, así como, la viabilidad de autorizar un medicamento excluido explícitamente del PBS, a partir de los siguientes requisitos:

- (i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.
- (ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.
- (iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan.
- (iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo (Corte Constitucional, Sentencia T-001/18, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2018, p. 19).

En función de la Sentencia T-001 de 2018, la Corte Constitucional analizó y confirmó el cumplimiento de todos los requisitos mencionados en breve, ya que el accionante contaba con la orden del médico tratante, donde se demostró la patología que presentaba en su ojo izquierdo, la misma que, conforme con el concepto de un especialista en Retinología debía ser tratada con el medicamento solicitado por aquel y que ha presentado buenos resultados en la comunidad científica y finalmente, el cuarto requisito se cumplió en la medida que se evidenció que el paciente está en el régimen subsidiario y un puntaje del SISBEN, bajo; esto en conjunto permitió a la honorable Corte autorizar la entrega del servicio asociado al medicamento objeto de análisis de esta sentencia (MP Cristina Pardo Schlesinger, 2018).

Para continuar, la infracción del derecho a la salud también se ha presentado con respecto a la negación por parte de las EPS de servicios o tecnologías excluidas explícitamente del PBS, frente a lo cual, la Corte Constitucional, acudiendo a los preceptos normativos de la Ley 1751 de 2015; considera válido que los recursos del sistema de salud no sean utilizados para cubrir los suministros que se encuentran por fuera de este plan. Al respecto, en la Sentencia T-458/18, el accionante solicita particularmente, la autorización para obtener el servicio de cuidador, una figura asistencial que de acuerdo con las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017 no se encuentra regulada ni

en el PBS ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, lo que revela un vacío normativo en el ordenamiento jurídico nacional (Corte Constitucional, Sentencia T-458/18, MS José Fernando Reyes Cuartas, 2018); por este motivo, en reiteradas providencias, este Tribunal ha fijado los casos en los cuales es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela, teniendo en cuenta que, la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran recae en los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata (Corte Constitucional, Sentencia T-154/14, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014; Sentencia T-096/16, Sentencia T-220/16, MP Luis Ernesto Vargas Silva, 2016; Sentencia T-336/18, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018). Sobre este asunto, el MP Alberto Rojas Ríos (2018), presidió el estudio de la Sentencia T-065 de 2018 en la Corte Constitucional, mediante la cual dejo sentadas las reglas de análisis para el reconocimiento de los servicios y tecnologías excluidas, a saber:

- (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y
- (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado (p. 14)

Con respecto a la imposibilidad material del núcleo familiar para conferir las atenciones y cuidados requeridos por el paciente, la Corte de nueva cuenta, a través de la Sentencia T-065 de 2018, reiteró los cánones que les permite a las familias, demostrar este hecho, los cuales, son:

- (i) No cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia;
- (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y
- (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio (Corte Constitucional. Sentencia T-065/18, MP Alberto Rojas Ríos, 2018, p. 14; Sentencia T-414/16, MP Alberto Rojas Ríos, 2016; Sentencia T-208/17, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017).

Conforme con los precitados textos, es posible dilucidar que no solo basta con la autorización del servicio de cuidador, según el concepto médico en el cual un profesional de la salud manifestó que el paciente requería de dicho servicio, sino que, además, es una obligación de todos los responsables del análisis jurisprudencial en el país, demostrar la imposibilidad material o no que la familia tiene para asumir el cuidado integral de un familiar que presenta un cuadro de salud crítico. Según el caso *sub examine* con la Sentencia T-458 de 2018, la Corte Constitucional se pronunció negando la pretensión de obtener el servicio de un cuidador en salud, porque si bien el agenciado demostró la necesidad de recibir cuidados especiales por parte de un cuidador, no sucedió lo mismo con respecto a la imposibilidad material de la familia, toda vez que esta no presentaba carencia económica, aunque tuviera ciertas obligaciones al respecto, adquiridas según sus posibilidades.

No obstante, lo anterior, la honorable Corte Constitucional también ha establecido una sólida posición jurisprudencial con respecto a determinadas situaciones fácticas en las cuales amerita y es imprescindible la atención integral y el reconocimiento a los usuarios de uno o varios servicios y tecnologías contenidas en el PBS. En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia T-003 de 2019, mediante la cual, la accionante solicitó una intervención quirúrgica para la reconstrucción mamaria (con implante de becker derecho de expansión del 50% de 300 gms texturizado pexia mamaria y reducción de la mama izquierda con envío de material para estudio patológico), de acuerdo con el diagnóstico del cirujano plástico que le practicó el 29 de junio de 2016 el procedimiento quirúrgico de “Mastectomía con resección de areola y pezón y vaciamiento ganglionar ago, resección de quiste mamario en mama derecha, cáncer de mama tumor maligno del cuadrante superior de la mama y reconstrucción con dorsal ancho sin prótesis”. La entidad accionada, es decir la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. (Cosmitet Ltda.), respondió la demanda aduciendo que negaba la autorización de dicho procedimiento porque el mismo, estaba excluido de forma explícita del PBS, definido para el Magisterio y contratado por aquella corporación a través de una relación contractual con Fiduprevisora S.A., de donde se desprende que se produjo la vulneración del derecho a la salud, porque no se respetó la regla general de que “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”; precepto que se cumple o es aplicable para el presente caso.

De igual forma, se demostró que, si bien las cirugías estéticas no son financiadas por el sistema de salud, se hizo claridad que la intervención solicitada por la accionante no estaba clasificada como una cirugía estética, puesto que existe una patología de base que produjo el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico; pues se está procurando mitigar los efectos negativos ocasionados como consecuencia de la mastectomía que se le practicó, como forma de tratar el cáncer de mama que le fue diagnosticado. Así mismo, se desprende de esta providencia el craso error cometido por el juez del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma – Caldas y, que conllevó a que la Sala decidiera revocarlo; pues, de manera fehaciente, desconoció el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional a lo largo de varios años.

### **3.2.2. DEMORAS INJUSTIFICADAS EN LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE LAS EPS PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DEL PBS Y PARA LA AUTORIZACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE OTRAS SOLICITUDES.**

A tenor de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud, se identifica que otro obstáculo soportado por los usuarios del sistema de salud, ha sido la dilación en la programación de las citas requeridas para acceder a los diferentes servicios y procedimientos solicitados por el personal de salud, conforme con las condiciones de salud de los pacientes. En los casos sub examine, el tratamiento jurisprudencial de la Corte no solo ha tenido en cuenta los diagnósticos proferidos por los médicos tratantes sino también condición jurídica de los usuarios afectados, enfatizando en el interés superior de los niños, en situación de discapacidad (como discapacidad intelectual) (Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2019) y en los grupos de protección especial como los adultos de la tercera edad.

En este sentido, se ha concretizado la vulneración del derecho a la salud, entre otros asuntos, por la desmejora en las condiciones de salud de los usuarios afectados, debido a la falta de asignación y realización de los servicios y procedimientos requeridos; dando lugar a que la Corte ordene la autorización, programación y realización de forma integral de todos los exámenes prescritos por el médico tratante (Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2019).

Para continuar, también se evidenció la infracción de los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad personal, cuando las entidades accionadas no reconocen la licencia de maternidad a la cual tienen derecho las madres gestantes que cotizan en el régimen contributivo de salud o cuando en su defecto, por efectos de trámites administrativos de cesión, como en el caso de CAFESALUD EPS (inexistente en ese momento) y MEDIMÁS EPS; esta última, argumenta que la responsabilidad de dicho reconocimiento le correspondía a la primera. Al respecto, la Corte Constitucional concedió la autorización para el pago de la licencia de maternidad a través de MEDIMÁS EPS, teniendo en cuenta que la misma asumió las cargas relacionados con los afiliados de CAFESALUD EPS (Corte Constitucional, Sentencia T-489/18, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2018).

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional también tuvo conocimiento y resolvió acerca de la vulneración del derecho a la salud por la negligencia del personal de Coomeva EPS, al no suministrar de forma oportuna y diligente el tratamiento de quimioterapia y otros servicios médicos que requirió un paciente con cáncer de lengua y doble condición de sujeto de especial protección constitucional, por ser un adulto mayor en este caso; una situación que, de acuerdo con los planteamientos de esta Corporación, al momento de dictar sentencia, se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado – debido se había practicado el tratamiento de radioterapia y quimioterapia que se identificaba como la pretensión principal; y a que se han prestado los servicios especializados y entregado los medicamentos que requiere el paciente –. Para efectos de esta providencia, la Corte reconoció las demoras injustificadas soportadas por el paciente para acceder a los servicios y tecnologías indicadas y, además, estimó imperioso no solo la revocación de la sentencia en segunda instancia proferida el 20 de febrero de 2018 por el Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín y ordenó a Coomeva EPS el diseño un Protocolo para la Atención de las Personas con Sospecha o Diagnóstico de Cáncer, encaminado principalmente a acatar la garantía reforzada de atención integral oportuna que cobija a este tipo de pacientes según la jurisprudencia constitucional y la normativa sobre la materia (Corte Constitucional, Sentencia T-387/18, MS Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018).

En esta misma línea argumentativa, la Corte Constitucional ha construido, además una densa jurisprudencia motivada en la infracción del derecho a la salud, situación que ha derivado en la vulneración de otros derechos fundamentales, según aquellos previstos en capítulo I del Título II de la Carta Magna nacional, como el derecho a morir con dignidad. Desde esta perspectiva, es hace pertinente traer a colación la Sentencia T-544 de 2017, mediante la cual, esta Corporación sustentada en las intervenciones de la MP Gloria Stella Ortiz Delgado (2017), analizó la vulneración del derecho a la salud de un menor que padecía patologías incurables y degenerativas que cada día hacían más difícil su vida<sup>13</sup>, debido a la omisión, de forma prolongada,

---

<sup>13</sup> La historia clínica incluye el diagnóstico de: (i) parálisis cerebral infantil espástica secundaria e hipoxia neonatal; (ii) epilepsia de difícil control; (iii) escoliosis severa; (iv) displasia de cadera bilateral, y (v) reflujo gastroesofágico

por parte de SALUD EPS con respecto al suministro de los medicamentos e insumos prescritos por el médico tratante, sumado a la violación del derecho de petición de sus padres, ante el silencio de esta entidad cuando solicitaron formalmente que se adelantara la respectiva valoración para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad para su hijo.

En consecuencia, con los hechos y pretensiones referidos en breve, la Corte Constitucional consideró esencial un pronunciamiento de fondo para este caso, ya que se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado como consecuencia del fallecimiento del menor durante el trámite de la acción de tutela e incluso, se presentó la vulneración sistemática de varios derechos a la accionante. Con relación al fenómeno procesal denominado carencia actual de objeto, esta Corporación sintetizó y reiteró la evolución jurisprudencial constitucional proferida al respecto, teniendo en cuenta que en el pasado cuando las situaciones de hecho que vulneraban los derechos fundamentales de las personas dejaban de ocurrir, o cuando una violación a las garantías fundamentales se había consumado; este Tribunal interpretaba que esta situación daba lugar a declarar la improcedencia de una acción de tutela. Sin embargo, con el paso de los años, la Corte Constitucional consideró imperioso efectuar un pronunciamiento judicial de fondo para lograr un impacto real y efectivo en la protección de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2017). Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-540 de 2007, unificó los criterios sobre la materia y clarificó los referentes conceptuales asociados con este fenómeno procesal, determinando que el hecho superado se presenta cuando se supera la afectación del derecho fundamental invocado ante el juez de tutela, debido a la acción u omisión del accionado; a su vez, el hecho superado hace referencia a la satisfacción o no de lo solicitado en la tutela y el daño consumado se concibe como la afectación definitiva de los derechos invocados antes de que el juez de tutela se pronuncie sobre la petición de amparo; por lo tanto, la carencia actual de objeto es la consecuencia jurídica de un daño consumado o de un hecho superado (Corte Constitucional., Sentencia SU-540/07, MP Alvaro Tafur Galvis, 2007). En el caso *sub examine* y de forma análoga en la Sentencia T-423 de 2017<sup>14</sup>, se produjo la carencia actual de objeto como consecuencia del daño consumado, toda vez que los afectados por la vulneración de sus derechos, fallecieron durante el trámite de tutela; por lo cual

---

severo. Asimismo, se precisa que el niño padece retraso mental severo, se comunica de forma verbal, a través de llanto y con gestos faciales “no ríe ni sonríe” y “experimenta dolor expresado por el llanto”. 2. Los accionantes destacaron que Francisco constantemente “desarrolla enfermedades que hacen cada día más difícil su existencia, provocando gran sufrimiento” y presenta “sofocamiento por falta de oxígeno, de día y de noche, y bajo nuestro sistema de seguridad social los tratamientos además de tardíos son ineficaces” (Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2017, p. 3).

<sup>14</sup> En esta providencia la Sala Sexta de Revisión estudió la solicitud de amparo formulada por Adriana, como agente oficiosa de Sofía, quien solicitaba que se adelantaran los trámites para hacer efectivo el derecho a la muerte digna de la agenciada. Sofía padecía un *tumor neuroectodérmico primitivo* grave, agresivo y progresivo, y se enfrentó a diversas trabas administrativas para acceder al procedimiento de muerte digna. Sin embargo, durante el trámite de la revisión falleció luego de realizado el procedimiento de eutanasia, sin lograr hacer efectivo el derecho cuya protección invocaba, en la medida en que vio injustificadamente prolongado su sufrimiento físico y psicológico como consecuencia de los obstáculos administrativos. En atención a la muerte de Sofía, la Sala consideró que a pesar de dicha circunstancia procedía el análisis de fondo de la solicitud de amparo, debido a que: “Sofía y su familia vieron prolongado su sufrimiento ante la imposición de diferentes trabas administrativas que al final se convirtieron en todo lo que ellos buscaron [sic] evitar al acudir al juez constitucional, esto es, la demora en la realización del procedimiento, la falta de ayuda psicológica antes y después de la práctica de la eutanasia, el abandono de su EPS y de las autoridades estatales, entre otras” (Corte Constitucional, Sentencia T-423/17, MP Iván Humberto Escrucería Mayolo, 2017).

la Corte realizó un pronunciamiento de fondo para cumplir con su obligación de evidenciar las fallas estructurales que condujeron a la violación de los mismos.

En la parte considerativa de la Sentencia T-544 de 2017 se hace un amplio despliegue jurisprudencial y normativo acerca de cada uno de los elementos fácticos que conforman esta providencia. Así las cosas, la Corte Constitucional confirmó que la infracción del derecho a la salud, se originó en términos generales, por las prolongadas omisiones y reiterados incumplimientos por parte de la entidad accionada en el suministro del tratamiento integral del menor, existiendo de este modo, un patrón de sistematicidad en la afectación de los derechos del adolescente, el cual torna más reprochable la conducta y sirve como referente para evaluar la vulneración de los derechos de petición y a la muerte digna denunciados por sus padres. Con respecto a las omisiones, retrasos e incumplimientos, este Tribunal señaló que los mismos, se presentaron, con respecto a los siguientes aspectos: la falta de atención del menor por un ortopedista, retrasos injustificados en el suministro de oxígeno, pañales, de una enfermera y una auxiliar de terapias respiratorias, así como las dilaciones en las valoraciones por parte de los médicos tratantes; antes estas situaciones los padres del menor refirieron que la muerte de su hijo fue en parte por la misma negligencia y la falta de acceso al especialista que el niño necesitaba por parte de SALUD EPS (Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2017).

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional a través de la MP Gloria Stella Ortiz Delgado (2017) en la Sentencia T-544 de 2017, estimó además, que se configuró la violación del derecho fundamental a la muerte digna del menor y el derecho de petición de los padres del mismo. En correspondencia con el primer derecho, la Corte reiteró la jurisprudencia que ha proferido al respecto, mediante la cual ha advertido la falta de regulación en la materia, lo que ha derivado en la formulación de diversos exhortos al Congreso de la República para que expida la reglamentación correspondiente, substancialmente de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial pro. Sin embargo, en atención a la omisión legislativa absoluta en este asunto, la Corte Constitucional ha establecido y reconocido el núcleo del derecho a la muerte digna, determinando su alcance y las medidas de protección que proceden en estos hechos.

Las decisiones recientes en la materia, permiten establecer la vulneración del derecho a la muerte digna de los afectados, debido no solo a la negación por parte de las EPS y los médicos para aplicar los procedimientos que producen la muerte de los afectados según su propia voluntad, como la eutanasia, sino también por la falta de un marco normativo que regule estas prácticas, un hecho utilizado por los accionados para justificar la omisión en el cumplimiento de lo solicitados por los ciudadanos afectados al respecto; estos dos supuestos fácticos condujo a que la Sala Novena de Revisión estableciera los requisitos para la viabilidad del procedimiento de eutanasia en la Sentencia T-970 de 2014 e instó al Ministerio de Salud y Protección Social a expedir los parámetros generales para garantizar el derecho a morir dignamente (Corte Constitucional, Sentencia T-970/14, MP Luis Ernesto Vargas Silva, 2014), lo cual se materializó en la Resolución 1216 de 2015, lo que significó según la Sentencia T-423 de 2017, un avance valioso para regular el derecho a morir con dignidad, pero también reconoce aún falta un camino por recorrer al respecto, para subsanar las falencias y vacíos que persisten en la legislación nacional sobre la materia (Corte Constitucional, Sentencia T-423/17, MP Iván Humberto Escrucería Mayolo, 2017).

De manera unificada, el desarrollo jurisprudencial desplegado por este Tribunal en relación con el derecho a la muerte digna, reconoció que:

- (i) el carácter fundamental del derecho a la muerte digna y su íntima relación con la vida y dignidad humana;
- (ii) la vida como presupuesto para el ejercicio de otros derechos bajo una acepción que supera la simple subsistencia;
- (iii) la legitimación para decidir hasta cuando la existencia es deseable y compatible con la dignidad humana está en cabeza, principalmente, del titular del derecho a la vida, razón por la que se exige su consentimiento, y
- (iv) que obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano, y anula la dignidad y autonomía (Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2017, p. 37).

Complementando lo anterior, en el caso del derecho de petición, se logró comprobar la vulneración del mismo a los padres del menor, por la entidad accionada; debido al silencio que guardó SALUD EPS y a su actitud reticente, evasiva y de desidia, cuando recibió la primera solicitud de los padres para autorizar y efectuar el procedimiento que le permitiera a su hijo morir dignamente, respuesta que llegó posteriormente, solo hasta después de la interposición de la acción de tutela en primera instancia, donde señalaba la falta del concepto médico para respaldar dicha petición y sugirió revisar las normas pertinentes junto con el médico tratante; una respuesta que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional debe ser de fondo, clara y congruente, y sea notificada de manera oportuna a los solicitantes, lo cual, como puede verse, no fue cumplido por la EPS accionada en caso. Así las cosas y teniendo en cuenta los hechos referidos en la Sentencia T-544 de 2017, la Corte Constitucional determinó la vulneración del derecho de petición por la negligencia de la entidad accionada, al dar una respuesta evasiva, incompleta y tardía sobre el asunto, solo con la pretensión de cumplir el fallo de tutela dictaminado por el juez de instancia; empero advirtió además que si bien SALUD EPS emitió una respuesta ambigua a la solicitud de los padres para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de su hijo menor de edad, también subrayó que la entidad accionada no disponía del marco normativo y la reglamentación respectiva requerida para actuar y materializar ese derecho, una vacío jurídico que toma mayor relevancia con respecto a los niños, niñas y adolescentes para no sean víctimas de un trato cruel e inhumano derivado de la negación de su derecho a morir dignamente, el cual incluye determinar si concurren las condiciones y elementos diferenciadores para hacer efectivo el procedimiento de eutanasia en este grupo poblacional (Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2017).

En analogía con el caso anterior, en la Sentencia T-721 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció a fondo debido a que se configuró la carencia actual de objeto por el daño consumado, es decir, por el fallecimiento del paciente afectado, en este caso un menor de edad. Sumado a esto, este Tribunal determinó la vulneración por parte la EPS Famisanar y la IPS Fundación Cardio Infantil del derecho a la salud y del debido proceso (por fallas en la aplicación de procedimiento definido con la Resolución 1216 de 2015) subsumido por el derecho de petición; toda vez, que no le fueron suministrados los servicios de cuidados paliativos por considerar que no cumplía con los

criterios clínico-técnicos de paciente paliativo. Lo anterior con base en que la paciente no manejaba escala de dolor positivo para el mismo; lo que derivó de manera conjunta en que:

No hubo oportunidad en el suministro de los servicios de cuidados paliativos para la paciente y su familia, consumándose un daño psicológico, evidente en su núcleo familiar, pues únicamente se realizaron 3 sesiones al efecto, producto del cumplimiento de la orden del Juez de primera instancia, es decir, por la necesidad de acatar la orden judicial y evitar las consecuencias jurídicas que en caso contrario podrían derivarse (Corte Constitucional, Sentencia T-721/17, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017, p. 52, 53).

Así mismo, se originaron por las fallas en el trámite de la petición dirigida a la limitación del esfuerzo terapéutico o readecuación de las medidas asistenciales y en la garantía de los derechos del menor como paciente, dado que, en este caso, las entidades accionadas, tampoco dieron una respuesta de fondo, clara, precisa, congruente con lo solicitado y mucho menos oportuna. De igual forma, se produjo la violación del derecho a morir dignamente, con motivo de las fallas que se presentaron en el trámite del procedimiento eutanásico, regulado en la Resolución 1216 de 2015; ya que:

[La menor murió], pero no de la forma que hubiese querido, tal como lo hizo saber su madre, pues el desarrollo de su enfermedad hacia la muerte pudo haber sido más corto, menos degradante para ella y su familia, pero se prolongó por la inoperancia de la EPS e IPS en la garantía de sus derechos como paciente con una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, con alto impacto en su calidad de vida, respecto de la readecuación de las medidas asistenciales. Por lo cual se consumó el daño que pretendía evitarse (Corte Constitucional, Sentencia T-721/17, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017, p. 52).

En conclusión, la Corte Constitucional de forma reiterada declaró la carencia actual de objeto en la acción de tutela analizada con Sentencia T-721 de 17, ordenó adoptar los protocolos necesarios para facilitar el cumplimiento de las diferentes disposiciones que hacen parte del marco normativo sobre el derecho a morir dignamente, la adecuación de la Resolución 1216 de 2015 por parte Ministerio de Salud y Protección Social y reiteró el exhorto al Congreso de la República para que en el término de dos (2) años, a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los criterios normativos y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en esta providencia (Corte Constitucional, Sentencia T-721/17, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017).

### **3.2.3. INFRACCIONES AL DERECHO A LA SALUD CON RESPECTO A LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SALUD.**

La jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional durante los años 2015 y 2019, revela la vulneración del derecho a la salud en razón a las negativas efectuadas por diversas EPS del país, frente a la afiliación de los usuarios al sistema de salud; como se estudió con la Sentencia T-377 de 2019, en la cual se expone que EPS Sanitas S.A. negó la afiliación de un menor de edad como beneficiario de un usuario cotizante en su contrato de salud en el régimen contributivo, aduciendo que aquel no hace parte del grupo familiar que se permite afiliarse, por ser hija de crianza. Ante esta situación, la Corte reconoció la contravención del derecho a la salud de la menor, dado

que se trata de una persona de especial protección constitucional a quien, además, debe garantizarse la prevalencia de sus derechos, sumado a esto, se aceptó la figura de la familia de crianza y la posibilidad de afiliación del menor como afiliada adicional en el marco de su contrato de salud, hasta que pueda obtener la custodia legal a través de la autoridad competente, momento en el cual la niña pasará a ser beneficiaria de la afiliada cotizante (Corte Constitucional, Sentencia T-377/19, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, 2019).

Asociado con este tipo de problema jurídico, también se identificó que la violación del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, se ha presentado por la negativa de las autoridades competentes para la inscripción en el sistema de salud en el régimen subsidiado, a través del SISBEN, de los menores que pese a haber nacido en el territorio nacional y haberse efectuado el registro ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, sus padres que no cuentan con la nacionalidad colombiana. En correspondencia con lo anterior, la Corte Constitucional ha estimado procedente la declaratoria de vulneración del derecho a la salud, porque se incumple en este caso, lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016 y se afecta a un sujeto de especial protección constitucional; por lo tanto, ante esta situación se hace posible la inscripción en dicho régimen y la opción del respectivo puntaje, efectuando el trámite de inclusión; teniendo en cuenta que, en el caso de padres migrantes, ellos deben tener el Permiso Especial de Permanencia (PEP) para lograr su afiliación al SGSSS, bien sea como dependiente o independiente y en caso de que las condiciones socio- económico no sean suficientes para realizar aportes al SGSSS, pueden solicitar la aplicación de la encuesta SISBEN y si llenan los criterios, afiliarse al régimen subsidiado, lo cual fue avalado por esta Corporación, instando además, al Hospital Regional José David Padilla Villafañe, para que en casos futuros de nacimiento de niños de padres extranjeros en situación irregular, cumpliera con el deber dispuesto en el numeral 3° del artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016<sup>15</sup> (Corte Constitucional, Sentencia T-178/19, MP Cristina Pardo Schlesinger, 2019).

En correspondencia con lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T-089 de 2018, presidida por el MP José Fernando Reyes Cuartas (2018), sentó un nuevo precedente jurisprudencial con respecto a la afiliación de un menor de edad en el régimen en el que se encuentra uno o ambos progenitores y a la trasgresión del derecho iusfundamental a la salud, cuando una EPS (en este caso Cafesalud, hoy Medimás EPS, en el régimen subsidiado) genera la desafiliación del SGSSS de un afiliado menor de edad y la suspensión en la prestación de los servicios de salud, motivada en que no admite su afiliación por tener vocación de ser beneficiario de un ciudadano con capacidad de pago y la EPSC a la cual le correspondería asumir su afiliación al régimen contributivo, aunque la accionante (la madre del menor), sustenta dicha vulneración en la inestabilidad y discontinuidad laboral del padre del menor, lo que produce frecuentes interrupciones en la prestación de los servicios de salud. Ante estos hechos, la Corte Constitucional fue enfática en establecer la vulneración del derecho a la salud del menor, un sujeto de especial protección constitucional, aunque no soportada en la posibilidad de continuar en el régimen subsidiado para evitar la variable situación laboral del padre toda vez que este se encuentran afiliado en el contributivo y debe apoyar financiamiento del sistema; sino en la desafiliación

---

<sup>15</sup> Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar (Presidente de la República de Colombia, Decreto 780, 2016, art. 2.1.3.11, num. 3).

indebida del sistema de salud efectuada por la EPS, lo cual solo puede hacerse por solicitud expresa del afiliado y cuando se produce el deceso de este. Ante esta situación, la normativa nacional y los pronunciamientos de la Corte, son enfáticos en señalar que para salvaguardar esta garantía constitucional y la continuidad en la prestación de los servicios de salud, procede el mecanismo de movilidad de regímenes, un proceso bajo la responsabilidad de la EPS, previa notificación de las novedades al respecto, por parte del cotizante o cabeza de familia, para que de este modo, el usuario que lo requiera sea trasladado al régimen subsidiado o contributivo según sea el caso.

#### **3.2.4. INFRACCIONES AL DERECHO A LA SALUD ASOCIADAS CON EL REEMBOLSO DE PROCEDIMIENTOS**

Para complementar lo planteado en párrafos precedentes, se recopilación y explican algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional, con respecto a la vulneración del derecho a la salud motivada en la ausencia en el reembolso de los procedimientos efectuados por entidades que no hacen parte de la red de prestadores de la EPS. En este sentido, se trae a colación la Sentencia T-563 de 2019, un proceso judicial mediante el cual se acumularon 37 acciones de tutela con las que se pretende el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de un grupo de niños y jóvenes del país, quienes en común fueron diagnosticados con diversas alteraciones y afectaciones físicas, sensoriales y cognitivas, además, fueron atendidos por médicos particulares, quienes a su vez, solicitaron procedimientos médicos que no hacen parte del PBS, aquellos que son proporcionados por instituciones de salud que no están adscritos a la red de servicios de la EPS a las cuales están afiliados los menores. De igual forma, a este proceso se allego el expediente de Funtierra Rehabilitación IPS, la cual estaba prestando este tipo de servicios, había atendido a algunos menores que estaban en la situación indicada y que demandó la posibilidad de continuar prestando estos servicios, así como los pagos correspondientes que se encontraban en mora (Corte Constitucional, Sentencia T-563/19, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2019).

En este proceso, la honorable Corte Constitucional consideró improcedente las pretensiones de Funtierra Rehabilitación IPS, toda vez que su intencionalidad fuese extender los alcances del esquema de acceso al sistema de salud, mediante prescripciones médicas emitidas por dos médicos particulares en función de prevalecer las tecnologías ofertadas por la IPS, algunas de las cuales no daban cuenta de su eficacia y seguridad para el tratamiento de las patologías indicadas por dichos profesionales de la salud. En todo caso, esta Corporación también confirmó los fallos de primera y segunda instancia, que declararon la improcedencia de las acciones de tutela en revisión, debido a que a través de los patrones fácticos revisados por la Corte, esta evidenció que la mayoría de procesos carecía de pruebas que demostraran que los menores recibieron una valoración previa de un médico tratante adscrito a sus respectivas EPS y que incluso, prescindieron de presentar un requerimiento especial ante las EPS para que estas tuvieran la oportunidad de realizar un análisis técnico y científico para rechazar o aceptar la atención solicitada. No obstante, se exhortó además, a las EPS a brindar un servicio oportuno y de calidad a todos sus usuarios, principalmente, a quienes son considerados de especial protección constitucional y de interés superior como son los niños, niñas y adolescentes (Corte Constitucional, Sentencia T-563/19, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2019).

En esta misma línea argumentativa, en la Sentencia T-677 de 2016 de nuevo, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para solicitar el reembolso del dinero pagado de

forma directa por la accionante para acceder a un procedimiento que estaba fuera del Plan de Beneficios en salud (PBS) y no se realizaba en el territorio nacional. En este caso se declaró la improcedencia porque no se identificaron elementos que permitirán determinar que la imposibilidad por parte de su familia para sufragar este tipo de examen.

Adicional a lo anterior, en la Sentencia T-171 de 2015, la Corte Constitucional profirió la procedencia de la acción de tutela interpuesta por Martha Cifuentes de Gómez, concediendo el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y ordenando el reembolso del dinero abonado a la Fundación Santa Fe por concepto de servicios médicos y de hospitalización; teniendo en cuenta que la accionante estaba facultada para acudir a dicha Fundación y no a la autorizada por la EPS para que le realizaran el tratamiento requerido, en este caso el Instituto Nacional de Cancerología, toda vez que se comprobó que la Fundación Santa Fe hacía parte de la red hospitalaria de la Nueva EPS y la prestación de los servicios médicos de esta IPS ofrecía más confianza a la agenciada en cuestiones de calidad, porque la accionante incurrió en un tratamiento con dicha IPS para corregir las consecuencias de una intervención previa, realizada en el Instituto Nacional de Cancerología (Corte Constitucional, Sentencia T-171/15, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015).

En suma, es posible señalar que la procedencia o improcedencia de una acción de tutela para que el accionante obtenga el reembolso del dinero pagado por los procedimientos efectuados por otras entidades que no hace parte de la red de prestadores de la EPS; dependen directamente de las siguientes causales: (i) los mecanismos judiciales existentes no sean idóneos atendiendo a circunstancias específicas; (ii) la empresa prestadora de salud haya negado los servicios correspondientes y (iii) exista orden del médico tratante que sugiera el tratamiento requerido, con independencia de que este se encuentre adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario.

A modo de síntesis, es posible establecer que los problemas del sistema de salud colombiano y la vulneración del derecho a la salud, se originan entre otros asuntos, por el incumplimiento de las normas proferidas de forma confusa y poco claras por la administración pública, con la finalidad de regular el sistema y garantizar este derecho, lo que deriva en impunidad y en la reducción de su legitimidad; los conflictos entre los intereses de los actores del sistema, quienes buscan la obtención del mayor lucro económico posible, sin tener en cuenta las problemáticas que esta situación genera en cuanto a la eficiencia del sistema de salud en sí y en la protección del derecho a la salud de los colombianos; los conflictos entre las EPS y el Estado (Suárez-Rozo, Puerto-García, Rodríguez-Moreno, & Ramírez-Moreno, 2017). Estas vulneraciones se producen bajo el modelo de economía de mercado con regulación del Estado implementado en el territorio nacional, el cual propicia la corrupción del sistema y la ineficiente regulación estatal del mismo, el cual fue introducido indiscriminadamente según aquellos sistemas ejecutados en otros países del mundo, sin tener en cuenta las particularidades de la población colombiana. Así mismo, este tipo de modelo agudiza la desigualdad entre ricos y pobres, desconoce la naturaleza fundamentalista del derecho a la salud y desestima la importancia que tienen los programas de prevención en salud para reducir el nivel morbilidad y descongestionar el sistema judicial, esto último evidenciado a través de las numerosas tutelas que se interponen en el país para salvaguardar dicho derecho (Herrera Llamas, García Alarcón, & Herrera Aguilar, 2016).

#### 4. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Para continuar con el desarrollo de la presente monografía, se explica en los siguientes acápites de forma sucinta, los referentes doctrinales y jurisprudenciales asociados con el Estado de cosas inconstitucionales, una figura utilizada en diversas ocasiones por la Corte Constitucional en materia de salud. Así mismo, en este capítulo se destacan los casos más representativos con respecto al derecho autónomo de la salud, advirtiendo que no se analizan en detalle cada uno de estos casos, dado que no el objeto de estudio central de esta monografía.

Doctrinalmente, Trujillo y Zapata (2018) citando a Cárdenas (2011), definen el Estado de cosas inconstitucional, como:

Una figura de carácter procesal y de vocación oficiosa, para la defensa objetiva de Derechos Humanos, a fin de resolver casos en que se presenta una violación sistemática de Derechos Fundamentales de un grupo significativo de personas, cuyas causas guardan relación con fallas sistemáticas o estructurales y con Políticas Públicas, donde se requiere, involucrar a todos los estamentos públicos necesarios y adoptar medidas de carácter impersonal que tiendan a superar ese estatus quo injusto, en lo cual el juez constitucional mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo (p. 37).

De acuerdo con el precitado texto, se evidencia que el Estado de cosas institucional, es una figura jurídica enfocada en la protección de los Derechos Humanos que han sido vulnerados de forma reiterativa y masiva a la población colombiana, debido a diversas fallas estructurales por parte del Estado. En virtud de los aportes de García (2015), el Estado de cosas inconstitucional es una institución doctrinaria creada por la Corte Constitucional con la finalidad de generar reformas y cambios significativos en un contexto caracterizado “por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la protección de derechos y los problemas relacionados con la falta de representación real de la ciudadanía ante las instancias de decisión política” (p. 185). Según se observa, la declaratoria del Estado de cosas inconstitucional se ha originado a raíz de la necesidad de proteger y garantizar los derechos constitucionales, tanto fundamentales como sociales, de los colombianos y para evitar la congestión del sistema judicial, dado que numerosos ciudadanos acudirían a la acción de tutela para invocar el amparo de los derechos vulnerados.

En este sentido, la Corte Constitucional es la entidad jurídica facultada para determinar el inicio y la superación o levantamiento (esta última no regulada normativamente) de la declaratoria del Estado de cosas inconstitucionales, cuando se presentan dos condiciones principalmente, a saber: 1) violación sistemática de derechos fundamentales que afecta a muchas personas y 2) la creciente posibilidad de que otros ciudadanos afectados con esta situación de violación de derechos fundamentales puedan recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos, desprotección que es atribuible a la acción, a la inacción o acción insuficiente de la autoridad demandada, por factores estructurales y que factiblemente, congestionaría los juzgados y tribunales del país (García, 2015).

Conforme con estas condiciones, hasta la Corte Constitucional ha declarado el Estado de cosas inconstitucionales con respecto a los siguientes asuntos: a) Omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del ministerio y la vulneración del derecho a la salud de

los docentes (Sentencia SU-559 de 1997; b) violación de derechos de sindicatos y reclusos en materia de salud, seguridad social y por hacinamiento (Sentencias ST-153 y ST-606 de 1998); c) falta de protección de la vida de los defensores de derechos humanos (Sentencia ST-590 de 1998); d) ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición (Sentencias T-068 y T-439 de 1998), e) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar, Sentencia T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó, Sentencia SU-090 de 2000); f) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial (Sentencia SU-250 de 1998) y g) las constantes violaciones de los derechos de la población desplazada en el país (Sentencia T-025 de 2004) (García, 2015; Palacios-Salcedo, 2018).

La más reciente declaratoria del Estado de cosas inconstitucionales data del mes de mayo de 2017, mediante la sentencia T-302/17, cuando la Corte Constitucional consideró indispensable aplicar esta figura jurídica para salvaguardar los derechos de los niños y niñas del pueblo Wayúu que habitan al norte del país en el departamento de la Guajira, a quienes se les ha violado de forma generalizada sus derechos fundamentales a la salud, a la alimentación, al agua potable y a la participación política; situación originada por fallas institucionales del orden nacional y territorial, ausencia de participación política del pueblo indígena y políticas públicas sin sostenibilidad; y evidenciada, con los altos niveles de mortalidad en esta zona por desnutrición (Corte Constitucional, Sentencia T-302/17, MP Aquiles Arrieta Gómez, 2017).

En algunos casos, pareciera que las condiciones para la declaratoria no se han cumplido, con respecto a una falla estructural en la protección de un derecho, *v. gr.* cuando la Corte declaró el Estado de cosas inconstitucionales en relación con la falta de concurso público para el nombramiento de notarios en propiedad (Sentencia SU-250/98). En otros casos, a través de diversos diagnósticos, se ha identificado el cumplimiento de estas condiciones debido a la violación masiva y reiterada de derechos fundamentales de una cantidad numerosa de personas; pero sin embargo, la Corte no ha realizado la declaratoria del Estado cosas inconstitucionales, *v.gr.* en la consagración iusfundamental de la salud en la sentencia T-760 de 2008, se confirmó el desamparo y la vulneración sistemática del derecho a la salud y se profirieron ordenes generales típicas de la doctrina de esta figura jurídica pero la misma no ha sido declara como tal para establecer soluciones efectivas ante esta violación de derechos (García, 2015).

De las sentencias proferidas por la Corte Constitucional para determinar la declaratoria del Estado de cosas inconstitucionales, se considera que la Sentencia T-025 de 2004, relacionada con la situación de desplazamiento en el país, es la que ha dado mayor desarrollo doctrinal a esta figura jurídica y ha tenido mayor relevancia para fijar el carácter vinculante de esta figura jurídica y los alcances judiciales y sociales que tiene en la protección de los derechos fundamentales de la población colombiana. En esta sentencia se establece que Colombia como Estado social de derecho tiene la obligación de emitir órdenes legislativas para corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables y mejorar las condiciones de vida de los grupos poblaciones más afectadas por la violación de sus derechos. Sin embargo, debido a la gravedad sistemática de esta situación, no se justifica esperar hasta que el Congreso imparta estas órdenes para iniciar acciones de solución. De igual forma, con esta sentencia se fijaron los factores valorados por la Corte Constitucional para determinar la declaratoria de un Estado de cosas inconstitucionales, a saber:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional, Sentencia T-025, MP Manuel José Cepeda Espinosa, 2004, p. 4).

Ahora bien, cuando se declara el Estado de cosas inconstitucionales, la Corte Constitucional emite una serie de órdenes complejas a través de diversos Autos con el propósito de remediar la violación de derechos, las cuales exigen la coordinación de esfuerzos institucionales para diseñar y poner en práctica planes de acción, promoviendo la colaboración entre diversos organismos del Estado para contribuir a resolver esta situación (García, 2015). En este sentido, es preciso señalar que si bien esta honorable Corporación no declaró el Estado de cosas inconstitucionales por la generalizada violación del derecho fundamental a la salud con la Sentencia T-760 de 2008; si dictó una serie de órdenes complejas para el goce efectivo de este derecho e implementar soluciones sustanciales y definitivas que permitan subsanar los problemas estructurales que ha presentado el sistema de salud en el país; para lo cual se creó una Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008. Grosso modo, a través de esta Sala,

Particularmente, con los elementos de juicio identificados, recopilados y determinados por la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, se confirmó la falta de idoneidad y eficacia por parte de la Superintendencia en Salud para la resolución de controversias en materia de salud, específicamente, las situaciones fácticas revisadas con la Sentencia SU-074 de 2020, con la cual se concedió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a la procreación y a conformar una familia, a la igualdad y a la salud, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia. Con esta sentencia se reconoció a los accionantes su derecho a la salud y a la práctica del tratamiento de fertilización in vitro, con cargo al ADRES, previo estudio de viabilidad del procedimiento emitido por la respectiva EPS y continuando con el procedimiento de salud en caso de ser aceptado por dicha institución de salud (Corte Constitucional, Sentencia SU-074/20, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2020).

## **5. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO, SEGÚN LOS ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN Y LOS PRECEPTOS CONSAGRADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL**

Desde la constitución política, se ha consagrado el deber que tiene Colombia, como Estado Social de Derecho, de garantizar y proteger los derechos fundamentales de sus administrados; sin embargo, se ha evidenciado la vulneración recurrente y sistemática de estas garantías, con respecto al derecho a la salud, aquel que ha sido violado en todas sus formas. En este orden de ideas, se precisó que desde la perspectiva de los derechos humanos y de la normativa internacional, la salud es un derecho económico, social y cultural que goza de protección, exigibilidad y reconocimiento en el contexto mundial y, por lo tanto, genera una serie de obligaciones sociales, jurídicas y políticas que los Estados tienen la responsabilidad de cumplir de forma inmediata para lograr su plena satisfacción por parte de sus administrados. Por lo tanto, ante esta realidad mediática, interesa determinar en este capítulo, la responsabilidad del Estado colombiano frente a la infracción de este derecho, iniciando con una breve descripción histórica sobre la responsabilidad estatal, explicando los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano conforme con la cláusula consagrada al respecto con el artículo 90 superior y el análisis del caso concreto estudiado a través de la presente monografía de compilación.

### **5.1. DESDE LA IRRESPONSABILIDAD ABSOLUTA DEL ESTADO HASTA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN FALTA.**

Históricamente, se ha considerado que la obligación reparatoria del Estado, nació a través de una serie de precedentes jurisprudenciales, debido a la inexistencia de preceptos normativos que regularan en la materia; de ahí que se distingan tres períodos históricos asociados al respecto. Desde la doctrina, se explica un primer período que va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en el que imperó “la irresponsabilidad absoluta del Estado”, cuya tesis principal reposaba en la soberanía del Estado, lo que significaba que el Estado no respondía por los actos causados con su actividad, pero sí podía imponer sus decisiones a todos sin compensación alguna (Jiménez, 2013). En este sentido, Penagos (1997), agrega que:

Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: THE KING CAN DO NOT WRONG [El Rey no puede hacer mal]. Principio que los defensores de dicha teoría de la irresponsabilidad del gobernante resumían diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”, consideraciones que el derecho administrativo rechaza de plano, por antijurídicas (p. 2).

Finalizando este período se destaca el denominado Fallo Blanco proferido en el año 1873<sup>16</sup> por el Tribunal de Conflictos francés, el cual acopia la demanda interpuesta por el señor Juan Blanco con la que pretendía que los empleados de la Tabacalera, Juan Adolphe, Enrique Bertrand, Pierre Monet y Juan Vignerie, fuesen declarados como coautores del accidente de su hija Agnes

---

<sup>16</sup> Fallo que en 1873 resolvió el caso instaurado por el padre de Agnès Blanco, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del código civil, como anteriormente se hacía (Maldonado Gómez, 2007, p. 56).

Blanco, quienes al empujar un vagón de esta empresa, derriban a la menor Agnes de cinco años y medio de edad, mientras esta pasaba sobre la vía pública delante del almacén de tabacos, pasándole sobre el muslo con el vagón; y, como consecuencia de este suceso, sufre la amputación de su pierna (Romero Pérez, 2015). Este alto Tribunal consideró en su momento que:

La responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados (Romero Pérez, 2015, p. 140, 141).

Conforme con el precitado texto, se arguye que si bien inicialmente, se imputaba la irresponsabilidad del Estado en su calidad de soberanía, también se puede dilucidar un primer intento por regular la responsabilidad desde el derecho civil, empero el Tribunal de Conflictos explica con validez la necesidad de establecer reglas especiales para dictaminar esta responsabilidad.

Sin embargo, estos supuestos jurídicos fueron relegados a un segundo plano, es por ello que, de acuerdo con los aportes de González Noriega (2009), el segundo período histórico en mención, ocurrió durante las primeras décadas del siglo XX y estuvo basado en el postulado de “Estado Social de Derecho” y del “intervencionismo del Estado”, con el que comenzó a instituirse la responsabilidad del Estado, aunque durante aquella época, esta figura se aplicó con asiduidad a partir de los contenidos del Código Civil. Este período se desarrolló a través de etapas, iniciando con la fase de la responsabilidad indirecta del Estado, propuesta en función del “principio de legalidad” consagrado desde la revolución francesa y análoga con la responsabilidad de los particulares, dado que, en este caso, la responsabilidad del Estado por *in eligiendo* (mala elección) o por *in vigilando* (falta de vigilancia del Estado). Otra etapa de desarrollo, estuvo relacionada con la responsabilidad de directa del Estado, imputada como una unidad de acuerdo con los actores implicados, la persona jurídica del Estado, sus agentes o funcionarios. Y una tercera etapa en el período de la responsabilidad estatal según los preceptos normativos del Código Civil, fue la de la falla en el servicio, aquella que se origina por la prestación de forma deficiente o irregular de los servicios públicos que permitan satisfacer las necesidades de sus administrados, lo que compromete al Estado, sin mediar la culpa del agente.

Para complementar lo anterior, en materia de responsabilidad estatal se presentó un tercer período de evolución histórica, el cual se caracterizó por endilgar dicha responsabilidad, amparados en dos regímenes de aplicación, a saber: régimen subjetivo, centrado en la culpa y el régimen objetivo, en el daño. En este sentido, el primer régimen de responsabilidad es entendido como aquel “en que se produce un daño o perjuicio por un ente público que no ha actuado cuando debía, ha actuado mal o lo ha hecho tardíamente” (p. 73); un presupuesto cuyo título de imputación era el anormal o defectuoso funcionamiento de la administración estatal, configurado con los tres elementos básicos de la responsabilidad: i) El daño; ii) El factor de imputación (culpa o negligencia), y iii) El nexo causal y aplicable a la obligaciones de medio y no de resultado. Por otra parte, el régimen de imputación objetivo, el cual no tiene que acreditar la falla del servicio, sino en daño causado a los administrados.

Desde entonces se empezó a trazar el límite entre la responsabilidad del Estado y la de sus agentes en la doctrina y en la jurisprudencia; motivo por el cual la intervención del Estado y particularmente de su actividad administrativa dentro de la sociedad ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que ésta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y las actuaciones propias del aparato estatal. Así mismo, se establecieron dos tipos de responsabilidad estatal, a saber: contractual y extracontractual. Como se nombre lo indica la responsabilidad contractual se originan por el incumplimiento de las obligaciones pactadas entre el Estado y sus funcionarios con otros agentes públicos y/o privados para la prestación de los servicios requeridos por sus administrados; por lo tanto, el hecho de incumplir alguna de las cláusulas de responsabilidad aceptada durante de la celebración del contrato que dio lugar a dicha responsabilidad. Adicionalmente, la responsabilidad extracontractual aparece cuando el daño causado no es originado en una relación contractual, sino en cualquier otra actividad. Esta responsabilidad conocida también como responsabilidad Aquilina, resulta al causar daño a otra persona traspasando el deber de cuidado que se ha de tener frente a ciertas situaciones o actividades que pueden generar riesgos y posteriores daños a terceros (Hinestrosa, 1962 citado por Henao, 2000).

El trasegar histórico en Colombia acerca de la responsabilidad estatal, data según Henao Pérez (2016), desde el siglo XIX, con una primera etapa hasta 1964, durante este lapso de tiempo, la competencia general en materia de responsabilidad recaía en la Corte Suprema de Justicia, la cual se encargaba de imputar la responsabilidad del Estado en los negocios contenciosos en los que participaba la nación, a la luz del artículo 151 de la Constitución Política de 1886. Por otra parte, el Consejo de Estado, en virtud de la Ley 130 de 1913, tenía a su cargo el estudio de esta responsabilidad como consecuencia de una declaratoria de nulidad y posteriormente, en asunción a la Ley 38 de 1918, también se encargó de las “reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente” (p. 108).

Para el año 1964, la competencia general en materia de responsabilidad fue asumida por el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia permite establecer que aquella se endilgaba con frecuencia bajo el título de imputación de falla en el servicio, aunque también se utilizaba la teoría del daño especial. Valga decir con respecto al primero, que se consolidó una amplia diversidad de perjuicios indemnizados por la nación bajo dicho título, entre otros por los perjuicios causados a un paciente por intervención quirúrgica mal realizada por el Hospital Militar Central, muerte originada por la omisión del Estado en proteger la vida, perjuicios ocasionados por mantenimiento deficiente de las vías públicas, homicidio o lesiones de personas por exceso en la utilización de armas de dotación oficial. Desde esta perspectiva, se presentaron serias dificultades para demostrar la falla en el servicio, generando la improcedencia de la indemnización, a modo de ejemplo, se tiene un caso en que:

La muerte de un paciente intervenido quirúrgicamente, porque “no puede perderse de vista que la prueba, en tratándose de responsabilidad médica, es particularmente exigente, pues los profesionales de la medicina no contraen obligaciones de resultado sino de medio, lo que se traduce en que quien alega la falla necesariamente debe probarla, pues no está amparado por ninguna presunción a su favor (Henao Pérez, 2016, p. 118).

Para darle una solución a aquellas dificultades, se aceptó en el año 1984, la responsabilidad por riesgo excepcional basada en los fundamentos de endilgar este tipo de responsabilidad cuando el Estado realiza el riesgo y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar para la indemnización, así no se haya comprobado falla en el servicio. Desde entonces, se generaron importantes avances para declarar la responsabilidad del Estado con justificación no solo en la falla en el servicio, sino también en otros títulos de imputación, como la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, hasta la proclamación de la cláusula de responsabilidad patrimonial consagrada con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual consolidó la noción del **daño antijurídico** como un elemento esencial para imputar dicha responsabilidad (Henao Pérez, 2016), el cual será abordado en detalle en acápite posteriores.

## 5.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO.

En virtud de los preceptos consagrados en la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho y por lo tanto, tiene entre otros fines esenciales, prevalecer el interés general de sus ciudadanos, la protección de sus derechos y libertades, así como asegurar que las entidades públicas, los particulares y el Estado cumplan con sus deberes y que este último, se responsabilice patrimonialmente por las actuaciones defectuosas de ellos, en contra de sus administrados (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991).

Esta última concepción, da lugar a la denominada Responsabilidad Estatal, aquella que desde la Teoría General del Derecho y según González Molina (2012) hace referencia a la obligación que debe asumir el Estado de reparar los daños causados a sus administrados, por el dolo, la culpa o el riesgo asociado a la conducta activa u omisiva de sus funcionarios públicos. En este sentido, se evidencia que el Estado colombiano junto con sus entidades públicas, son sujetos con personalidad jurídica y política, lo que conlleva que surja una relación jurídica administrativa con sus ciudadanos e implica que aquellos respondan por sus actos.

Al respecto, Fernández Fernández (2014) explica que la responsabilidad del Estado ha sido estructurada a partir de dos sistemas: el subjetivo y el objetivo, cuyas diferencias entre sí, son relevantes para imputar determinado daño a un responsable en particular. En relación con la responsabilidad subjetiva, dicho autor plantea que en el orden estatal, este tipo de responsabilidad, conocida también como falla en el servicio público; surge cuando el Estado y la administración, en el desarrollo de sus actividades, le ocasionan perjuicios a sus administrados y por lo tanto, se considera la culpa (*in eligiendo o in vigilando*), como componente esencial para determinar la imputabilidad de la responsabilidad, la cual junto con el hecho y el nexo causal, permiten establecer que se trata de una falla probada del servicio. En este caso, González Noriega (2009) agrega que también se puede fijar una falla presunta del servicio, originada por las actividades peligrosas realizadas por el Estado a través de sus agentes para cumplir con sus fines esenciales y que son susceptibles de causar daños a sus administrados.

Por otra parte, retomando los aportes de Fernández Fernández (2014) es posible indicar que la responsabilidad objetiva, conocida también como responsabilidad por riesgo creado, considera que el análisis del responsable de un hecho en particular bajo este sistema, no tiene en cuenta su conducta dolosa o negligente ni su grado de culpabilidad, sino que lo realmente importante en este caso, es que exista el daño antijurídico, lo cual dará lugar al análisis de la

imputabilidad y en caso de ser requerido, a la reparación del daño. De acuerdo con los fundamentos teóricos ya explicados y a partir de los preceptos normativos colombianos, así como la evolución jurisprudencial acerca de la responsabilidad pública, en especial la posición del Consejo de Estado después de la Ley 167 de 1941; se estructuró un sistema de naturaleza objetiva y directa, enfocado en la víctima, quien se ve afectado por las actuaciones legítimas o no, ejecutadas por las autoridades públicas del país (Corte Constitucional, Sentencia C-832/01, MP Rodrigo Escobar Gil, 2001). Con lo anterior, se evidencia que la intencionalidad legislativa en el país, en materia de la responsabilidad del estado colombiano, ha estado orientada hacia la adopción del sistema de responsabilidad objetiva mediante el cual se pretende que la responsabilidad de las autoridades públicas se proyecte indistintivamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual. Este propósito quedó en firme con la proclamación de la Constitución Política colombiana de 1991, a través del artículo 90, el cual plantea con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables, causados por la acción o la omisión** de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política, 1991, art. 90) (negrita fuera de texto).

Acorde con lo expuesto en breve, es pertinente explicar que de acuerdo con los aportes del Dr. Carlos Enrique Pinzón Muñoz (2014), las pretensiones iniciales de la Asamblea Nacional Constituyente fue consagrar la responsabilidad del Estado colombiano mediante una cláusula elaborada según la doctrina española, la cual se ha fundamentado en función de la teoría del daño antijurídico como fórmula clave para el análisis de la responsabilidad administrativa, una concepción jurídica enfocada en la responsabilidad estatal según su carácter objetivo, entendido este último, como la responsabilidad que está sujeta a la ley y que en el país ibérico fue formulado inicialmente, bajo la concepción del daño antijurídico como sinónimo de responsabilidad objetiva y de la antijuridicidad objetiva según la premisa doctrinal de que el titular del bien o derecho lesionado, no tiene el deber de soportarlo, aun cuando el agente actúe dentro de los parámetros de la licitud; todo lo anterior, con la finalidad de transcender desde “el concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella” (p. 65).

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado amparado en el artículo 90 de la Carta Magna colombiana y en el daño antijurídico proclamado con el mismo, adoptó inicialmente, la responsabilidad administrativa del Estado como objetiva. Sin embargo, esta Corporación comenzó a establecer un sistema de carácter mixto, revalidando la existencia de otros títulos de imputación diferentes a la falla del servicio y de ciertos eventos jurídicos que daban lugar al título subjetivo, *v.gr.* el incumplimiento de las obligaciones de medios; ya que “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva” (Consejo de Estado, MP Juan de Dios Montes Hernández citados por Pinzón, 2017, p. 68).

En este sentido, se evidencia que la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad administrativa ha enfrentado las mismas imprecisiones dogmáticas procedentes del ordenamiento jurídico español, con las cuales se ha reconocido el concepto de antijuridicidad como criterio objetivo clave en la distinción entre responsabilidad e indemnización dejando de lado, el elemento de la culpa. Al respecto, se comparte la tesis de Pinzón Muñoz (2014) acerca de la responsabilidad estatal contenida en el artículo 90 superior, dado que plantea que dicha cláusula normativa, se sustenta en la causalidad material del hecho, se precisa como requisito *prima facie* de esta responsabilidad la imputación y no tiene en cuenta la división de la reparación según sean actos legítimos e ilegítimos; elementos que claramente se alejan de la connotación objetiva que se ha buscado establecer en este sentido.

De virtud de los anteriores referentes, queda claramente establecido que en el país se propende por un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter mixto, dado que se deben analizar los daños antijurídicos que le sean imputables a sus agentes, causados por su acción u omisión y cuyas cargas, los administrados no están en obligación de soportar; empero también se tiene en cuenta en determinados casos, el elemento subjetivo de la culpa y los diversos títulos de imputación aceptado en el ordenamiento jurídico nacional. Acerca de esta cuestión, en diversas providencias proferidas por el Consejo de Estado, se ha determinado que la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, según el artículo 90 constitucional de configura demostrando la existencia de tres elementos en particular, a saber: i) daño antijurídico, ii) nexo causal, iii) imputación, aunque al ciertas ocasiones también se ha tenido en cuenta el hecho dañoso. Sin embargo, en especial con la ponencia del exmagistrado y actual Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos (COMJIB), Enrique Gil Botero; se ha realizado un notable esfuerzo por precisar el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano y los elementos a través de los cuales, esta se configura, todo ello a la luz del mandato constitucional antes mencionado, los cuales se explican en acápites posteriores. En este sentido, fungiendo como Consejero Ponente, desde el año 2007 con la aclaración de voto en la Sentencia de 15.382 y concretamente con la Sentencia No. 16.898, Enrique Gil Botero precisó que de acuerdo con el artículo 90 superior, la responsabilidad estatal en Colombia, solo se configura mediante los dos elementos estructurales dispuestos en este precepto, a saber: 1) el daño antijurídico y 2) y la imputación del mismo a una autoridad del Estado; de ahí mismo, que la lógica en el análisis de dicha responsabilidad se inicie con la determinación de la existencia y ocurrencia del daño antijurídico indemnizable y en caso de demostrarse este, continuar con la exploración de su imputación al Estado o a alguno de sus agentes (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias No. 16.898 de 2007 y No. 15.382 de 2007, CP Enrique Gil Botero, 2007). En esta misma línea argumentativa, la honorable Corte Constitucional ha sido enfática en determinar que, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, ha aseverado los supuestos jurídicos dictados por Gil Botero, así:

En efecto, como se ha reiterado el precepto [artículo 90 de la Constitución Política] simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distingos en cuanto al causante del daño (Corte Constitucional, Sentencia C-038/06, MP Humberto Antonio Sierra Porto, 2006, p. 18).

A modo de síntesis, desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva del Estado colombiano, la Corte Constitucional, en jurisprudencia reciente, a través del MP Jorge Iván Palacio Palacio, determinó que esta se configura, cuando se demuestran tres supuestos fácticos al respecto, que son:

*Un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente (Corte Constitucional, Sentencia C- 644/11, MP Jorge Iván Palacio Palacio, 2011, p. 2, 3) (cursiva en texto original).*

De acuerdo con los precitados textos, desde es una perspectiva personal, es posible establecer que la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, se configura preeminente demostrando, en primer lugar, el daño antijurídico, aquel que afecta a sus administrados y que no están en el deber de soportar, el mismo que no presentarse da lugar a terminar el proceso de preparación, toda vez, los otros elementos estructurales pierden su fuerza vinculante para endilgar la responsabilidad del Estado. En caso contrario, es perentorio comprobar de las actuaciones activas u omisivas cometidas por el Estado que derivaron en el mismo y el nexa de causalidad entre ambos; elementos que se explican en las siguientes líneas.

### **5.2.1. DAÑO ANTIJURÍDICO.**

Etimológicamente, “el daño proviene del latín *damnum* y este del griego *damáo*, que significa como sustantivo detrimento, menoscabo, perjuicio o pérdida, y que como verbo implica causar esos mismos efectos” (Gutiérrez Gómez, 2014, p. 145). También se origina de “[las partículas] «*da*» o «*demere*», la primera indica la presencia de una pérdida y la segunda significa quitar” (Gil Botero, 2001, p. 22). Desde la doctrina administrativa, el daño antijurídico, consiste en aquel que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo. Por otra parte, Guerra García (2010) define el daño antijurídico como el “menoscabo, perjuicio en el patrimonio o lesión de un bien jurídico tutelado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico, que el particular no tiene por qué soportar como una carga (...), si no se lo exige un imperativo legal expreso” (p. 26).

De acuerdo con las conceptualizaciones dadas, el daño antijurídico es un hecho generador imputable de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, cuando ocasiona un perjuicio a los administrados que no estaba concertado en el ordenamiento normativo nacional, al momento de presentarse. Anteriormente, según los aportes de Gil Botero (2001) el estudio de la responsabilidad administrativa iniciaba con el estudio de la comisión de una falla en el servicio, la cual derivaba en la concepción tradicional que se tenía del daño, basada en que la antijuridicidad del daño se originaba de la ilicitud de la causa. Sin embargo, Pinzón Muñoz (2014), precisa que la antijuridicidad del daño no está relacionado con la ilicitud de los hechos sino que puede fundarse

en una causa lícita, ya que la obligación de reparación del Estado surge por el detrimento del patrimonio de un particular, pero solo de aquel patrimonio obtenido de forma legal y normativa, es decir, con arreglo a las leyes civiles. Desde esta perspectiva, es importante mencionar lo planteado por Henao Pérez (1998), quien afirma que:

El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en figura de la responsabilidad (p. 36-37).

En virtud de lo anterior, se infiere que para determinar la responsabilidad administrativa y la obligación de reparación, perentoriamente, quien lo sufre debe demostrar la presencia del daño mediante su acreditación fenoménica, o sea la prueba de materialización del mismo, que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece” (Gil Botero, 2001, p. 21). Sumado a esto, este autor agrega que también es indispensable identificar quien está obligado a reparar el daño, lo cual hace referencia a la imputación objetiva y determinar a qué título se impone la responsabilidad estatal, lo que deriva en los sistemas de atribución, objetivos y subjetivos (culpa y dolo). Se revalida que el daño antijurídico es el elemento esencial para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, el mismo según la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe cumplir con tres presupuestos, para lograr endilgar dicha responsabilidad. Al respecto, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, expresa que:

Los tratadistas han puesto especial énfasis en mostrar que el daño es el elemento *sine qua non* de la responsabilidad estatal. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues, además de su existencia, es preciso que sea atribuible al Estado y que éste tenga la obligación de reparación. Ha dicho entonces la doctrina que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y (iii) debe ser antijurídico; no es antijurídico aquel daño que, en virtud de las normas legales, deba ser soportado por quien lo padece (Corte Constitucional, Sentencia C-043/04, 2004, p. 24).

Las explicaciones presentadas en breve, coinciden en exponer el daño antijurídico como el detrimento patrimonial que sufren los administrados del país por las acciones u omisiones, imputables al Estado colombiano y que en el marco normativo del territorio nacional, se conciben como conductas en contravención con las leyes de la nación; y por lo tanto, el Estado como garante de la protección de los derechos de sus ciudadanos y el respeto a los mismos, da lugar a la respectiva indemnización de la víctima. Adicionalmente, se evidencia que el daño como elemento de responsabilidad del Estado, debe existir, imputable a la nación y antijurídico; no obstante, la Corte Constitucional, también debe cumplir con unos requisitos, a saber:

También la doctrina ha hablado de las “condiciones de existencia” del daño, entendiendo por tales los elementos necesarios para que el daño exista. Se menciona entonces que el daño debe ser *personal, directo y cierto*. El carácter directo del daño se explica con base en la distinción entre daño y perjuicio: el daño es entendido como la alteración material

exterior y el perjuicio como las consecuencias de dicha alteración; el carácter directo es entendido como el hecho de que el perjuicio provenga o sea consecuencia del daño (Corte Constitucional, Sentencia C-043/04, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, 2004, p. 24).

Para ahondar acerca de las condiciones de existencia del daño referenciados en breve y determinar el alcance de las mismas, es perentorio traer a colación los aportes doctrinales del Doctor Juan Carlos Henao Pérez (1998), quien explica que el carácter directo del daño se atribuye a la posibilidad de prescribir la existencia de una relación causal entre el daño y los perjuicios inmediatos y posteriores provocados a la víctima, lo que se deriva del daño causado. Al respecto, el Doctor Gil Botero (2001) agrega que la atribución del daño, se fundamenta en la causalidad jurídica, nexo de conexión o imputación objetiva, la cual está enfocada en demostrar la referibilidad del hecho a su causante o en otras palabras, se debe corroborar la existencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión de un agente y la modificación del patrimonio de un sujeto a causa del daño sufrido en su sentido fenoménico y jurídico. De lo anterior, se deriva la imputación objetiva y subjetiva, la primera orientada a clarificar o establecer de forma retrospectiva la conexión entre la acción u omisión de las autoridades públicas generantes del daño y la segunda, hace referencia a una proyección para establecer el sistema de atribución sobre la realidad dañosa, con el propósito de concretar el sistema de responsabilidad aplicable.

Para complementar lo anterior, Henao Pérez (1998) expone con respecto a la naturaleza personal del daño, que esta hace referencia a aquel perjuicio ocasionado por un daño determinado, bien sea producido por una situación jurídica protegida o por un suceso ilegal; y que afectó un derecho del administrado que solicita la indemnización quien ha de tener pruebas suficientes para demostrar la responsabilidad del Estado al respecto y se le reconozca su derecho a la respectiva reparación del mismo. La excepción a este requisito se encuentra en aquellas situaciones en las que la víctima fallece por el daño recibido y por este motivo el solicitante de la indemnización puede ser un tercero (en calidad de heredero o *intuito personae*) aunque este debe comprobar que, debido a este deceso, se le han causado perjuicios directos, lo que acontece principalmente, cuando el difunto sostenía económicamente a este tercero. Así las cosas, Gil Botero (2001) y Pinzón Muñoz (2014), coinciden en clarificar que el carácter personal del daño está asociado con la legitimación que deben ostentar, quienes tienen derecho a reclamar la reparación, porque se encuentran en calidad de perjudicados del hecho dañoso; lo cual no se deriva del grado de consanguinidad, afinidad, parentesco o por su calidad de herederos, dado que lo esencial es acreditar la existencia de un perjuicio válido para aquellos.

Adicional a lo abordado en breve, Henao Pérez (1998) en concordancia con la Corte Constitucional, plantearon un elemento más que corresponde al daño en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, a saber: su carácter cierto. Con respecto a esta condición, es esencial que se pueda acreditar la existencia (pasada, presente o futura) y la magnitud del daño sufrido por una persona, con hechos ciertos; ya que estos no pueden ser hipotéticos, llenos de suposiciones o conjeturas y/o eventuales, por lo que no prosperaría sus solicitudes y pretensiones. En razón a la existencia futura, Gil Botero (2001), citando la jurisprudencia del Consejo de Estado (1989) determinó particularmente, que en el caso de los niños que sufren merma o pérdida de la capacidad laboral, con independencia de su edad al presentarse el hecho dañoso, se les debe reconocer el perjuicio con proyección desde el momento de la plena capacidad laboral,

porque, “aunque [el] menor no [pueda] aun celebrar el contrato de trabajo en el momento del accidente, si [está] en la posibilidad de hacerlo al cumplir los dieciocho años” (p. 33).

Continuando con los aportes del Doctor Gil Botero (2001), se evidencia que el carácter cierto del daño, también se ostenta conforme con la pérdida de oportunidad, un criterio ampliamente aplicado con respecto a las defectuosas y tardías atenciones médicas, dado que se presentan cuando la prestación de la conducta profesional no se efectúa en el momento oportuno ni con puntualidad, lo cual suprime la posibilidad de recibir un tratamiento a sus patologías que favorezca el mejoramiento de su salud; ya que de este modo, se produce “la privación del derecho [constitucional] a la asistencia médica que, en definitiva, no es otra cosa que la negación al derecho a tener unas posibilidades, aunque sean remotas o indeterminadas, de supervivencia ante una patología concreta” (Tribunal Supremo Español citado por Gil Botero, 2001, p. 33), lo que por sí solo es indemnizable.

Según se ha señalado previamente, cuando se demuestran las condiciones de existencia del daño y los requisitos de imputabilidad, se continúa con los demás elementos que configura la responsabilidad del Estado, es decir, la acción u omisión imputable al Estado y el nexo de causalidad entre el daño y el hecho generador, los cuales se explican a continuación.

### **5.2.2. ACCIÓN U OMISIÓN IMPUTABLE AL ESTADO.**

En términos generales, Bernal Pinzón (1992) expone que la imputabilidad “viene del verbo latino *imputare*, que significa atribuir algo a alguien, hacer cargo de algo a alguien, siempre en el sentido de atribuir un mal” (p. 251). En la legislación colombiana, la imputabilidad jurídica (*imputatio iure*), es definida como la atribución probada de la lesión sufrida por el administrado, a raíz de un daño antijurídico, demostrado ante las autoridades judiciales competentes; a partir del cual se establece que en este caso, para hacer efectiva la reparación o indemnización de la persona afectada, se debe determinar el título de imputación correspondiente, según el régimen de responsabilidad patrimonial utilizado para ello (Consejo de Estado, CP Carlos Betancur Jaramillo, expediente 7622 de 1993, citado por el CP Enrique Gil Botero, Sentencia No. 16.898, 2007). A partir de lo anterior y de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, surgen los denominados Títulos Jurídicos de Imputación, cuya finalidad explicar la reflexión jurídica en torno al vínculo existente entre el daño antijurídico que afectó a una persona y la atribución se puede hacer de este, al Estado colombiano (Ríos Tovar, 2013); títulos que junto con la prueba del daño antijurídico permiten determinar la responsabilidad estatal.

En este sentido, con respecto a la responsabilidad del Estado colombiano, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre este tema a través del CP Juan de Dios Montes Hernández, determinando los siguientes títulos de imputación y que acto seguido serán explicados en acápite posteriores para tener mayor comprensión sobre estos, a saber: falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional, error judicial y anormal funcionamiento de la administración de justicia, la inconstitucionalidad de una ley declara judicialmente, hecho del legislador y el enriquecimiento sin causa (Consejo de Estado, Sentencia No. 8118, 1995).

### 5.2.3. NEXO DE CAUSALIDAD.

La Administración Pública en virtud de las funciones derivadas de los fines esenciales del Estado, le compete el cumplimiento de una serie de obligaciones y actuaciones, cuyo propósito es el aprovechamiento eficiente de los recursos del país y la prestación de determinados servicios para lograr la prosperidad de sus administrados junto con el respeto por sus derechos. En este sentido, el funcionamiento de la administración debe responder por las acciones definidas por el Estado, aunque en ocasiones la acción u omisión de estas, puede dar lugar a la existencia de un daño antijurídico para los ciudadanos, lo que, a su vez, permite endilgar la responsabilidad del Estado y la indemnización de los administrados afectados.

En este caso, otro de los elementos a analizar para determinar la imputabilidad del Estado con respecto a los daños antijurídicos, es el nexo causal, el cual hace referencia En este caso, otro de los elementos a analizar para determinar la imputabilidad del Estado con respecto a los daños antijurídicos, es el nexo causal, el cual hace referencia a la relación causa-efecto existente entre la conducta realizada por el agente implicado y el daño sufrido por los administrados afectados (Ysàs Solanes, Solé Resina, & Núñez Zorrilla, 2003). Por otra parte, Guerra García (2010) indica que el nexo de causalidad es el vínculo existente entre el daño antijurídico sufrido por un ciudadano colombiano y las actuaciones u omisiones que dieron lugar a esta lesión. Así mismo, Patiño (2008) explica el nexo causal como una relación de causa-efecto entre el daño antijurídico y el hecho que originó dicha lesión en determinado ciudadano.

Si bien con las anteriores conceptualizaciones es posible prescribir que el nexo causal en materia de responsabilidad estatal es entendida como una relación de causa y efecto, este concepto en la práctica ha dado lugar a confusiones en su interpretación jurídica; por lo que en este sentido, con el ánimo de sentar un precedente al respecto, el CP Enrique Gil Botero en la Sentencia No. 16.898 (2007) citando a Kelsen (1974), expresó la diferencia y principal similitud entre la causalidad y la imputación, entendiéndose que la relación entre ambos conceptos se manifiesta con el vínculo existente entre la condición (causa) y la consecuencia (efecto) y difieren en que a la segunda se le atribuyen los actos humanos y sobrehumanos pero en la primera, no intervienen estos actos. De conformidad con los precitados textos y según las consideraciones expuestas por la Sala de lo Contencioso Administrativo con la Sentencia No. 16.898, el CP Enrique Gil Botero llama la atención de la Sala acerca de la forma cómo se abordan en ciertas ocasiones el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad estatal, ya que esta con frecuencia es estudiada no sólo a partir de los dos elementos preceptuados en el artículo 90 de la Constitución (daño antijurídico e imputabilidad), sino que además suele estar basado en el hecho dañoso y la causalidad; lo cual se considera que es incompatible con la jurisprudencia administrativa, desconoce la realidad normativa del artículo 90 constitucional, así como los esfuerzos obrados por el legislador con el propósito de establecer una cultura jurídica basada en el daño antijurídico diferente del carácter subjetivo de la conducta que se tenía en cuenta anteriormente para endilgar la responsabilidad del Estado (Consejo de Estado, Sentencia No. 16.898, 2007, p. 30).

Según los anteriores pronunciamientos se determina que, a tenor del artículo constitucional citado, en efecto la responsabilidad estatal se sustenta en la existencia de un daño antijurídico y la imputabilidad del mismo, dejando de lado la causalidad. No obstante, jurisprudencialmente el Consejo de Estado, en la Sentencia No. 19.976, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2011) y

según los aportes doctrinales planteados en acápites previos; también es pertinente analizar otros elementos fácticos, probatorios y filosóficos, etc., como es el nexo causal, esto con la finalidad de determinar la responsabilidad de Estado con respecto a determinados títulos de imputabilidad, es el caso de la falla en el servicio por actuaciones omisivas y el riesgo excepcional, entre otros.

Dado lo anterior, se evidencia que el nexo causal es un **elemento necesario** para endilgar la responsabilidad del Estado colombiano que surge de la relación de causa-efecto entre el daño antijurídico y el hecho generador (activo u omisivo) cometido por un agente estatal; para lo cual es necesario demostrar dicha correlación, lo que implica el análisis de cada situación teniendo en cuenta los preceptos estipulados en la legislación colombiana al respecto y las cargas probatorias. En este caso, el demandante deberá acreditar el daño, el hecho generador y la existencia del nexo causal con respecto a la responsabilidad del Estado colombiano; la cual según lo planteado por Ysàs Solanes, Solé Resina y Núñez Zorrilla (2003) se puede limitar o exonerar, demostrando algunas de las siguientes interferencias, a saber: caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima.

En cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, estas han sido dos expresiones utilizadas indistintamente y como sinónimos en el contexto normativo colombiano, debido a que en el artículo primero de la Ley 95 de 1890, el cual modificó el artículo 64 del Código Civil, el legislador estableció que ambos conceptos eran definidos como aquel acontecimiento inesperado que no es posible enfrentar, es el caso de un terremoto (Congreso de Colombia, Ley 95, 1890); por lo tanto, se consideraba que la existencia de cualquiera de estas circunstancias era suficiente para exonerar la responsabilidad del Estado, desde su enfoque civil. No obstante, desde el derecho administrativo, la jurisprudencia colombiana ha tratado de fijar las diferencias entre ambos términos ya que a partir de las mismas se ha logrado decretar, según López Menudo, Guichot Reina y Carrillo Donaire (2005), “que los daños imprevisibles pero evitables entran en el concepto de caso fortuito, y los inevitables –incluso si pueden preverse– en el de fuerza mayor” (p. 112). Al respecto, en Sentencia del 26 de marzo de 1984, el Consejo de Estado citado por Díaz Granados Mesa (2001) señaló que desde la perspectiva del derecho administrativo “los casos fortuitos son hechos de la naturaleza y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad. O más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible” (p. 33).

Se deriva del texto expuesto y de acuerdo con lo planteado por Patiño (2008) que la fuerza mayor como causal de exoneración de la responsabilidad del Estado colombiano, se configura a partir de los siguientes tres elementos: 1) ser un hecho externo, que es ajeno a la actividad previamente definida para la administración; 2) ser un hecho imprevisible, es decir que es un hecho del cual no es posible determinar con anterioridad su ocurrencia y 3) ser un hecho irresistible, es decir que es la imposibilidad objetiva de contrarrestar los efectos derivados del hecho inopinado. Y en el caso fortuito dicha configuración se da, 1) cuando la causa del daño es externa a la actividad de la administración, 2) es irresistible y 3) puede ser imprevisible o no.

Continuando con el hecho de un tercero como actuación de interferencia del nexo causal y liberatorio de la responsabilidad estatal, Patiño (2008) expresa que esta causal se presenta cuando el daño antijurídico es causado directamente por una persona ajena a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad, teniendo en cuenta que no se consideran como terceros a las personas a quienes además del demandado, la ley les confiere responsabilidad solidaria y por lo tanto, quedan

coobligados a cumplir con la correspondiente indemnización, en caso de configurarse. En este asunto en particular, este autor también señala que la jurisprudencia contenciosa al respecto, clarifica que para que el hecho de un tercero sea un factor exonerativo de la responsabilidad del Estado colombiano, se deben demostrar dos elementos, a saber: “1) debe ser un hecho exclusivo del daño producido y 2) debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles” (Patiño, 2008, p. 206).

Otra de las causales de exoneración de la responsabilidad patrimonial del estado, según lo mencionado en acápite previos, es la culpa exclusiva de la víctima, el cual doctrinalmente hace referencia a las acciones u omisiones efectuadas por la víctima de un daño antijurídico y que tuvieron injerencia en la producción del daño (Figueroa Bastidas, 2016). En la legislación colombiana, la aplicación de esta conceptualización se encuentra sustentada en el Código Civil en su artículo 2357, así: “la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (Presidencia de la República de Colombia, Ley 57, 1887).

Explicados cada uno de los elementos que se deben configurar para endilgar la responsabilidad del Estado colombiano, especialmente los títulos de imputación preceptuados al respecto; es posible determinar que, de acuerdo con el problema jurídico analizado en la presente monografía de compilación y si bien cada caso concreto debe ser analizado para de forma independiente para establecer sus propios supuestos jurídicos; aquel se manifiesta por una falla en el servicio y por omisión legislativa, los cuales explican en la siguiente sección.

### 5.3. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

Según se referenciaba en párrafos precedentes, los títulos de imputación que se explican a continuación corresponden con los dos regímenes que permiten precisar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, el régimen de responsabilidad subjetivo y régimen objetivo. En el régimen subjetivo predomina la imperiosa necesidad de demostrar que la administración pública “no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público” (González Noriega, 2009, p. 81); es decir que el elemento fundamental en este caso, es la culpa, falta o falla, aquella que según el CP. Mauricio Fajardo Gómez, se configura por: 1) retardo, cuando el servicio se presta de forma tardía; 2) por irregularidad, cuando el servicio se presta de forma diferente a lo establecido en la normativa correspondiente; 3) por ineficiencia, se presenta cuando el servicio prestado por la Administración Pública no es diligente y 4) por omisión o por ausencia del mismo, se da cuando la Administración Pública no actúa ni presta el respectivo servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, CP Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia No. 20.750, 2011). A modo de ejemplo, Guerra García (2010), explica algunas circunstancias que pueden originar las diferentes tipologías de falla en el servicio por parte de la administración pública, las cuales son:

Hay [falla en el] servicio público cuando el servicio no ha funcionado (accidente en la carretera, causado por falta de señalización en una obra pública), o cuando ha funcionado mal (accidente debido a un material defectuoso, usado por la administración), o cuando ha funcionado demasiado tarde (daño causado por la lentitud administrativa en la tramitación de una reclamación) (p. 22).

Para complementar lo anterior, es válido señalar que la falla en el servicio presenta dos modalidades. Por una parte, se tiene la falla probada del servicio mediante la cual, el accionado debe probar los tres elementos que configuran la responsabilidad estatal, es decir, el hecho, la culpa y el nexo causal. Por otra parte, está la falla presunta del servicio, aquella que origina por las actividades peligrosas que realiza el Estado para satisfacer las necesidades de sus administrados y que son susceptibles de causar daños. Desde la doctrina, se considera que el título de imputación falla en el servicio se aplica con mayor frecuencia a “los daños ocasionados en la prestación defectuosa de los servicios de salud por parte de los profesionales e instituciones médicas oficiales” (González Noriega, 2009, p. 81).

Continuando con el daño especial como título de imputación, este es conceptualizado doctrinalmente por Vidal Perdomo (2000), como el daño antijurídico que ocasiona un desequilibrio entre las cargas iguales que los administrados deben soportar por el simple hecho de vivir en sociedad y por el funcionamiento del aparato estatal y aquellas que rompen con el principio de igualdad consagrado con la Carta Magna del país; por lo cual se hace indispensable restablecer el equilibrio mediante la indemnización estatal de los daños causados. En este sentido, el Consejo de Estado con la intervención del Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, explica que para la imputación por daño especial se precisa el análisis de las condiciones del daño antijurídico ocasionado a los administrados, con el objeto de determinar si este se excede o no de las cargas normales y ordinarias que las personas deben soportar por vivir en sociedad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia No. 32.912, 2015). Lo anterior se ha aplicado frecuentemente con respecto a los enfrentamientos armados que se presentan en el país, consagrados en la Ley 418 de 1997 y el Decreto 444 de 1993, ya que son acciones que las autoridades competentes deben efectuar en numerosos casos para salvaguardar la seguridad de la población pero cuando estos afectan a algunos miembros de la sociedad se identifica que dicha situación excede de las cargas que los habitantes están obligados a soportar, como lo son las lesiones cometidas directamente contra ellos o por su exposición a artefactos explosivos a los que no deberían haber tenido acceso (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia No. 32.912, 2015).

En lo concerniente con el riesgo excepcional, Rodríguez Mora (2012) plantea que esta figura surge cuando la administración realiza las actividades lícitas asignadas por el Estado pero que por su connotación de peligrosidad imponen un riesgo superior para la población, que no le corresponde soportar. En este caso, desde la doctrina, Parra Guzmán (2010) señala que el nivel de peligrosidad de dichas actividades se produce porque su carácter imprevisible, la incertidumbre acerca de las consecuencias que se pueden generar con estas y por la capacidad de destrucción que posee. Con referencia a este texto, el Consejo de Estado, promulgó en el año 1993, con intervención del CP Juan de Dios Montes Hernández, que la responsabilidad del Estado se dictaminaba con fundamento en el riesgo de naturaleza excepcional, un asunto de particular gravedad, cuando la integridad de las personas o sus patrimonios quedaban expuestos por los elementos utilizados en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio de carácter comunitario, cargas que exceden de aquellas que normalmente los administrados deben soportar, para beneficiarse de las acciones mencionadas (Consejo de Estado, Sentencia No. 8.163, 1993).

Como se puede observar con esta intervención, inicialmente el riesgo excepcional era preceptuado por el Consejo de Estado en virtud de los peligros que surgían cuando la

administración pública ejecutaba ciertas obras o prestaba sus servicios y que no debían soportar los administrados; sin embargo con el pasar de los años, se han identificado otras actuaciones u omisiones de alto riesgo en las cuales quedan involucradas las autoridades públicas de la nación y que originan este tipo de responsabilidad. En este sentido, Rodríguez Mora (2012) explica que para endilgar la responsabilidad estatal en este caso, también se tienen en cuenta las siguientes situaciones de peligrosidad y riesgo: manipulación y/o almacenamiento de explosivos y combustibles, el uso de sustancias tóxicas como el glifosato utilizado para la aspersión de cultivos ilícitos, daños causados con armas y/o vehículos de dotación oficial, mal manejo de instalaciones peligrosas como las redes de la energía eléctrica, entre otras.

Otro título de imputación estatal determinado en el marco normativo y jurisprudencial en Colombia, es la responsabilidad por error judicial o jurisdiccional, el cual es entendido según Piedrahíta Henao (2015) como el pronunciamiento de decisiones procesales en las que se materializa un yerro, bien sea en la exposición o en la interpretación de los hechos que dieron lugar al proceso, porque estas actuaciones estuvieron sustentadas en normas derogadas o inexistentes, generando de este modo, una sentencia judicial ilegal. Por este tipo de error y de acuerdo con lo planteado en breve, es posible deducir que las sentencias dictadas en firme de forma errónea por los agentes competentes, suelen producir la condena y el encarcelamiento de personas inocentes, quienes quedan en libertad después de revisarse de nuevo la decisión condenatoria emitida por los jueces de la nación y al ser comparada con los preceptos vigentes decretados por el sistema jurídico nacional; lo que innegablemente debe generar la acción indemnizatoria por parte del Estado colombiano al administrado que sufrió este daño antijurídico.

En este sentido y en lo concerniente con la configuración del error jurisdiccional como incidente de responsabilidad patrimonial del Estado, el Consejo de Estado con la intervención del CP Enrique Gil Botero, expresa que sobre este título de imputación se han hecho avances significativos al comprender que, a la luz del derecho, un mismo caso en particular, puede ser interpretado y solucionado de diferentes formas, todas estas justificadas; por lo tanto, para identificar el error judicial se debe examinar la carga argumentativa de la sentencia o decisión proferida por la autoridad judicial competente y de este modo, determinar si la misma dispone de una justificación coherente y jurídicamente razonable. Además, se deben tener en cuenta otros elementos que configuran el error jurisdiccional, a saber: la interpretación de la decisión, su indebida valoración, la aplicación errada o falta de aplicación (Consejo de Estado, Sentencia No. 30.300, 2014).

Adicionalmente, el Congreso de Colombia en la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, define el error jurisdiccional como aquella equivocación producida por una autoridad judicial durante un proceso y que se deriva en una sentencia opuesta a los preceptos legislativos y normativos del país. Y complementa dicho concepto, consagrando en el artículo 67 de esta misma ley, los presupuestos que se deben cumplir para responsabilizar al Estado por error judicial, los cuales, son: 1) agotar los recursos de ley fijados en el artículo 70 relacionado con la culpa exclusiva de la víctima, teniendo en cuenta que esto no aplica cuando se ocasiona la privación de la libertad de la persona condenada a través de una sentencia judicial y 2) la decisión judicial que contiene este tipo de error, debe estar en firme (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996, art. 67). Se comprende entonces que el error judicial se demuestra no sólo con la revisión minuciosa y comparativa de la sentencia en firme dictada por una autoridad judicial colombiana,

en la que se evidencia la utilización de preceptos que están en contravención con las normas positivas del país, sino que también es esencial que el administrado afectado con dicha decisión, interponga los recursos de ley disponibles para endilgar la responsabilidad del Estado por dicha equivocación y poder alcanzar la respectiva indemnización del caso.

Sumado a lo anterior, la responsabilidad del Estado colombiano por el hecho del legislador, es otra causal de imputabilidad, la cual es términos generales se establece como la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente (Consejo de Estado, Sentencia No. 8.118, 1995). En un principio, se consideró jurídicamente que sólo se podía endilgar responsabilidad patrimonial al Estado colombiano por los daños causados por la Administración Pública desde su poder ejecutivo, sin embargo, recientemente también se ha identificado que las lesiones antijurídicas ocasionadas a los administrados del país, pueden también ser producidas por la rama judicial y legislativa. En cuanto a este última, se consideraba incluso que no era posible que pudiera transgredir el derecho sino que la responsabilidad recaía en las autoridades que tenían la función ejecutoria de las leyes (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011). Grosso modo, la Constitución Política de Colombia de 1991, promulga los principales supuestos que pueden generar la obligación reparatoria por el hecho del legislador, a saber: la figura de expropiación consagrado con el artículo 58, cuando se establece un monopolio según el artículo 336 o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos de acuerdo con lo promulgado en el artículo 36 (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991). Desde esta perspectiva, se determinó imputar la responsabilidad del Estado en su función de legislador, la cual, según el análisis jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes reconocen dos modalidades al respecto: declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y las omisiones legislativas, para efectos de la presente monografía se explica esta última modalidad, la cual:

Es entendida ella como la inactividad del legislador o su incumplimiento del deber de legislar; incumplimiento de su deber de acción expresamente señalado en la Constitución Política, y la consecuente reparación de perjuicios. La Corte se ha declarado incompetente respecto a la omisión absoluta del legislador de expedir una regulación específica, aduciendo que no es procedente el control de constitucionalidad básicamente por tres razones: a. La carencia de norma susceptible de control. b. Es indispensable la demanda de inconstitucionalidad sobre un texto real c. La revisión de constitucionalidad o no de una norma requiere revisar la oposición entre el precepto acusado y lo que dispone la Constitución. Respecto a la omisión relativa del legislador, esto es, la actividad del legislador se ha dado, pero en forma defectuosa o incompleta, si se ha declarado competente la Corte en la medida en que éstas si son susceptibles de verificarse a través de la confrontación entre los mandatos acusados y la Constitución. En este caso le corresponde al juez constitucional subsanar la omisión inconstitucional, mediante la ampliación del alcance del precepto legal impugnado, a supuestos de hecho no previstos por el legislador, proceso que se hace a través de una sentencia integradora (González Noriega, 2009, p. 85).

Para finalizar los apartados correspondientes con los títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano es pertinente mencionar la falla en la administración de justicia, la cual se relaciona con una falla en la prestación de un servicio público, a cargo de los agentes judiciales, que puede desencadenar la vulneración de los derechos fundamentales de los administrados y situaciones que están en contraposición con la paz y la sana

convivencia de la ciudadanía. Estas dificultades se pueden generar, según lo consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia de 1991, porque la administración de justicia es una función pública y por lo tanto, con sus actuaciones debe velar por evitar que se generen daños antijurídicos a raíz de un mal funcionamiento de su parte (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991). Así mismo, en la Ley Estatutaria de la Administración Pública (Ley 270 de 1996), el legislador enfatizó sobre este título de imputación, indicando que el Estado debe responder patrimonialmente por los detrimentos causados a un ciudadano, debido a las actuaciones u omisiones de sus funcionarios judiciales, bien sea a título de error judicial, privación injusta de la libertad o por falla en el funcionamiento de la administración de justicia (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996).

A partir de lo anterior, se identifica que la falla en la administración de justicia puede ser imputable por tres acciones u omisiones al respecto. Por una parte, está el error judicial explicado en párrafos previos y que según la Ley 270 de 1996 hace referencia a la equivocación efectuada por un agente judicial y que deriva en una providencia contradictoria con las leyes del país (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996). Por otra parte, la privación de la libertad, como su nombre lo indica, se relaciona con la reclusión intramural injusta de un administrado (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996). Y se tiene el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el cual se explica, como aquellos eventos de naturaleza negativa que se derivan de la función jurisdiccional y que causan daños antijurídicos a los administrados, excluyendo en este caso, la privación injusta de la libertad y el error judicial (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996). Lo anterior es clarificado por Cobreros Mendazona (1998), quien explica que para imputar la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el daño o lesión sufrida por el administrado, debe originarse en el ejercicio jurisdiccional normal del agente, es decir, que se sustenta en aquellas actuaciones u omisiones que surgen de la función de juzgar y de ejecutar las decisiones dictadas.

#### **5.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR FALLA EN EL SERVICIO Y OMISIÓN LEGISLATIVA FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

La vulneración del derecho a la salud en el país durante el período comprendido entre los años 2015-2019, deja visible el complejo entramado de situaciones fácticas que se presentan en torno a esta realidad, un panorama que permite reconocer los esfuerzos de la administración pública para procurar la atención en salud y así, proteger y garantizar que todos los colombianos puedan tener acceso a beneficios del PBS, sin que medien trabas administrativas que dificulten la satisfacción de este derecho. Sin embargo, también es posible dilucidar que la violación del derecho a la salud aún continúa siendo sistemática, con graves perjuicios para los ciudadanos y desde la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano, institucionalizada a través del artículo 90 superior, se materializa mediante los títulos de imputación de falla en el servicio y por omisión legislativa. En relación con la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por falla en el servicio, distingue una serie de dimensiones implicadas con este título de imputación, de acuerdo con los supuestos fácticos que se configuren al respecto. En este caso es posible endilgar responsabilidad por falla en el servicio médica probada, lo que significa que el demandante debe probar que las entidades de salud y el personal médico como agentes del Estado, con sus actuaciones activas u omisivas causaron un daño antijurídico a los usuarios del sistema de

salud, es decir un daño que no tenían el deber de soportar y que, además, les generó perjuicios para sus condiciones de salud. Desde esta perspectiva, las entidades de salud y el personal médico, teniendo en cuenta que sus obligaciones son medio y no de resultado, se pueden exonerar de responsabilidades demostrando que actuaron de una forma diligente y prudente, lo que significa que pusieron todo a disposición de los usuarios afectados, cumpliendo a cabalidad todos los protocolos exigidos para procurar el resultado esperado, es decir la curación de sus patologías, aunque en algunos casos éste resultado no se consigue por las condiciones especiales del paciente que no responde a los tratamientos o porque se materializa un riesgo inherente al procedimiento médico; lo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se presenta con frecuencia en el caso de los enfermos terminales. De igual forma, las entidades de salud y el personal médico se eximen de esta responsabilidad, cuando comprueba la concurrencia de alguna de las causales de exoneración reconocidas por el marco jurídico nacional, es decir, por causa extraña, por culpa exclusiva de la víctima, el paciente no cumplió sus obligaciones de acatar las instrucciones del cuerpo médico, el daño fue causado por un tercero o que hay ausencia de nexo causal. En términos generales, Rojas Bareño (2017) plantea que este título de imputación es originado en una actuación culposa por parte del personal encargado de prestar el servicio de salud en las entidades públicas del país, es decir que dicho personal, tuvo una conducta mala, tardía u omisiva.

Otro matiz que tiene la falla en el servicio por la vulneración del derecho a la salud, está asociado con la responsabilidad extracontractual del Estado por la prestación del servicio de salud, título de imputación del cual surgen dos formas diferentes de imputarse las fallas en el servicio y los daños o perjuicios en la prestación de estos se pueden evidenciar en las diferentes entidades que prestan tales servicios, lo que difiere de acuerdo con la naturaleza jurídica de estas entidades. En este sentido, cuando la violación del derecho a la salud es producida por una IPS o EPS privada, la reparación de los daños recae específicamente en estas entidades, quienes son las que prestan el servicio directamente. Pero cuando la vulneración de este derecho, deriva de las acciones u omisiones de una IPS pública, es decir una Empresa Social del Estado (E.S.E.), la reparación de los daños se demanda a dicha entidad, pero se le imputa la responsabilidad extracontractual al Estado, dado que la nación presta el servicio de público de salud a sus administrados a través de estas entidades. Así las cosas, se determina que, en virtud del derecho fundamental a la salud y la prestación de los servicios de salud, en calidad de servicio público esencial, el Estado colombiano debe responder por las fallas desencadenadas por los actos médicos o los perjuicios generados a los usuarios por estos daños y de acuerdo con Julio Pretelt (2017), “se puede constituir al Estado Colombiano como generador de responsabilidad extracontractual frente a las personas que se vean afectadas en el restablecimiento de su salud, siempre y cuando no haya eximentes de responsabilidad” (p. 53)

Para continuar, el título de imputación por omisión legislativa en relación con la responsabilidad patrimonial extracontractual por la vulneración del derecho a la salud, se ha evidenciado claramente con los vacíos o deficiencias que existen en el marco normativo nacional para regular la prestación del servicio de salud y lograr el goce efectivo del derecho a la salud. Específicamente, esta situación se presentó con respecto a la falta de reglamentación en cuanto al derecho a morir dignamente, un exhorto efectuado de forma reiterativa por la Corte Constitucional al Congreso de la República, pero sin lograr los resultados esperados. En este caso, independientemente de la naturaleza jurídica de la IPS o EPS accionada, el Estado debe responder por los daños causados en los pacientes que ven afectadas sus condiciones de salud por prolongar

su dolor y sufrimiento o el de sus familiares, cuando se encuentran en una fase crítica y/o terminal de una o varias patologías que no les permite tener calidad de vida. Así mismo, en estos casos, el régimen de responsabilidad es objetivo, por lo tanto, el demandante debe demostrar el daño antijurídico y el nexo causal, entre aquel y los perjuicios ocasionados. Desde esta perspectiva, Rojas Toloza (2018), clarifica que incluso, amparado en este título de imputación, al Estado colombiano se le puede declarar responsabilidad internacional, debido a la falta de reglamentación o a la regulación incompleta de una serie de medidas para lograr la protección del derecho a la salud “y en conexidad, el de la vida de las personas víctimas por una mala práctica médica, da lugar [al título de] omisión legislativa, en donde la omisión genera que se impute un tipo de responsabilidad” (p. 23).

En ambos casos, para determinar la existencia o no de un daño antijurídico que afecta el derecho a la salud y solicitar la reparación de los perjuicios causados, se debe considerar el daño a la salud como un perjuicio inmaterial autónomo indemnizable, se debe resarcir la modificación de la integridad corporal y las consecuencias que esa modificación genera en otras esferas de la vida de las personas, un asunto estudiado ampliamente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien el análisis de las disposiciones fijadas sobre el daño a la salud como perjuicio se desborda del enfoque propuesto con esta monografía de compilación, también es pertinente señalar que, desde esta perspectiva, el daño a la salud como causante de perjuicios materiales e inmateriales que ha sido concebido a partir de diferentes nociones jurídicas, a saber: el daño moral propiamente dicho, el daño a la vida en relación, el daño fisiológico y el daño en las condiciones de la existencia, estético, psicológico, hasta llegar a la denominación de daño a la salud bajo la cual se integran todos los anteriores, teniendo en cuenta no solo los daños antijurídicos al estado físico de los usuarios sino también con respecto a las aflicciones y a sus relaciones sociales y familiares. De igual forma, a partir de este tratamiento jurídico de los daños de la salud, se hace posible señalar que la indemnización de estos daños, se efectúa de conformidad con lo preceptuado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1473 de 2011), mediante una reparación directa de los perjuicios consagrados y reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional, a saber: lucro cesante, daño emergente, daño a la salud, afectación de la vida de relación.

Se hace perentorio clarificar de nuevo, que el título de imputación que se endilgue al Estado colombiano por su responsabilidad patrimonial extracontractual en la vulneración del derecho a la salud, depende de cada caso concreto que se analice; es por ello, que en asuntos específicos como en el caso de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, la jurisprudencia construida por el Consejo de Estado según la teoría del riesgo; determina que estos casos, por regla general, se aplica el título objetivo de responsabilidad; porque así, la institución de salud realice los correspondientes protocolos de higiene y desinfección, se comprueba que el afectado se infectó en la institución, da lugar a la responsabilidad del Estado (Moncayo Escobar, 2016; Fernández M., 2016; Aldana Salazar, 2018). Así mismo, el título de imputación por falla en la prestación del servicio médico de las entidades de salud públicas, se deriva con frecuencia de los daños antijurídicos que los usuarios del sistema de salud no están en el deber de soportar; por lo tanto en materia de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, bajo estos supuestos jurídicos se pueden imputar dicha responsabilidad a partir de tres títulos de imputación del total aceptados en el sistema jurídico nacional, a saber: falla en el servicio (subjetivo), el daño especial (objetivo) y el riesgo excepcional (objetivo) (Rojas Bareño, 2017).

## 6. CONCLUSIONES

Para concluir, es preciso señalar que de acuerdo con la evolución histórica y normativa en materia de regulación del derecho a la salud en Colombia; se evidencian avances significativos al respecto, como el reconocimiento de este derecho mediante la Ley 1751 de 2015, desde una perspectiva fundamentalista y autónoma; por lo cual, está consagrado como un derecho irrenunciable que puede ser garantizado y protegido por medio de la acción de tutela y que favorece el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y prevención de la salud. Con respecto al sistema de salud, este también ha presentado una serie de reformas en el tiempo, principalmente, con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que antes de la misma, el sistema presentaba serias debilidades en su operación e incluso, fomentaba la desigualdad social. Con esta Ley se dio un avance importante, no solo en la reglamentación del sistema de salud, sino que, además se progresó en la implementación del mismo, mediante el modelo del mercado regulado, sustentado a su vez, en el modelo del pluralismo estructurado, el cual está enfocado en el rol del Estado como regulador del sistema y la prestación de los servicios de salud a través de empresas públicas y privadas.

Si bien las pretensiones normativas con la Ley 100 de 1993 y sus consecuentes reformas, ha sido resolver los problemas del sistema de salud, también se identifica que la solución de estos no ha sido de fondo, porque aún persiste la visión del mercantilista de la salud que tiene los actores del sistema, quienes ven a los afiliados solo como clientes que pueden contribuir con el crecimiento de sus recursos económicos y su rentabilidad financiera, dejando de lado, la prestación de servicios de salud de calidad con orientación hacia la atención integral en salud de las personas. A lo largo de los años, uno de los principales obstáculos que ha presentado el desarrollo integral del derecho y el sistema de salud en Colombia, ha sido la regulación del mismo, conforme con los lineamientos y preceptos aplicados en otras naciones del mundo, en especial en los países desarrollados; sin tener en cuenta las características particulares de la población colombiana, ni sus propias necesidades; asuntos que difieren ampliamente con respecto a los de otros países.

Para continuar, en yuxtaposición con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la vulneración del derecho a la salud de los colombianos durante el período comprendido entre los años 2015-2019, se concluye que este Tribunal ha realizado esfuerzos significativos para proteger y garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes del país, mediante la promulgación de una nutrida cantidad de providencias, donde no solo se pronuncia acerca de los casos concretos de cada tutela, sino que también se ha ocupado de fijar parámetros y presupuestos para el análisis futuro de este tipo de violaciones, e incluso, ha exhortado al Congreso de la República para que legisle sobre aquellos casos en los cuales se evidenció la ausencia de un marco normativo acorde con las nuevas realidades de país, como se ha presentado con el derecho a morir dignamente, ya que si bien la Resolución 1216 de 2015, es un avance significativo en la materia, no ha sido suficiente para la regulación de este derecho, v. gr. con respecto a los niños, niñas y adolescentes, quienes son sujetos de especial protección constitucional y requieren una reglamentación diferenciadora.

Por otra parte, indudablemente, la Sentencia T-760 de 2008, marcó un antes y un después en la protección del derecho a la salud, frente a las recurrentes violaciones del mismo soportadas por los usuarios del sistema de salud, consagrado con la ley 100 de 1993. Esta providencia acumula 22 expedientes de tutela donde se evidenció la violación de este derecho, con motivación

principalmente, en dos tipos de problemas jurídicos. El primero abarca todas aquellas infracciones relacionadas con la negación en el acceso a los servicios de salud requeridos, la interrupción en el acceso a los servicios de salud y otros problemas jurídicos concretos, los cuales no se ubican en las dos infracciones anteriores, tales como: negativa en el reconocimiento económico de las incapacidades laborales por incumplimiento en el pago oportuno de los aportes respectivos, falta de una respuesta a fondo a una petición presentada por la entidad de salud e interpretación restrictiva frente a los insumos no mencionados en el POS. Adicionalmente, el segundo tipo de problemas son de carácter general dado que se produce por las fallas en la regulación y protección del derecho a la salud, lo que ha dado lugar entre otros eventos, al incremento en el número de decisiones de tutela originadas por servicios incluidos en el POS, la desigualdad en los servicios del POS, según el régimen de afiliación, la omisión de un proceso expedito para el trámite de los servicios no incluidos en el POS y los retrasos en el pago de los recobros, etc.

El reconocimiento y análisis jurisprudenciales de estas vulneraciones en el año 2008, por parte de la honorable Corte Constitucional, derivó en la ordenación de una serie de medidas y acciones que debían implementarse en el corto, mediano y largo plazo, con la finalidad de ejecutar soluciones de fondo a esta coyuntura; lo que efectivamente ha generado avances significativos en la materia, como la consagración del derecho fundamental a la salud a través de la Ley 1751 de 2015, la unificación paulatina del POS y la implementación de un mecanismo tecnológico, denominado MIPRES para gestionar de una forma ágil y fácil las prescripciones de los médicos tratante que no están incluidos en dicho plan. Aun con estos avances y conforme con la jurisprudencia estudiada con esta monografía de compilación, es confirmó que la vulneración del derecho a la salud en los años 2015-2019 sigue siendo un asunto recurrente y alarmante en el país, por parte de las EPS e IPS existentes en el territorio nacional para la prestación de los servicios en atención en salud. Se evidenció que la principal causa de vulneración de este derecho es la negligencia de las EPS para autorizar y entregar los servicios y tecnologías del PBS solicitados por el médico tratante, los cuales en numerosas ocasiones solo requieren de la orden emitida por el personal de salud adscrito a la respectiva EPS cuando se trata de un servicio o tecnología incluidos en el PBS con cargo a la UPC. De igual forma, en reiteradas ocasiones, se identificó que la negación en el acceso a los beneficios que están incluidos en el PBS, pero sin cargo a la UPC y aquellos que están excluidos explícitamente; obedece a la desidia por parte de las EPS para verificar la normativa y las decisiones jurisprudenciales para determinar el procedimiento adecuado para proteger el derecho a la salud de los pacientes de una forma ágil y oportuna.

Asociado con lo anterior, también se evidenciaron demoras injustificadas en los procesos de gestión de las EPS para acceder a los servicios del PBS y para la autorización y reconocimiento de otras solicitudes y las infracciones al derecho a la salud con respecto a la afiliación al sistema de salud y la vulneración de otros derechos relacionados con aquel, como se presentó con el derecho a morir dignamente y el derecho de petición; lo cual dejó como evidencia la negligencia por parte del Congreso de la República de Colombia para proferir el marco normativo que permita regulación diversos asuntos relacionados con el derecho a la salud, como el que ya se mencionó. En materia del derecho de petición, se identificó la vulneración del mismo, porque en general, las EPS responden estas solicitudes de forma tardía solo para cumplir con una acción de tutela, ya que dichas respuestas son ambiguas, carece de profundidad acerca del tema abordado, entre otros.

Para finalizar, se concluye que la evolución doctrinal, normativa y jurisprudencial en cuanto al tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, se consagra conforme con los artículos 2 y 90 de la Constitución Política colombiana de 1991, aquellos que fundamentan esta investigación. El primero alude a los fines esenciales del Estado y al cumplimiento de los mismos a través de sus agentes y entidades públicas y el segundo artículo superior, profiere la regla general que regula la responsabilidad patrimonial del Estado y los elementos que la configuran, es decir el daño antijurídico aquel que ocasiona un perjuicio a sus administrados que no tienen el deber de soportar; la acción u omisión imputable al Estado, lo que significa que son las actuaciones activas u omisivas efectuadas por los agentes públicos que derivan en la vulneración del derecho a la salud; y tercero, el nexo causal, el cual se materializa cuando se comprueba que los perjuicios ocasionados a los administrados, fueron causados por una daño antijurídico a la cabeza del Estado colombiano, es decir a través de sus agentes públicos o en su defectos aquellos particulares que de forma transitoria ejerzan funciones públicas.

Indudablemente, el daño antijurídico es el elemento esencial para que se configure la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano, ya que, si falta este elemento, los demás pierden su fuerza vinculante, teniendo en cuenta que el mismo se demuestra cuando cumple con los requisitos de ser personal, directo, cierto y antijurídico. Por su parte, de la acción u omisión imputable al Estado se derivan los títulos de imputación de este tipo de responsabilidad, entre los cuales se encuentran: falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional, error judicial y anormal funcionamiento de la administración de justicia, la inconstitucionalidad de una ley declara judicialmente, hecho del legislador y el enriquecimiento sin causa. Desde esta perspectiva, es posible establecer que, si bien se deben analizar los elementos que configuran a responsabilidad estatal para cada en concreto, también se evidenció que la responsabilidad extracontractual del Estado frente a los constantes daños soportados por los usuarios del sistema de salud, durante el período 2015-2019, es imputable bajo el título de falla en el servicio y omisión legislativa.

La falla en el servicio de salud, se configura no solo de conformidad con los elementos estructurales de la responsabilidad estatal, es decir, el daño antijurídico, las actuaciones activas u omisivas y el nexo causal; sino que su tratamiento jurídico también depende del actor en el que recae dicha responsabilidad. En este sentido, la falla responsabilidad médica, genera una falla en el servicio por culpa probada, lo que significa que se imputa dicha responsabilidad cuando las entidades de salud o su personal médico actual de una forma imprudente, negligente e incumple con los protocolos exigidos para cada procedimiento; en síntesis, cuando tienen una conducta mala, tardía u omisiva. Por otra parte, está la falla en la prestación del servicio, para lo cual se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las EPS o IPS que prestan este servicio, dado que en el caso de las entidades privadas la responsabilidad recae directamente en estas y en las E.S.E. públicas, la responsabilidad extracontractual se endilga al Estado colombiano, toda vez, que estas entidades actúan como intermediario para prestar un servicio público a cargo del Estado.

Finalmente, el título de imputación por omisión legislativa se identificó principalmente con respecto a la falta de reglamentación y normativa relacionada con el derecho a morir dignamente, lo que ha llevado a su reiterada vulneración y frente a lo cual la Corte Constitucional ha exhortado de retirada providencia al Congreso de la República para que efectúe en el menor tiempo posible la regulación de este derecho fundamental. En este caso, para imputar la responsabilidad de Estado el demandante debe demostrar la ocurrencia del daño antijurídico y el nexo causal.

## REFERENCIAS

- Agudelo Calderón, C., Cardona Botero, J., Ortega Bolaños, J., & Robledo Martínez, R. (junio de 2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63019110020>
- Aldana Salazar, E. (2018). *Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado por infecciones nosocomiales adquiridas: la hospitalización como actividad peligrosa*. Bogotá D.C.: [Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18505/1/Responsabilidad%20Patrimonial%20Extracontractual%20del%20Estado.pdf>
- Alonso, M., & Leiva-Ramírez, E. (julio-diciembre de 2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 77-106. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v13n2/v13n2a04.pdf>
- Arias Trejos, P., & Gómez Mosquera, M. (2018). *Contienda por la Ley Estatutaria de Salud en Colombia, 2008-2015: entre el mercado y el derecho*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias de la Salud. Maestría en Salud Pública. Obtenido de [http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/11490/Contienda\\_ley\\_estatutaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/11490/Contienda_ley_estatutaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Arias, M., & Álvarez, V. (7 de abril de 2016). Crisis de la salud en Colombia. *Periódico El Colombiano*. Obtenido de <http://www.elcolombiano.com/colombia/crisis-de-la-salud-en-colombia-EE3897868>
- Arroyave Zuluaga, I. (2009). *La Organización de la salud en Colombia*. Medellín, Colombia: Hospital Universitario San Vicente de Paúl & Periódico El Pulso. Obtenido de [http://www.med-informatica.net/OBSERVAMED/ReformaSistemaSalud/EmergenciaSocial2010/La\\_organizacion\\_de\\_la\\_salud\\_en\\_Colombia\\_2.pdf](http://www.med-informatica.net/OBSERVAMED/ReformaSistemaSalud/EmergenciaSocial2010/La_organizacion_de_la_salud_en_Colombia_2.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217A (III). (10 de diciembre de 1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de [un.org: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/](https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/)
- Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia. (1991). Obtenido de [senado.gov: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion\\_General/constitucion\\_politica.pdf](http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf)
- Bayona Estupiñán, L. (2017). Acercamiento al análisis de la responsabilidad ambiental del Estado frente al desarrollo sostenible del territorio. *Revista Global Iure*, 4, 47-63. Obtenido de [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/52472034/Art\\_3.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAcercamiento\\_al\\_analisis\\_de\\_la\\_responsab.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200125%2Fus-east](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/52472034/Art_3.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAcercamiento_al_analisis_de_la_responsab.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200125%2Fus-east)
- Benavídez, G. (13 de diciembre de 2017). Segunda multa para Medimás, esta vez por \$1'696.749.100. *Periódico El Mundo*. Obtenido de <http://www.elmundo.com/noticia/Segunda-multa-para-Medimasesta-vez-por1%E2%80%99696-749-100/364383>

- Bermejo Galán, J., Galán Escalante, O., & Madrid González, J. (enero- diciembre de 2017). Evolución jurídica de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia. *Jurídicas CUC*, 13(1), 71-96. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6226310>
- Bernal Pinzón, J. (1992). Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad. *Nuevo Foro Penal*(56), 251-273. Obtenido de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4033/3287/>
- Bernal, O., & Barbosa, S. (septiembre-octubre de 2015). La nueva reforma a la salud en Colombia: el derecho, el aseguramiento y el sistema de salud. *Revista Salud Pública de México*, 57(5), 433-440. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/spm/v57n5/v57n5a15.pdf>
- Botero Bernal, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Revista Opinión Jurídica*, 2(4), 109-116. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350/1373>
- Bueno Bernal, M., Estrada Landaeta, Y., & Díaz Vargas, L. (2019). *Aspectos socio jurídicos en la materialización del derecho a la salud, a partir de su reconocimiento jurisprudencial como derecho autónomo*. Arauca: [Tesis de Pregrado]. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Ciencias Sociales, Derecho. Derecho a la Salud. Obtenido de [https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/13263/1/2019\\_aspectos\\_socio\\_juridicos.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/13263/1/2019_aspectos_socio_juridicos.pdf)
- Buitrago Saza, J. (2016). Responsabilidad del Estado frente a la contaminación producida por calderas en Sogamoso (Boyacá). *Revista Global Iure*, 4, 123-143. Obtenido de <https://www.jdc.edu.co/revistas/index.php/giure/article/view/12/7>
- Bustamante Mejía, S., & Jaramillo Cadavid, E. (2018). *El derecho a la salud, su protección mediante la acción de tutela y sus repercusiones en el aparato judicial colombiano*. Medellín: [Tesis de Licenciatura para optar al grado de Abogada]. Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Facultad de Derecho.
- Camelo Torres, D. (2017). *Responsabilidad estatal y mecanismos de reparación: una revisión en cuanto al resarcimiento del daño ocasionado por las acciones u omisiones ejecutadas en el ejercicio de la administración pública*. Bogotá D.C.: [Artículo reflexivo para optar al título de abogado]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Programa de Pregrado. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15175/1/Responsabilidad%20estatal%20y%20mecanismos%20de%20reparaci%3b%20Una%20revisi%3b%20en%20cuanto%20al%20resarcimiento%20del%20da%3b%20ocasionado%20por%20las%20a%20~1.pdf>
- Cárdenas, S. (2 de octubre de 2017). *Personeros de Colombia presentarán demanda internacional por vulneración del derecho a la salud de los ciudadanos*. Obtenido de RCN Radio: <http://www.rcnradio.com/locales/personeros-colombia-presentaran-demanda-internacional-vulneracion-del-derecho-la-salud-los-ciudadanos/>
- Carmona-Fonseca, J. (2005). Cambios demográficos y epidemiológicos en Colombia durante el siglo XX. *Revista Biomédica*(25), 464-480. Obtenido de <https://revistabiomedica.org/index.php/biomedica/article/download/1373/1488/0>
- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D., & Yáñez Mesa, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cobrerros Mendazona, E. (1998). *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. España: Cuadernos Cívitas.

- Colprensa. (21 de diciembre de 2017). "Colombia se enfrentará a una crisis de salud en 2018". *Periódico La República*. Obtenido de <https://www.larepublica.co/economia/colombia-se-enfrentara-a-una-crisis-de-salud-en-2018-2584060>
- Comisión de Regulación en Salud [CRES], Acuerdo 029. (28 de diciembre de 2011). Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud. *Diario Oficial No. 48.298*. Obtenido de <http://www.comfachoco.com.co/documentos/Acuerdo%20029%20de%202011.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de [oas.org: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CESCR]. (11 de agosto de 2000). *CESCR Observación General 14*. Obtenido de [acnur.org: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf)
- Congreso de Colombia, Ley 10. (10 de enero de 1990). Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 39.137*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3421>
- Congreso de Colombia, Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 41.148*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>
- Congreso de Colombia, Ley 1122. (9 de enero de 2007). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 46.506*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/ley-1122-de-2007.pdf>
- Congreso de Colombia, Ley 270. (07 de marzo de 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial No. 42.745*. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- Congreso de Colombia, Ley 95. (2 de diciembre de 1890). Sobre reformas civiles. *Diario Oficial No. 8.264*. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0095\\_1890.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0095_1890.htm)
- Congreso de Colombia, Ley Estatutaria 1751. (16 de febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.427*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Sentencia No. 20.750, 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750) (CP Mauricio Fajardo Gómez 7 de abril de 2011). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1999-00518-01\(20750\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1999-00518-01(20750).pdf)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia No. 19.976, Expediente 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa 9 de mayo de 2011). Obtenido de <https://www.notinet.com.co/pedidos/excluyentes-1.doc>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Sentencia No. 32.912, Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912) (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa 28 de enero de 2015). Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia No. 15.382, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-03078-01(15382) (CP Enrique Gil Botero 19 de septiembre de 2007).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia No. 16.898, Expediente 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898) (C.P. Enrique Gil Botero 31 de mayo de 2007). Obtenido de <https://www.notinet.com.co/pedidos/2antij.DOC>
- Consejo Nacional Legislativo, Ley 30. (25 de octubre de 1886). Que crea Juntas de Higiene en la capital de la República y en las de los Departamentos o ciudades principales. *Diario Oficial No. 6.839*. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1787392>
- Corte Constitucional, Sentencia C- 644/11, Expediente D-8422 (MP Jorge Iván Palacio Palacio 31 de agosto de 2011). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2011/C-644-11.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia C-038/06, Expediente D-5839 (MP Humberto Antonio Sierra Porto 1 de febrero de 2006). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-038-06.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia C-043/04, Expediente D-4695 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra 27 de enero de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2004/C-043-04.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia C-832/01, Expediente D-3388 (MP Rodrigo Escobar Gil 8 de agosto de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2001/C-832-01.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-074/20, Expedientes acumulados: (i) T-5.761.833, (ii) T-5.861.646, (iii) T-5.868.783 (iv) T-5.884.541, (v) T-5.931.125 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado 20 de febrero de 2020). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/su074-20.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-540/07, Expediente T-1265528 (MP Alvaro Tafur Galvis 17 de julio de 2007). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2007/SU540-07.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T- 529/17, Expediente T-6.040.592 (MP Alberto Rojas Ríos 15 de agosto de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-529-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689 (MP Cristina Pardo Schlesinger 15 de enero de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-001-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-010/04, Expediente T-782691 (MP Manuel José Cepeda Espinosa 15 de enero de 2004). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2004/T-010-04.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-014/17, Expedientes acumulados T-5.721.594, T-5.725.958, T-5.732.481, T-5.746.142 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 20 de enero de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-014-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-025, Expediente T-653010 y acumulados (MP Manuel José Cepeda Espinosa 22 de enero de 2004). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2004/T-025-04.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-027/15, Expedientes acumulados T-4.384.123, T-4.387.551, T-4.391.945, T-4.401.716 y T-4.510.422 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 23 de enero de 2015). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2015/T-027-15.rtf>

- Corte Constitucional, Sentencia T-032/18, Expediente T-6.411.468 (MP José Fernando Reyes Cuartas 12 de febrero de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-032-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-065/18, Expediente T-6.423.733 (MP Alberto Rojas Ríos 26 de febrero de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-065-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-069/18, Expedientes T-6.331.976, T-6.354.585 y T-6.367.461 (MP Alejandro Linares Cantillo 27 de febrero de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-069-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-089/18, Expediente T-6.430.549 (MP José Fernando Reyes Cuartas 8 de marzo de 2018).
- Corte Constitucional, Sentencia T-092/18, Expediente T-6.448.448 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 12 de marzo de 2018).
- Corte Constitucional, Sentencia T-096/16, expedientes T-5156690, T-5161374, T-5169399 (MP Luis Ernesto Vargas Silva 25 de febrero de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/T-096-16.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-121/15, Expediente T-4.574.405 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 26 de marzo de 2015). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2015/T-121-15.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-154/14, Expedientes (i) T-4.096.964 y (ii) T-4.104.955 (acumulados) (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 14 de marzo de 2014). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2014/T-154-14.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-171/15, Expediente T-4.523.198 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 15 de abril de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia T-171/18, Expediente T-6.406.033 (MP Cristina Pardo Schlesinger 7 de mayo de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-171-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-178/19, Expediente T- 7.087.478 (MP Cristina Pardo Schlesinger 6 de mayo de 2019).
- Corte Constitucional, Sentencia T-208/17, Expedientes acumulados T-5.860.547, T-5.870.020, T-5.875.317 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 4 de abril de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-208-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-220/16, Expediente T-5327087 (AC) (MP Luis Ernesto Vargas Silva 2 de mayo de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/T-220-16.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, Expediente T-7.023.847 (MP Cristina Pardo Schlesinger 28 de mayo de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2019/T-231-19.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-243/15, Expedientes T-4671468 y 4671965, acumulados (MP Jorge Iván Palacio Palacio 30 de abril de 2015). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2015/T-243-15.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-302/17, Expediente T-5.697.370 (MP Aquiles Arrieta Gómez 8 de mayo de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia T-309/18, Expediente T-6.660.325 (MP José Fernando Reyes Cuartas 27 de julio de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-309-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-314/17, Expedientes acumulados T-5.933.436, T-5.933.515, T-5.942.371, T-5.945.161, T-5.955.341 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 12 de mayo de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-314-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-331/16, Expediente T-5.355.544 (MP Luis Ernesto Vargas Silva 23 de junio de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/T-331-16.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-336/18, Expediente T-6.700.493 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado 21 de agosto de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-336-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-377/19, Expediente T-7.045.029 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 20 de agosto de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2019/T-377-19.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-387/18, Expediente T-6.757.944 (MS Gloria Stella Ortiz Delgado 21 de septiembre de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-387-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-414/16, Expedientes acumulados T-5.208.437, T-5.209.676, T-5.211.741, T-5.217.850 y T-5.223.040 (MP Alberto Rojas Ríos 8 de agosto de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/T-414-16.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-423/17, Expediente T-6.061.533 (MP Iván Humberto Escruce Mayolo 4 de julio de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-423-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-458/18, Expediente T-6.875.698 (MS José Fernando Reyes Cuartas 27 de noviembre de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-458-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-464/18, Expediente T-6.567.388 (MP Diana Fajardo Rivera 4 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-464-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-485/19, Expediente T-7.268.969 (MP Alberto Rojas Ríos 17 de octubre de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2019/T-485-19.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-489/18, Expediente T-6.683.302 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 14 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-489-18.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-495/17, Expedientes T-6.074.568 y T-6.080.346 (MP Alejandro Linares Cantillo 3 de agosto de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-495-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-544/17, Expediente T-6.084.435 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado 25 de agosto de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-544-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-563/19, Expedientes T-2893757 y otros (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 20 de noviembre de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2019/T-563-19.rtf>

- Corte Constitucional, Sentencia T-707/16, Expedientes acumulados: (i) T-5.693.156, (ii) T-5.699.869 y (iii) T-5.699.878 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez 15 de diciembre de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/T-707-16.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-721/17, Expediente T-6.026.987 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 12 de diciembre de 2017).
- Corte Constitucional, Sentencia T-721/17, Expediente T-6.026.987 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo 12 de diciembre de 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-721-17.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, Expediente T-1281247 y acumulados (MP Manuel José Cepeda Espinosa 31 de julio de 2008). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2008/T-760-08.rtf>
- Corte Constitucional, Sentencia T-970/14, Expediente T-4.067.849 (MP Luis Ernesto Vargas Silva 15 de diciembre de 2014). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2014/T-970-14.rtf>
- Dávila Alarcón, A. (2016). *Responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado por la minería en Colombia*. Bogotá D.C.: [Trabajo de Grado presentado para optar por el Título de Magister en Derecho Público]. Universidad Santo Tomás. Maestría en Derecho Público. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1850/Davilaana2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Defensoría del Pueblo, Colombia. (2019). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018* (13 ed.). Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional de Colombia. Obtenido de <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf>
- Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para la Salud, Seguridad Social y la Discapacidad. (2017). *Rendición de Cuentas sobre asuntos de salud*. Bogotá, D.C. Obtenido de <http://www.defensoria.gov.co/public/rendiciondecuentas/assets/salud-y-seguridad-social.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. Documento CONPES 2877. (1996). Santa Fe de Bogotá, D.C.: MINTRABAJO-MINSALUD-MINHACIENDA-ISS, Superintendencia de Salud, DNP:UDS-UIP. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2877.pdf>
- Díaz Granados Mesa, S. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá D.C.: [Tesis de Grado]. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>
- Espinosa Gómez, L., Loaiza H., J., & Montaña Ángulo, M. (2017). *Garantías constitucionales y legales del derecho a la salud en Colombia*. Santiago de Cali: [Monografía de Grado]. Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Derecho. Programa de Derecho. Obtenido de [https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8359/1/2017\\_garantias\\_constitucionales\\_derecho.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8359/1/2017_garantias_constitucionales_derecho.pdf)
- Fernández Fernández, A. (2014). El concepto de responsabilidad. En J. Domínguez Martínez, & J. Sánchez Barroso, *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa* (págs. 95-110). México: Colegio de Profesores de Derecho Civil. Facultad de Derecho-UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf>
- Fernández M., M. (2016). Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia

- francesa. *Revista Chilena de Derecho*, 43(3), 849-875. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art04.pdf>
- Figueroa Bastidas, G. (2016). *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano: Compatibilidad y concurrencias de los regímenes de responsabilidad del Estado, ámbitos internacional, regional e interno sobre violaciones graves a derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fraguas Madurga, L. (2015). El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*(21), 117-136. Obtenido de <http://www.calatayud.uned.es/web/actividades/revista-anales/21/03-05-LourdesFraguasMadurga.pdf>
- Gañán Echavarría, J. (enero-junio de 2017). Hacia un nuevo concepto de la inspección, vigilancia y control del derecho a la salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. *Revista Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 123-140. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4848/5750>
- García Montoya, L., Palacios Mena, S., & Zuluaga González, R. (2017). *Responsabilidad patrimonial del estado colombiano por daños al ambiente, a luz de la constitución política de 1991. La ley y el principio ambiental "el que contamina paga"*. Santiago de Cali: Universidad Cooperativa de Colombia, Seccional Cali. Facultad de Derecho. Obtenido de [https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/10110/1/2017\\_responsabilidad\\_estado\\_ambiente.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/10110/1/2017_responsabilidad_estado_ambiente.pdf)
- García, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3962/13.pdf>
- Gil Botero, E. (2001). *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado* (2 ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- González Molina, O. (2012). *Responsabilidad del Estado*. Obtenido de Universidad Central de Chile: [http://oahumada.ublog.cl/archivos/1911/responsabilidad\\_del\\_estado\\_final.pdf](http://oahumada.ublog.cl/archivos/1911/responsabilidad_del_estado_final.pdf)
- González Noriega, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: responsabilidad por el hecho de las leyes. *Revista Humanidades*, 37(1), 77-86. Obtenido de <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734/>
- Grupo de Economía de la Salud [GES]. (2008). Limitaciones y derechos sobre la atención en salud de los colombianos. *Revista Observatorio de la Seguridad Social*, 7(18), 1-11. Obtenido de [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3425/1/UniversidadAntioquia\\_2008\\_LimitacionesDerechoAtencionSalud.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3425/1/UniversidadAntioquia_2008_LimitacionesDerechoAtencionSalud.pdf)
- Guerra García, Y. (2010). Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la responsabilidad del Estado por actos terroristas. (D. Higuera Jiménez, Ed.) *Revista de Derecho Principia Iuris*, 12(12), 15-34. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/390/530>
- Guerrero, R., Gallego, A., Becerril-Montekio, V., & Vásquez, J. (2011). Sistema de Salud de Colombia. *Revista Salud Pública de México*, 53(Sup. 2), S144-S155. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0036-36342011000800010](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800010)

- Gutiérrez Gómez, G. (2014). *Estado Social de Derecho o Estado Garantista y el Mito de la Responsabilidad Extra contractual de los Entes Jurídicos*. Estados Unidos: Palilibro.
- Guzmán Mora, F. (marzo de 2000). Neoliberalismo y Salud en Colombia. *Heraldo Médico*, 22(227). Obtenido de <https://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/heraldo-medico/vol-2222700/heraldomed22-22700neoliberalismo/>
- Henaó Pérez, J. (1998). *El daño: Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Henaó Pérez, J. (2016). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En J. González Parás, *La responsabilidad patrimonial del Estado. Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado* (págs. 105-146). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>
- Henaó, J. (2000). *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana de Editores S.A.
- Herrera Llamas, J., García Alarcón, R., & Herrera Aguilar, K. (2016). La encrucijada bioética del sistema de salud colombiano: entre el libre mercado y la regulación estatal. *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*(36), 67-84. Obtenido de <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/original4.pdf>
- Jaimés, C. (21 de agosto de 2019). "Tenemos EPS incluso en peor situación que la propia Medimás", *Supersalud*. Obtenido de [consultorsalud.com/tenemos-eps-incluso-en-peor-situacion-que-la-propia-medimas-supersalud/](https://consultorsalud.com/tenemos-eps-incluso-en-peor-situacion-que-la-propia-medimas-supersalud/)
- Jara Huérfano, L. (enero-junio de 2017). Estado garante del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. *Revista Diálogos de Saberes*(46), 79-110. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1595/1181>
- Jiménez, W. (enero-junio de 2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes*, 63-78. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696257.pdf>
- Jiménez, W., Angulo, L., Angulo, Y., Gómez, M., Rey, L., Solano, L., & Urquijo, Y. (2016). Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud? *Revista Colombiana de Cirugía*, 31(2), 81-90. Obtenido de <https://www.revistacirugia.org/index.php/cirugia/article/view/249/229>
- Julio Pretelt, J. (julio-diciembre de 2017). El derecho a la salud en Colombia: evolución y defensa frente a un Estado que dista de ser garante. *Revista Avances en Salud*, 1(2), 51-54. Obtenido de <https://revistas.unicordoba.edu.co/index.php/avancesalud/article/view/1222/1498>
- Laurell, A. (21 de febrero de 2012). Sistemas Universales de Salud: Retos y Desafíos. (págs. 1-34). Quito: Instituto Suramericano de Gobierno en Salud, Unión de Naciones Suramericanas. Obtenido de [https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com\\_docman&view=download&category\\_slug=documentos-noticias-2012&alias=403-sistemas-universales-de-salud-retos-y-desafios&Itemid=599](https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=documentos-noticias-2012&alias=403-sistemas-universales-de-salud-retos-y-desafios&Itemid=599)
- Londoño, J.-L., & Frenk, J. (1997). Structured pluralism: towards an innovative model for health system reform in Latin America. *Working Paper, Inter-American Development Bank*,

- Office of the Chief Economist*(353), 1-33. Obtenido de [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/87917/1/idb-wp\\_353.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/87917/1/idb-wp_353.pdf)
- López Menudo, F., Guichot Reina, E., & Carrillo Donaire, J. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Editorial Lex Nova S.A.
- López Vanegas, N., & Huertas Chitivo, A. (2015). *La Responsabilidad Administrativa del Estado por la Falla en la Prestación del Servicio y Derecho a la Salud en la Cárcel el Buen Pastor de Bogotá en 2013-2015*. Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia. Facultad de Postgrados y Formación Continuada. Programa de Especialización en Derecho Administrativo. Obtenido de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3866/Responsabilidad\\_falla\\_servicio\\_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3866/Responsabilidad_falla_servicio_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Maldonado Gómez, T. (2007). La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. *Actualidad Jurídica*, 54-62. Obtenido de <https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/0/La+noci%C3%B3n+servicio+publico+concepci%C3%B3n+Estado+Social+de+derecho/2456ba68-9191-4662-885f-c4c1dda75ac4?version=1.1>
- Marín Cardona, L. (2018). *Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas*. Pereira, Risaralda: [Tesis de Pregrado]. Fundación Universitaria del Área Andina. Facultad de Ciencias Sociales Jurídicas y Humanísticas. Obtenido de <https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/713/Responsabilidad%20del%20estado%20por%20actos%20terroristas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Maya Amador, J., & Rosado Taylor, C. (2016). *La responsabilidad del estado colombiano por hechos terroristas ocurridos en los municipios de Remedios y Segovia, en el departamento de Antioquia, entre el período de 1982 y 1997*. Bogotá D.C.: [Tesis de grado presentada para obtener el título de Master en Derecho Administrativo]. Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Maestría en Derecho Administrativo. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11266/DOCENTES%20-%20ULTIMA%20VERSION%20-%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20COLOMBIANO%20POR%20HECHOS%20TERRORISTAS%20OCURRID.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de la Protección Social, Resolución 2933. (31 de agosto de 2006). Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el POS y de fallos de tutela. *Diario Oficial No 46.377*. Obtenido de [https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/11/salud/r2933\\_06.pdf](https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/11/salud/r2933_06.pdf)
- Ministerio de Salud y Protección Social. (16 de julio de 2012). ABC de la Unificación del POS. *Boletín de Prensa*(186). Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/ABC%20de%20la%20Unificaci%C3%B3n%20del%20POS.aspx>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (17 de febrero de 2017). Ley Estatutaria de Salud: la implementación. *Boletín de Prensa*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-implementacion.aspx>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2017a). Aseguramiento en salud: Primer Trimestre 2017. *Boletín del Aseguramiento en Salud*(01). Obtenido de

- <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/DOA/boletin-aseguramiento-i-trimestre-2017.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2017b). *Informe de ejecución presupuestal sector salud y protección social enero de 2017*. Bogotá, D.C.: Oficina Asesora de Planeación y Estudios Sectoriales (OAPES). Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/informe-de-ejecucion-enero-2017.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (diciembre de 2018). *Comportamiento del aseguramiento*. Obtenido de [mingsalud.gov.co: https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsubdiado/Paginas/coberturas-del-regimen-subsubdiado.aspx](https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsubdiado/Paginas/coberturas-del-regimen-subsubdiado.aspx)
- Ministerio de Salud y Protección Social. (diciembre de 2019). *Cifras de aseguramiento en salud*. Obtenido de [mingsalud.gov.co: https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cifras-aseguramiento-salud.aspx](https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cifras-aseguramiento-salud.aspx)
- Ministerio de Salud y Protección Social. (3 de enero de 2020). UPC aumentó en 5.36% para 2020. *Boletín de Prensa*(002). Obtenido de [mingsalud.gov.co: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/UPC-aumento-en-5-36-para-2020.aspx](https://www.minsalud.gov.co/Paginas/UPC-aumento-en-5-36-para-2020.aspx)
- Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5592. (24 de diciembre de 2015). Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.739*. Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%205592%20de%202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%205592%20de%202015.pdf)
- Moncayo Escobar, P. (2016). *¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias?* Bogotá D.C.: [Tesis para optar al Título de Magíster en Derecho Privado]. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Privado. Obtenido de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/13717/u729097.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Naranjo Molano, A. (2019). *Responsabilidad normativa del Estado ante fallas en la prestación de servicios públicos*. Bogotá D.C.: [Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Abogada]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Programa de Derecho. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23852/1/Articulo%20aprobado.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [ACNUDH]. Resolución 2200 A (XXI). (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de [ohchr.org: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx)
- Ojeda Pérez, R., & Lozano, M. (julio-diciembre de 2015). Complejidades internas y externas en el sistema de la salud en Colombia durante el siglo XX. *Revista Ciencia y Tecnología para la Salud Visual y Ocular*, 13(2), 85-102. Obtenido de <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=svo>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (31 de diciembre de 2014). *Documentos Básicos: Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de [apps.who.int: http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7](http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7)

- Orozco Africano, J. (2006). *Porqué reformar la reforma*. Cartagena: Ediciones EUMED. Obtenido de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006a/jmo/jmoa.pdf>
- Orozco Africano, J. (2008). *Caracterización del mercado del aseguramiento en salud para el régimen contributivo en Colombia*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Palacios-Salcedo, C. (abril de 2018). Análisis de la Sentencia T-025 de 2004 que declara el estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional de Colombia frente a la protección tutelar de los derechos de las víctimas de desplazamiento armado en el marco del conflicto. *Revista DIXI*, 20(27), 1-10. doi:<https://doi.org/10.16925/di.v20i27.2388>
- Parra Guzmán, M. (2010). *Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista del Derecho Privado*(14), 193-217. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525/>
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Peña Gómez, P., & Galeano Palomino, W. (2018). *Responsabilidad del Estado colombiano derivada de la ocurrencia de desastres naturales*. Bogotá D.C.: Universidad la Gran Colombia. Especialización en Derecho Administrativo. Obtenido de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5440/Responsabilidad\\_estado\\_desastres\\_naturales.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5440/Responsabilidad_estado_desastres_naturales.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Piedrahíta Henao, A. (2015). *la responsabilidad del Estado por el error judicial*. Medellín: [Trabajo de Grado]. Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Especialización Derecho Administrativo. Obtenido de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1491/La%20Responsabilidad%20de%20Estado%20por%20Error%20Judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pinzón Muñoz, C. (2014). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Una teoría normativa*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Presidencia de la República de Colombia, Ley 57. (1887). *Código Civil de la Nación, Ley 84 de 1873 adoptado por la Ley 57 de 1887*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Leyer.
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 1683. (2 de agosto de 2013). Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011 sobre portabilidad nacional en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. *Diario Oficial No. 48.870*. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_1683\\_2013.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1683_2013.htm)
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 1792. (14 de septiembre de 2000). Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial. *Diario Oficial No. 44.161*. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_1792\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1792_2000.html)
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 2353. (3 de diciembre de 2015). Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y (...) para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud. *Diario Oficial No. 49.715*. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_2353\\_2015.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2353_2015.htm)
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 2560. (10 de diciembre de 2012). Por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras

- disposiciones. *Diario Oficial* No. 48.640. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_2560\\_2012.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2560_2012.htm)
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 780. (6 de mayo de 2016). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. *Diario Oficial* No. 49.865. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_0780\\_2016.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0780_2016.htm)
- Ramírez Ramírez, A., Rocha Beltrán, D., Durango Suárez, L., & Rodríguez Álvarez, S. (julio-diciembre de 2016). Implicaciones de la ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del régimen contributivo. *Revista CES Derecho*, 7(2), 13-41. Obtenido de <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/3899/2612>
- Ramírez, D. (2013). Hacia la construcción de un Modelo Ecológico de Salud desde las ciencias sociales. *Acta Científica XXIX Congreso Latinoamericano de Sociología* (págs. 1-13). Chile: Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Obtenido de [actacientifica.servicioit.cl](http://actacientifica.servicioit.cl): [http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT19/GT19\\_DarioRamirez.pdf](http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT19/GT19_DarioRamirez.pdf)
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Red-DESC]. (2009). *Sentencia T-760 de 2008*. Obtenido de [www.escri-net.org](http://www.escri-net.org): <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2009/sentencia-t-760-2008>
- Restrepo, V. (11 de enero de 2017). Colombia tiene el tercer mejor sistema de salud según International Living. *Periódico El Colombiano*. Obtenido de <http://www.elcolombiano.com/colombia/salud/colombia-tiene-uno-de-los-mejores-sistemas-de-salud-del-mundo-segun-revista-international-living-AX5734147>
- Restrepo-Zea, J., Casas-Bustamante, L., & Espinal-Piedrahita, J. (diciembre de 2018). Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760? *Revista de Salud Pública*, 20(6), 670-676. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v20n6/0124-0064-rsap-20-06-670.pdf>
- Ríos Tovar, L. (2013). *Aplicación de los títulos jurídicos de imputación en casos de actos terroristas y su incidencia en la reparación de víctimas: "Análisis crítico de la fundamentación política y jurídica de las sentencias del consejo de estado en Colombia"*. Manizales: [Tesis de Grado]. Universidad Manizales. Posgrados. Maestría en Derecho. Obtenido de [http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/753/Rios\\_Lucero\\_2013.pdf.pdf?sequence=1](http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/753/Rios_Lucero_2013.pdf.pdf?sequence=1)
- Rodríguez Mora, S. (2012). *La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: [Trabajo de Grado presentado para optar al Título de Magíster en Derecho Administrativo]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3028/52815372-2012.pdf>
- Rodríguez Quintana, C., & Aranzazu Victoria, D. (2015). *Evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el derecho a la salud*. Santiago de Cali: [Informe Final De Investigación presentado para optar al título de Especialistas en Seguridad Social]. Universidad de San Buenaventura, Cali. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización en Seguridad Social. Obtenido de [http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/bitstream/10819/3005/1/Evoluci%C3%B3n\\_jurisprudencia\\_constitucional\\_rodr%C3%ADguez\\_2015.pdf](http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/bitstream/10819/3005/1/Evoluci%C3%B3n_jurisprudencia_constitucional_rodr%C3%ADguez_2015.pdf)

- Rojas Bareño, J. (2017). *La responsabilidad patrimonial del estado colombiano por falla en la prestación del servicio médico de entidades de salud del Estado*. Bogotá D.C.: [Investigación realizada para optar por el título de Abogado]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14730/1/LA%20RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20DEL%20ESTADO%20COLOMBIANO%20POR%20LA%20FALLA%20EN%20LA%20PRESTACION%20DEL%20SERVICIO%20MEDICO%20DE%20ENTIDADES%20DE%20SA~1.pdf>
- Rojas Toloza, L. (2018). *¿Es responsable internacionalmente Colombia por la no adopción de medidas legislativas y judiciales por mala práctica médica vulnerando derechos a la luz del SIDH?* Bogotá D.C.: Universidad Libre. Obtenido de [https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11782/Responsabilidad%20medica%20-%20Luis%20Rojas\(1\)%20\(1\).pdf?sequence=1](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11782/Responsabilidad%20medica%20-%20Luis%20Rojas(1)%20(1).pdf?sequence=1)
- Romero Pérez, J. (septiembre-diciembre de 2015). *Revista de Ciencias Jurídicas*(138), 135-160. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/22858/23305/>
- Romero Pérez, J. (septiembre-diciembre de 2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas*(138), 135-160. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/22858/23305/>
- Romero Torres, C. (2017). *Responsabilidad del estado colombiano por actos terroristas*. Bogotá D.C., Colombia: [Investigación jurídica para optar por el Título de Abogado]. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15098/1/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20ATENTADOS%20TERRORISTAS.pdf>
- Rondón Rodríguez, K., & Sánchez Portilla, Y. (2017). *Responsabilidad por el Hecho del Legislador ante la falta de regulación normativa en materia de Telemedicina*. Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia. Facultad de Derecho. Derecho Constitucional. Obtenido de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4907/Responsabilidad\\_falta\\_regulacion%20telemedicina.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4907/Responsabilidad_falta_regulacion%20telemedicina.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Sánchez Martínez, L. (2015). *Vulneración del derecho a la salud de usuarios afiliados a entidades de salud en liquidación*. Bogotá D.C.: [Artículo de reflexión como requisito de grado para optar por el Título de Especialista en Derecho Administrativo]. Universidad Militar Nueva Granada. Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho. Especialización en Derecho Administrativo. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7363/S%c3%a1nchezMart%c3%adnezLuzNidia2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Serpa Uribe, H. (31 de agosto de 2017). La Salud no aguanta más acetaminofén. *Periódico La Nación*. Obtenido de <http://www.lanacion.com.co/2017/08/31/la-salud-no-aguanta-mas-acetaminofen/>
- Suárez-Rozo, L., Puerto-García, S., Rodríguez-Moreno, L., & Ramírez-Moreno, J. (enero-junio de 2017). La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 16(32), 34-50. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v16n32/1657-7027-rgps-16-32-00034.pdf>
- Superintendencia Nacional de Salud [Supersalud], Resolución 02664. (17 de diciembre de 2015). Por medio de la cual se habilita como EPS del régimen subsidiado a la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - NUEVA EPS S.A. identificada con NIT 900.156.264 - 2.

- Obtenido de <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/RES%202664-2015.pdf>  
Superintendencia Nacional de Salud [Supersalud], Resolución 0371. (16 de abril de 2008). Por medio de la cual se autoriza el funcionamiento de la Nueva EPS S.A. *Diario Oficial No. 46.962*. Obtenido de <https://www.nuevaeps.com.co/sites/default/files/inline-files/resolucion-371-de-2008.pdf>
- Torregrosa Jiménez, R., Triviño, M., & Torregrosa Jiménez, N. (julio-diciembre de 2017). Una mirada al caso del Palacio de Justicia desde la responsabilidad del Estado frente a los Derechos Humanos. Una aproximación a un estado del arte. *Revista Republicana*(23), 167-184. Obtenido de <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/412/364>
- Trujillo, E., & Zapata, J. (2018). *Efectos jurídicos del estado de cosas inconstitucional en Colombia, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1997 - 2017)*. Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia. Facultad de Posgrados y Formación Continuada. Especialización Derecho Administrativo. Obtenido de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4723/Efectos\\_jur%C3%ADdicos\\_estado\\_colombia%281997-2017%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4723/Efectos_jur%C3%ADdicos_estado_colombia%281997-2017%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Universidad Autónoma Latinoamérica [UNAULA], Acuerdo 388. (18 de agosto de 2015). Por medio del cual se Modifica el Acuerdo 105 de 2010. Obtenido de [http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/Acuerdo%20No.388%20Modifica%20acuerdo%20105%20de%202010-reglamentaci%C3%B3n%20trabajo%20de%20grado%20Facultad%20de%20Derecho\\_0.pdf](http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/Acuerdo%20No.388%20Modifica%20acuerdo%20105%20de%202010-reglamentaci%C3%B3n%20trabajo%20de%20grado%20Facultad%20de%20Derecho_0.pdf)
- Uprimny Yepes, R., & Durán, J. (2014). *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas (UN) & Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Obtenido de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36758/S2014181\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36758/S2014181_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Van Der Werf Cuadros, L. (31 de enero de 2019). *Nuevo POS 2019 ¿qué fue lo que cambió?* Obtenido de <http://www.neuroeconomix.com/nuevo-pos-que-fue-lo-que-cambio/>
- Vidal Perdomo, J. (2000). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Villabella Armengol, C. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. Godínez Méndez, & J. García Peña, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker* (págs. 921-953). México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>
- Ysàs Solanes, M., Solé Resina, J., & Núñez Zorrilla, M. (2003). *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña (relaciones laborales)*. Barcelona: Editorial Universitat Autònoma de Barcelona.