

**LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD CONTENIDOS  
EN LOS DIFERENTES REGIMENES, CONTRIBUTIVO,  
SUBSIDIADO, Y DE EXCEPCION COMO EL  
MAGISTERIO (2007 – 2008).**

**Autores**

**VIVIANA ELISA MONYOYA GUARIN  
JUAN FERNANDO ZULUAGA ROJO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO  
DE ABOGADO**

**Asesor**

**DR RAMON ELEJALDE**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLIN  
2010**

**LA TUTELA Y EL DEREHO A LA SALUD CONTENIDOS  
EN LOS DIFERENTES REGIMENES, CONTRIBUTIVO,  
SUBSIDIADO, Y DE EXCEPCION COMO EL  
MAGISTERIO (2007 – 2008).**

**Autores**

**VIVIANA ELISA MONYOYA GUARIN  
JUAN FERNANDO ZULUAGA ROJO**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLIN  
2010**

**LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD MANIFESTADO POR LOS  
USUARIOS DEL PROGRAMA MAGISTERIO EN ANTIOQUIA DURANTE EL  
PERIODO 2007-2008**

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>JUSTIFICACIÓN</b>	<b>4</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>7</b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>8</b>
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>10</b>
<b>1. ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	<b>10</b>
1.1 Diseño estadístico	10
1.2 Población objetivo	10
1.3 Método muestreo	11
1.4 Unidad de análisis	11
1.5 Marco estadístico	11
1.6 Dificultades del estudio	12
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>13</b>
<b>2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES</b>	<b>13</b>
2.1. Antecedentes Históricos De La Acción De Tutela	13
2.1.1 Antecedentes En Colombia	14
2.2 Origen Jurídico Del Derecho A La Salud	16
2.2.1. El derecho a la salud y su consagración en Colombia	18
2.2.1.1 La estructura del sistema de salud colombiano	25
2.2.1.1.1. El estado	25
2.2.1.1.2 Consejo Nacional de Seguridad en Salud (CNSSS)	25
2.2.1.1.3 Superintendencia de salud	29
2.2.1.1.4 Las entidades aseguradoras y las IPS	31
2.2.2. Financiación del sistema de salud colombiano	34
2.2.3. El Plan Obligatorio de salud POS	35
2.2.3.1 Básicamente el POS da cubrimiento a los siguientes servicios	35
2.2.3.1.1 El manual de medicamentos dentro del POS	36
2.2.3.2 Plan de Atención Básica	37
2.2.4. Regímenes del sistema	37
2.2.4.1 Régimen contributivo	37
2.2.4.1.1 El régimen subsidiado	38
2.2.5. La Sentencia T-760 De 2008	39
2.2.5.1. El alcance de las decisiones judiciales de los jueces de tutela y sus limitaciones.	39
2.2.5.2 afiliaciones al sistema de salud	44
<b>CAPITULO III</b>	<b>61</b>
<b>3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL</b>	<b>61</b>
3.1. El Derecho a la salud como Derecho fundamental	66
3.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad	68
3.1.2. El derecho a la salud como fundamental autónomo en relación con su contenido esencial.	71

<b>CAPITULO IV</b>	<b>80</b>
<b>4. DECRETOS DE EMERGENCIA SOCIAL Y SU AFECTACIÓN</b>	<b>80</b>
4.1.El Caso Del Decreto 75	83
4.2.El Caso Del Decreto 128 De 2010	85
4.3.El Caso Del Decreto 130 De 2010	90
4.4.El Caso Del Decreto 131 De 2010	98
4.5.Decreto 590 De 2010	104
4.6.Decreto 870 De 2010	105
4.7 Decreto 358 De 2010	105
4.8 Decreto 398 De 2010	106
4.1.1 La Inexequibilidad Del Decreto 4075 De 2009	107
4.1.1.1 Decisión de la corte constitucional	113
4.1.1.2 Salvamentos de Voto	113
<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>122</b>

## INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1991 se consagran en Colombia mecanismos de protección de derechos fundamentales de carácter más expedito, como es el caso de la acción de tutela, creada <sup>1</sup>*para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*". De igual manera, la Carta Constitucional consagra en los artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y a la salud respectivamente, asignándoles para su desarrollo y efectividad tres principios de alcance constitucional: eficiencia, universalidad y solidaridad, siendo necesario aclarar que el desarrollo normativo de carácter primordial de estos dos derechos se dio en 1993 con la expedición de la Ley 100 que crea el sistema de seguridad social integral y que reglamenta el sistema pensional, el de salud y el de riesgos profesionales. En su Artículo 162 reza *"El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001"*.

La acción de tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; en otras palabras, todos aquellos que son inherentes al individuo y que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca o no. Según la Corte Constitucional (Sentencia T-451 de julio 10 de 1992), el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso en concreto, según la relación que dicho caso tenga con uno u otro derecho fundamental; es

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-603, junio 16/2004. Magistrado Ponente Jaime Araújo. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V. N° 57. Bogotá: Legis Editores, S.A.; 2004. p. 491-1495.

decir, la Constitución no determina de una manera clara cuáles son los derechos fundamentales, de tal manera que como tales no se puede considerar únicamente a los que la Constitución de 1991 enuncia en el Capítulo I del Título II.

Se puede afirmar que la tutela consagrada como mecanismos de protección de derechos fundamentales se ha convertido, en relación con el derecho a la salud, en un instrumento con una doble finalidad: por un lado como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando, como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida u otro tipo de derechos de contenido fundamental, como lo es también la garantía del mínimo vital, pero también con una segunda finalidad, como un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios de salud y más concretamente a la atención.

En relación con el derecho a la salud se encuentra también por fuera del listado de derechos fundamentales y está incluido en aquellos de carácter social, económico y cultural. Sobre el alcance de su protección constitucional consagrado en la carta en el Artículo 49, se ha pronunciado la Corte en múltiples fallos; su jurisprudencia ha determinado<sup>2</sup> que si bien el derecho a la salud tiene carácter prestacional, adquiere la connotación de fundamental cuando como resultado de su vulneración se coloca en peligro el derecho a la vida, este si un derecho de carácter fundamental. En efecto, la Corte ha expresado: «[...] que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental»<sup>3</sup> «sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la necesidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad<sup>4</sup>. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido

---

<sup>2</sup> Sentencia T-494 de 1993. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo. URL disponible <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Tutela/T-494-93.htm>

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Tutela/T-1036-00.htm>

<sup>4</sup> Ley 100/1993 de 23 de diciembre. *Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario oficial, Número 41148, de 23-12-93. p. 1-37.

constitucionalmente en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro e la vida u otros derechos fundamentales de las personas».

Ahora bien, puesto en el terreno del análisis estadístico, debería dilucidar si la protección del indicado derecho, en los términos del recurso de amparo o tutela, afecta de manera drástica la estabilidad del presupuesto de la Fundación Medico Preventiva Programa Magisterio y si como regla frecuente y significativa exige prestaciones muy costosas ,exóticas o totalmente "ajenas a planes básicos de atención en salud que se supone han sido cuidadosamente diseñados teniendo en cuenta limitaciones presupuestales.

Respecto a la naturaleza de las acciones de tutela en salud, no se puede dejar de lado el hecho que muchas de las veces estamos ante un problema de orden médico (científico) en el que entra a resolverlo un ente no médico (juez) y en el que la carga de la prueba la tiene en su totalidad el usuario (angustiado y carente de recursos para financiarse un proceso médico de orden particular). Muchos de los aspectos de salud que desbordan a gran escala los recursos de las EPS están determinados por acciones de tutela por procedimientos no contemplados en ese catálogo mínimo de servicios, por eventos médicos que están a la vanguardia en un Estado de vieja guardia y quedado en materia científica de salud y a veces por exabruptos o pretensiones que incluso no cumplen con los requisitos mínimos determinados por la Jurisprudencia Constitucional para hagan procedente el amparo por vía tutela (Sentencias T 488 de 2006 y T 378 de 2000, respecto a la naturaleza de las prescripciones médicas por galenos particulares, no vinculados contractualmente a la EPS accionada). Es importante aclarar que la tecnología y la ciencia avanzan abrumadoramente, pero la forma de legislar sobre ello y la economía misma están retrasadas en ese mismo sentido abrumador.

## JUSTIFICACIÓN

La república de Colombia ha implementado a lo largo de su historia toda una cantidad de vericuetos normativos tendientes a sostener un sistema de salud cuya financiación siempre ha sido un problema y más aún en un país en el cual la informalidad laboral acecha.

Producto de todos los esquemas normativos que se han intentado implementar, surgió la ley 100 de 1993 como una ley con la cual se intentó resolver a futuro todas las contingencias y los riesgos que el grueso del sistema podría enfrentar, sin embargo, la precitada novedad normativa termino con la poca solidez financiera que existía en el sistema al acudir a la creación de dos regímenes distintos en salud con actores preferenciales y exclusivos en cuanto a su administración, situación que termino produciendo una pésima distribución de la riqueza de los activos que producía la administración del sistema y otorgando así a los actores privados una posición prevalente en cuanto a su ejecución y las ganancias generadas.

Presentándose la situación anterior, las instituciones publicas debieron entonces enfrentar el camino hacia la posible liquidación, esto sumado a que existían diversos problemas de corrupción al interior de dichas entidades, corrupción que alimento y acentuó mas la problemática financiera de las mismas, mientras tanto, la informalidad laboral seguía presentándose como un cáncer que había hecho metástasis en todo el sistema.

Así las cosas, con una situación económica frágil para las entidades publicas del sistema de salud y una informalidad galopante que agravaba la crisis, fue entonces cuando otra gran problemática hizo su aparición agravando todavía mas

las cosas pero en este caso, atacando también la viabilidad económica de los administradores privados del sector salud, dicha problemática no podría ser otra que el abuso de los usuarios a la acción de tutela no solo como mecanismo para proteger sus derechos fundamentales, y preservar su dignidad humana y su salud sino como mecanismo para obtener toda una serie de prebendas adicionales, tratamientos sin justificación medica alguna, tratamientos que no obedecían necesariamente a la cura o la recuperación de una patología, entre muchas otras prerrogativas que una vez concedidas por los respectivos jueces de tutela a orden de las entidades administradoras de la salud de cualquier naturaleza, publica o privada, ha terminado en un factor de riesgo gigante para toda la viabilidad económica del sistema lo cual además de agravar la crisis en el sector salud, ha producido otra de gran magnitud.

Para completar, el gobierno, compañía de sus altos funcionarios y en virtud de la crisis que acechaba al sector, produjo toda una serie de decretos en virtud del estado de emergencia social previamente decretado por el señor presidente de la república haciendo uso de las facultades constitucionales, decretos que serian llamados como decretos de “emergencia social”. Sin embargo, no tardo la opinión publica en hacer todo un debate de las disposiciones normativas contenidas en los decretos, presentándose entonces toda una situación mediática entorno a si eran procedentes o no, el gobierno se encargo de defender ante la opinión publica la implementación de los mismos por múltiples vías. Posteriormente, la honorable corte constitucional, declaró inexecutable el decreto madre que declaro la emergencia social, acudiendo a la figura de la inexecutable diferida y dejando sin piso a todos los demás decretos en virtud de dicho decreto madre. Dicha situación, es de importantísima ilustración, no solo por la polémica suscitada y por las soluciones que el gobierno intento implementar sino porque en virtud de la inexecutable diferida establecida por la corte al respecto, algunos acápite normativos siguen en pie. La presente investigación abordará también dicha situación.

Es necesario entonces, establecer una ilustración de la realidad, una ilustración que parta desde dos vías distintas, primero ilustrando como se compone el sistema y cuales son sus fundamentos normativos y por otro, ilustrando las situaciones que han llevado a las entidades del sistema a caer en una crisis consecuencia de el abuso de la tutela, específicamente, delimitando un ejemplo específico, el de la fundación medico preventiva, para así establecer el desarrollo de una problemática concreta sobre el abuso de la tutela e ilustrar, en la practica, como afecta dicha situación a los actores del sistema de salud.

Sí como resultado de la investigación se corrobora la situación anteriormente manifestada se tendrá así un soporte que trascienda el ámbito teórico para que se puedan posteriormente elaborar implementaciones de carácter normativo que no solo acojan el soporte jurídico del sistema sino que también acoja las situaciones concretas de los actores del mismo, con el fin de realizar una nueva normatividad que en efecto, resuelva la situación de raíz y no se quede en el mero planteamiento prepositivo e hipotético sobre situaciones que previniendo podrían suceder en el sector salud, de hecho, ya están sucediendo y requiere concreta solución.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

La Fundacion Medico Preventiva tiene al borde del colapso la administración de justicia, pues los jueces al tener que dar prioridad a éste tipo de demandas,

La literal batalla en la que actualmente están inmersos los Usuarios y la descuidan por mucho su real razón como operadores jurídicos. Eso se refleja la mayoría de los casos en los contenidos de los fallos de tutela que dejan ver el afán por resolver cada cosa sin tomar en cuenta aspectos técnicos y se suma por desgracia el hecho que un Juez Penal, Civil, Laboral o Administrativo poco o nada sabe de contenidos médicos o científicos. Un juez constitucional falla en materia de salud, apelando sólo a la angustia del paciente y pocas veces se deja espacio para la argumentación médica que pueda dar la EPS, pues simplemente si es prescripción de un médico tratante hay que hacerlo y se deberá fallar a favor del accionante (usuario en éstos casos).

## **OBJETIVO GENERAL**

Presentar una visión General de las acciones de tutela desde el objeto estatístico de las presentadas en la Fundación Médico Preventiva (Programa Magisterio) y no dejar de lado el hecho que muchas de las veces estamos ante un problema de orden médico (científico) en el que entra a resolverlo un ente no médico (juez) y en el que la carga de la prueba la tiene en su totalidad el usuario.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Determinar el por que se entrar a solicitar un procedimiento por vía de tutela, cuando no se esta corriendo un peligro inminente que altere o vulnere derecho fundamental de los estrictamente fundamentales y ni siquiera los que por conexidad se consideran como tales.
2. Analizar problemas acerca del por que Muchos de los aspectos de salud que desbordan a gran escala los recursos de la Fundacion Medico Preventiva y otras EPS están determinados por acciones de tutela por procedimientos no contemplados en ese catálogo mínimo de servicios.

## **CAPÍTULO I**

### **1. ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **1.1 Diseño estadístico**

El estudio, de tipo descriptivo, analiza la base de datos de las tutelas que invocan el derecho a la salud enviadas a la Fundación Medico Preventiva Regional Antioquia Programa Magisterio durante el periodo 2007-2008

En la primera etapa, se seleccionó una muestra representativa de 992 tutelas; de tales registros, se clasificaron las pretensiones y los hechos narrados por el accionante y se identificaron las solicitudes más frecuentes.

En la mencionada fase inicial se identifica el diagnóstico, la solicitud específica de atención en salud, se establece si el requerimiento respectivo hace parte o no del Plan de Beneficios, se determina si la patología tiene o no implicaciones de alto costo.

En una segunda etapa de análisis se utilizó toda la base de datos de tutelas ya mencionada.

#### **1.2 Población objetivo**

La población objetivo de este estudio está conformada por las tutelas que, durante el período arriba señalado, invocaron vulneraciones al derecho a la salud o tan solo fueron una mala utilización del Derecho.

### 1.3 Método de muestreo

Para la primera etapa del estudio se diseñó un muestreo probabilístico, mediante el método de “muestreo aleatorio estratificado” con un nivel de confianza del 92% y un margen de error del 3%.

### 1.4 Unidad de análisis

La unidad de análisis: la acción de tutela que invoca el derecho a la salud. Programa Magisterio, regional Antioquia.a

### 1.5 Marco estadístico

La base de datos suministrada por la Fundación Médico Preventiva contiene los siguientes campos, de los cuales se seleccionaron las variables de análisis, todas de tipo cualitativo.

- **Período:** Año en el que se instauró la tutela.
- **Tratamiento.** Este campo puede variar según lo solicitado: Ayudas Diagnósticas, Cirugías, Medicamentos, Consultas, Reembolsos, Respuesta Derechos de Petición.
- **Juez de Conocimiento.** Este campo involucra los factores: departamento, ciudad y juzgado.
- **Demandante.** Usuario Insatisfecho.
- **Decisión del Fallo.** Hace referencia a la decisión del juez de primera Instancia

- **Segunda Instancia.** Hace referencia a la decisión del juez de segunda Instancia.
- **Recobro.** Relaciona si se otorgo en el fallo repetir contra la entidad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio o en su defecto al Consorcio FIDUFOSYGA, como lo ha establecido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia.

### **1.6 Dificultades del estudio**

Teniendo en cuenta que los valores de las variables no eran uniformes, se procedió a realizar la unificación y redefinición de dichas variables de tal forma que cumplieran con los objetivos propuestos.

## CAPÍTULO II

### 2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

#### 2.1. Antecedentes Históricos De La Acción De Tutela

La acción de tutela es una institución que se remonta al derecho romano, desarrollándose por siglos hasta llegar a la actualidad.

La figura de la INTERCESSIO MAGISTRATUS, la encontramos en el derecho Romano, la misma que dio origen a la APPELATIO y fuera complementada por la HOMO LIBERO. Y en el derecho inglés encontramos la figura del HABEAS CORPUS contenida en “en la carta Magna de 1215, su confirmación de 1297, la petición de justicia de 1627 y Bill Of Rights del 13 de Febrero de 1688.

Conservando la cronología encontramos la *Declaración de los derechos de Virginia del 12 de enero de 1776, la declaración de Derecho de Maryland del 14 de Agosto 1776, la declaración de Derechos Massachussettes de 1780 y la constitución de 1787, estas dos ultimas en Estados Unidos. Posteriormente la declaración de Derechos del Hombre y Del Ciudadano del 4 de Agosto de 1789, en francia, la constitución de Yucatan en Mexico en 1841, las actas de reforma de 1857<sup>5</sup>*

Posterior a ello encontramos “ *Las declaraciones americana y Universal de los Derechos Humanos,expedida en mayo y diciembre de 1948 y reguladas en los artículos 25 de la convencion americana de los derechos del hombre ( San Jose,*

---

<sup>5</sup> LA TUTELA, una acción hermitania, segunda edición actualizada, 1993 JORGE ARENAS SALAZAR , EDICION , TEMIS SANTA FE DE BOGOTA 1992 .Pagina 1.

*Costa Rica, Noviembre de 1969) y 2 fracción III ,del pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (Nueva York , diciembre de 1966)<sup>6</sup>.*

### **2.1.1 Antecedentes En Colombia.**

En el derecho colombiano la figura de la acción de tutela se desarrolla históricamente en *“la constitución de Cundinamarca del Año 1811.....Figura” senado de censura y protección .....artículo 9.....*

*.....la constitución de Cundinamarca de 1812.... Similarse institución se crearon también en las constituciones de tunja del año 1811, del Estado de Antioquia del año 1812 y de Mariquita del año 1815...<sup>7</sup>”.*

De igual manera en la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron proyectos de cómo debía ser consagrada la acción de tutela;

*Proyecto N°2 Gobierno Nacional:*

***Artículo 67. El artículo 67 de la constitución política formara parte del artículo 138 y en su lugar quedara siguiente:***

*Derecho amparado.*

- *Cualquier persona podrá solicitar en todo momento y lugar, por si misma o por quien represente, ante una autoridad judicial el amparo de sus derechos constitucionales directamente aplicables cuando sean violados o amenazados por actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad publica.*
- *La ley regula el derecho de amparo podrá exigir el agotamiento previo de otras vías judiciales y establecer requisitos mínimos para su ejercicio , salvo*

---

<sup>6</sup> LA ACCION DE TUTELA, J. M, CHARRY ,TEMIS SANTA FE DE BOGOTA 1992 PAGINA 1.

<sup>7</sup> LA TUTELA: UN RECURSO CON ANTECEDENTES EN COLOMBIA- EL COLOMBIANO (OCTUBRE 11 1992) PAG 5B .(EXTRACTO DIRECTAMENTE

*cuando el asunto sea de interés general o tal exigencia pueda ocasionar un perjuicio grave e irreparable para el solicitante.*

- *Los recursos interpuestos en el ejercicio de este derecho tendrán preferencia y serna decididos mediante un procedimiento sumario.*
- *revisarlos en el plazo que señala la ley.*
- *El derecho de amparo se extenderá frente a actos, hechos u omisiones de organizaciones privadas, con las cuales el individuo tenga relación de inferioridad jerárquica o subordinación. La ley podrá regularlo respecto de poderes privados organizados , cuya actividad pueda efectuar gravemente los derechos fundamentales de las personas.*
- *La ley podrá extender el derecho de amparo a otros derechos no directamente aplicables que hayan sido desarrolladas por el legislador”<sup>8</sup>.*

El texto aprobado en la comisión primera fue:

- **Texto del Artículo:** “Artículo. Toda persona tendrá derecho acción de tutela para reclamar de los jueces , en todo momento y lugar, por si misma o por quien la represente, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales sean ellos individuales o colectivos, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad publica.

El fallo, que siempre deberá cumplirse de manera inmediata podrá impugnarse ante el juez competente, y en todo caso se remitirá por el juez de la corte constitucional, la cual podrá revisarlo en el plazo muy breve que señalara la ley.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa de carácter judicial o administrativo. Salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable mientras pueda acudir al ejercicio de aquel. Y se tramitara, de modo preferente, mediante un procedimiento sumario que garantice su eficiencia y prontitud.

---

<sup>8</sup> LA ACCION DE TUTELA, J.M . CHARRY ,TEMIS ,Nº1 1992.Pagina 78 y 79

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la fecha de la solicitud de tutela y la decisión.

Esta acción no procederá en relación con situaciones consumadas o irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada.

***“Artículo aprobado en primer debate de la Asamblea Nacional Constituyente”***

*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar a los, en todo momento y lugar, por sí mismo o quien actué en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucional fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respeto de quien solicite la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, de inmediato cumplimiento para impugnarse ante el juez competente, y en todo caso se remitirá por este a la corte Constitucional, para su eventual revisión.*

*Esa acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio judicial o administrativo, salvo que ello se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y su trámite será preferente y sumario, en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su decisión.*

## **2.2 Origen Jurídico Del Derecho A La Salud.**

El derecho individual a la salud se logró, en el momento de su inclusión en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los trabajos de la Organización Mundial de la Salud, definiéndolo como el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales y así mismo permitir su exigibilidad jurídica al Estado.

Luego, este derecho es consagrado extensamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el cual impone a los estados Parte la obligación de adoptar medidas que aseguren su plena efectividad, a fin de reducir la mortalidad de la población, en particular la mortalidad infantil y su sano desarrollo; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por ello, según el Comité de Derechos Sociales, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Así ha sido entendido por las distintas legislaciones.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, se realizan considerables esfuerzos para mejorar las condiciones y el acceso a los servicios de salud a favor de toda la población mundial. Sin embargo, son los propios Estados los responsables del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales en materia de salud que entre otros compromisos imponen a los Estados la obligación de reconocer a nivel constitucional el derecho a la salud, así como establecer mecanismos adecuados para su protección.

A pesar de que el desarrollo e incorporación de la salud como derecho individual, familiar y colectivo fue en apariencia un proceso pacífico, llegar a esta formulación demandó muchos años de esfuerzos. Cada uno de sus términos, salud, derecho,

así como las obligaciones que se derivan de su consagración, han sido y siguen siendo objeto de intensos debates<sup>9</sup>.

### **2.2.1. El derecho a la salud y su consagración en Colombia.**

Por primera vez, El derecho a la salud en Colombia fue consagrado durante la vigencia de la Constitución Política de 1886, con la incorporación del derecho a la asistencia pública en el Acto Legislativo N° 1 de 1936, el cual estableció que la asistencia pública era función del Estado y debía ser prestada a las personas que carecían de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otros individuos, estén físicamente incapacitadas para trabajar. La ley debía determinar la forma como se prestaría la asistencia y los casos en que debía ser dada directamente por el Estado.

Acorde con el desarrollo que se le había dado hasta ese momento por los múltiples organismos internacionales, el derecho a la salud no poseía el carácter de un derecho individual exigible al Estado, sino más bien el de un compromiso estatal para proveer asistencia pública en salud, y de manera residual, esto es, cuando la persona carecía de recursos propios y no tenía nadie que estuviera legalmente obligado a proveer para su cuidado en salud. La regulación de este derecho quedó en manos del legislador, quien otorgó al gobierno facultades extraordinarias para reglamentar la asistencia pública que quedaron plasmadas en el Decreto Extraordinario 3224 de 1963 y que le dio un enfoque de caridad pública a la atención de salud a cargo del Estado.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se consagro dentro del capítulo de derechos sociales, económicos y culturales, un derecho a la salud mucho más amplio que el utilizado bajo la reforma de 1936

---

<sup>9</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Derechos económicos sociales y culturales. Derecho a la salud. Bogotá. 2004. P 25-29

hecha a la Constitución vigente de aquel entonces. De esta manera se estableció un punto de quiebre en la aceptación explícita de la doctrina de los derechos humanos por parte de la sociedad y del Estado colombiano.

En el artículo 44 de la Constitución de 1991, se declaran como fundamentales los derechos a la salud y a la seguridad social para los niños. En el artículo 48, se declara la seguridad social como servicio público y derecho irrenunciable. En el artículo 49, se declaran la atención de la salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, y se determina que la atención básica será gratuita y obligatoria para todos los habitantes.

Según Fernando Morón, la Constitución Política de 1991 dio una transformación radical dando el paso trascendental del Estado liberal al Estado Social de Derecho, al respecto dice:

*“Desde el punto de vista de la base ética el nuevo ordenamiento implica la aplicación de un paradigma ético, en el cual se reivindica un individuo cuya condición esencial es la dignidad... La realización del principio fundamental de la dignidad, implica para este modelo de Estado, la obligación de garantizar la integridad del ser humano pues este constituye razón de ser, principio y fin último de su organización estatal. En el Estado Social de Derecho la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, las cuales para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad a la cual pertenecen, requieren de un contexto en el que se les garanticen ciertas condiciones inherentes a su propia naturaleza<sup>10</sup>.”*

Sin embargo, la Constitución vigente no consagra en forma explícita un derecho a la salud. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional

---

<sup>10</sup> MORON, Fernando. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. En: Ética y reforma a la salud, Seminario Internacional. Bogotá. Ministerio de Salud.1998.

emplean tal expresión para cobijar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, la atención de la salud y la seguridad social en salud.

Al respecto, la Defensoría del pueblo ha encontrado que en el contexto jurídico colombiano existe un consenso en cuanto al significado del derecho a la salud, derivado de la Constitución Política de 1991, el cual, ha sido detallado de la siguiente manera:

“La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado Social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas.(...) La salud constitucionalmente protegida no hace referencia únicamente a la integridad física sino que comprende necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona.

En términos generales la Constitución reconoce un derecho a la salud con un carácter dual: como derecho individual fundamental ya sea por razón de conexidad, o como ocurre en el caso del derecho a la salud de los niños, fundamental por expresa disposición constitucional y cómo derecho de carácter asistencial. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al decir: el derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale atentar contra su propia

vida<sup>11</sup>. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas.

A esta doble calidad de derecho fundamental (por conexidad o por disposición constitucional expresa) y asistencial, se suma una tercera. La salud como derecho de índole colectiva en su aceptación de salubridad pública, que involucra tanto su carácter fundamental, como asistencial.

El marco constitucional del derecho a la salud puede caracterizarse de la siguiente manera:

- 1) Existe un derecho fundamental a la salud en cabeza de los niños (art. 44 CN), que cubre tanto a menores afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como a quienes carecen de dicha afiliación durante su primer año de vida. (art. 50 CN).
- 2) Las personas de la tercera edad y los disminuidos físicos gozan de especial protección en materia de salud, a través del sistema de seguridad social. (arts. 46 y 47 CN).
- 3) El derecho a la seguridad social, y junto con él, el derecho a la salud, es irrenunciable. (art.48 CN).

---

<sup>11</sup> Entiéndase que el derecho a la salud no sólo se hace fundamental por conexidad con el derecho a la vida, sino también con otros derechos fundamentales como la dignidad humana, el trabajo, la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad entre otros.

4) La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CN)

5) En su concepción colectiva, el derecho a la salud, entendido como asistencia sanitaria y saneamiento ambiental, tiene el carácter de servicio público a cargo del Estado a quien compete reglamentar, organizar y dirigir la forma como serán prestados y la definición de cuándo la asistencia básica en salud será gratuita y obligatoria. (art. 49 CN).

6) La Constitución delegó en el legislador el desarrollo de los derechos a la salud, a la seguridad social, así como de la asistencia sanitaria pública y del saneamiento ambiental y le otorgó un amplio margen para su configuración<sup>12</sup>.

Según lo anterior 1993 fue sin duda un año que marcó importantes acontecimientos dentro de la historia de Colombia, una nación marginada y conmovida por visibles hechos de violencia provenientes en su mayor parte por el narcotráfico y por los grupos al margen de la ley. La nación todavía no había podido asimilar hechos notorios como el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento ni tampoco los hechos de violencia que representó el nacimiento de las figuras prominentes del narcotráfico en el país, como la figura de Pablo Escobar Gaviria, entre otros.

Una nación perdida en las solitarias dunas de un aparente desierto espiritual y sin brújula alguna para guiarse encontró en otro tipo de acontecimientos, los del fútbol, el soporte, si que quiere, de su supervivencia, el aliento que sirvió para admitir el frío trasegar de los días y el futuro poco prometedor que se asomaba a la vuelta de la esquina.

---

<sup>12</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Derechos económicos sociales y culturales. Derecho a la salud. Bogotá. 2004 P 32

Dos años atrás el país había acabado experimentar la turbulencia política que significó la consolidación de la asamblea nacional constituyente y como resultado de un intenso debate legislativo había nacido un nuevo hito dentro de la historia jurídica del país: la constitución de 1991.

Dicha constitución, la que consagra un estado social de derecho y toda una cantidad de principios de carácter fundamental que en cierto sentido velan por atender cierto proteccionismo sobre la dignidad humana de los colombianos solo pudo surgir, como si fuera poco, por marcados eventos de corrupción y de negligencia administrativa, lo que motivó una fuerte expresión de los estudiantes quienes en su momento propusieron la inserción de la llamada “séptima papeleta” dentro de las elecciones legislativas de 1990.

Dicha papeleta no tuvo aval por el consejo nacional electoral, sin embargo, se implementó dentro de las elecciones siendo posteriormente avalada por la corte suprema de justicia, en beneficio de la voluntad del constituyente primario..

La papeleta en cuestión fue, básicamente, un mecanismo de participación popular alternativo y legitimado que proponía una asamblea nacional constituyente, como efectivamente se realizó, y como producto de todo este trámite de participación ciudadana y del respectivo debate legislativo en torno a la discusión generada por la representación de diversos grupos políticos del país, de todas las ideologías y matices, nació una constitución que en principio, buscaba atender las necesidades integrales de los colombianos, entre ellos, la consagración del derecho fundamental a la dignidad humana, a la salud.

Dos años después de la constitución los legisladores del país decidieron que este estaba listo para afrontar la implementación normativa y práctica de la consolidación de los principios fundamentales consagrados en ella. Nació

entonces a la realidad normativa del país la ley 100 de 1993 (23 de Diciembre) por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral.

La ley 100 de 1993 no es, en síntesis, una ley exclusiva para atender las necesidades normativas de la salud en Colombia sino una ley de carácter orgánico sino mas bien una ley de carácter integral para los cuatro pilares de la seguridad social en el país estableciéndose para cada uno de sus cuatro libros un tema distinto. Para el libro primero el congreso desarrollo el tema de la regulación de pensiones, para el segundo el sistema de la salud, para el tercero: las condiciones de trabajo y por ultimo para el cuarto: los servicios complementario de salud. Todos estos temas si bien conservan cierta dependencia y relación entre sí son temas distintos en relación a su aplicación práctica, de allí la necesidad de su tratamiento separado.

La ley 100 de 1993 obedeció, en ultimas, a la implementación o quizás, la consolidación, de nomoarquica principialistica que buscaba, en primer lugar, generar todo un sistema de procesos de eficiencia para atender con celeridad lo relativo a la salud y para prestar un servicio basado en las mejores condiciones de calidad posibles.

Dichos principios obtuvieron un desarrollo especifico en parte porque con la nueva ley ahora los competidores privados podrían ser agentes prestadores de servicios de salud, se abrían las puertas en relación al principio de la libre competencia y ese hecho motivo la estructuración de garantías nuevas como por ejemplo la libertad que tiene cada persona para escoger quien le preste el servicio de salud.

Se establecieron entonces seis principios básicos a) el de eficiencia: que buscaba la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, b) universalidad: que se interesaba por prestar la garantía de la protección para todas las personas, c) solidaridad: Vela por la practica mutua, la ayuda entre las

personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del mas fuerte hacia el mas débil, d) Integralidad: la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población e) unidad: la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social y f) participación: la intervención en la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

### **2.2.1.1 La estructura del sistema de salud colombiano:**

El sistema de salud colombiano se compone básicamente de tres agentes, cada uno con unas funciones y unos lineamientos determinados, que se encargan de prestar el servicio de salud, según la ley 100 de 1993, estos son el estado, los aseguradores y los prestadores.

**2.2.1.1.1. El estado:** el estado es el ente de mayor participación dentro del sistema de salud, a la vez, una especie de “juez y parte”, puesto que se encarga de la coordinación, administración y control del sistema mediante entidades específicas y por otro lado se encarga también de prestar el servicio de salud, directamente, mediante el régimen subsidiado.

Las entidades específicas encargadas de la coordinación, administración y control del sistema son el Consejo Nacional de seguridad en Salud (CNSSS) y la superintendencia nacional de salud.

**2.2.1.1.2 Consejo Nacional de Seguridad en Salud (CNSSS):** es una entidad adscrita al ministerio de salud (ahora ministerio de salud y protección social), en ultimas, dicho consejo es el organismo de dirección del sistema de salud colombiano ya que se encarga de fijar las políticas estatales bajo las cuales se va

a regir todo el sistema. Esta entidad no es transitoria, existe desde la promulgación misma de la ley 100 de 1993 como una entidad de carácter permanente con decisiones de carácter vinculante (incluso para el gobierno nacional) y con capacidades de concertaciones entre los diferentes organismos que componen el sistema.

Según el artículo 171 de la ley 100 de 1993, las funciones del CNSSS son las siguientes (funciones declaradas inexequibles por la corte constitucional, en negrilla):

**ARTICULO 172.-** Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.

*2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta ley.*

Inexequible C-577-95

3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.

4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.

5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.

6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida

prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.

7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente ley.

8. Definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.

9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las Entidades Promotoras de Salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.

10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el gobierno nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgo catastrófico, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.

11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.

12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.

13. Presentar ante las Comisiones séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

14. Adoptar su propio reglamento.

15. Las demás que le sean asignadas por ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

El consejo nacional de seguridad en salud cuenta con la participación de variados entes y agentes relacionados con la prestación del servicio de salud en Colombia, directa o indirectamente, participación establecida dentro del marco normativo de la ley 100 de 1993 y que trasciende al gobierno nacional para conformar un sistema representativo pluralista capaz de tomar políticas de carácter estatal. De acuerdo con el artículo 171 de la ley 100 de 1993, son los siguientes:

**ARTICULO 171.-** El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Créase el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adscrito al Ministerio de Salud, como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de carácter permanente, conformado por:

1. El Ministro de Salud, quien lo presidirá;
2. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, o su delegado;
3. El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado;
4. Sendos representantes de las entidades departamentales y Municipales de salud;
5. Dos (2) representantes de los empleadores, uno de los cuales representará la pequeña y mediana Empresa y otras formas asociativas;
6. Dos (2) representantes por los trabajadores, uno de los cuales representará los pensionados;
7. El representante legal del Instituto de los Seguros Sociales;
8. Un (1) representante por las Entidades Promotoras de Salud, diferentes del ISS;
9. Un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;

10. Un (1) representante de los profesionales del área de la salud, de la asociación mayoritaria;

11. Un (1) representante de las asociaciones de usuarios de servicios de salud del sector rural.

Parágrafo 1. El Consejo tendrá un secretario técnico que será el Director General de Seguridad Social del Ministerio de Salud, cargo que se creará para el efecto, o quien haga sus veces. A través de esta secretaría se presentarán a consideración del Consejo los estudios técnicos que se requieran para la toma de decisiones.

Parágrafo 2. El Gobierno reglamentará los mecanismos de selección de los representantes no gubernamentales entre sus organizaciones mayoritarias, así como su período.

Parágrafo 3. Serán asesores permanentes del Consejo un representante de la Academia Nacional de Medicina, uno de la Federación Médica colombiana, uno de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, uno de la Asociación Colombiana de Hospitales y otro en representación de las Facultades de Salud Pública.

Parágrafo 4. Los Consejos Territoriales tendrán, en lo posible, análoga composición del Consejo Nacional, pero con la participación de las entidades o asociaciones del orden departamental, distrital o Municipal.

**2.2.1.1.3 Superintendencia de salud:** Es el organismo que se encarga de formular, dirigir y coordinar la política de inspección, vigilancia y control del sector salud y del sistema de seguridad social en salud, autoriza además la constitución de las EPS e IPS y liquida y recauda la tasa correspondiente a cada una de las entidades bajo su control y vigilancia. También se encarga de supervisar el monopolio rentístico de los juegos de azar y suerte y de la industria del licor así

como también de la oportuna y eficiente explotación administración y aplicación del IVA cedido al sector salud.

Si bien este organismo no constituye una creación de la ley 100 de 1993, sufrió una especie de transformación en cuanto a las funciones que podía realizar. Dicho organismo data del año 1977 cuando se creó la entidad como superintendencia de seguros en salud.

Posteriormente, fue la ley 15 de 1989 la que reorganiza dicho organismo cambiándole el nombre por el de Superintendencia nacional de salud de la entidad al de SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, estableciéndole la misión de ejercer la Inspección, Vigilancia y Control sobre las actividades concernientes a la prestación de los Servicios de Salud en los Seguros Sociales Obligatorios, asistencia pública, atención médica a cargo de entidades creadas o sostenidas por el estado; y sobre la liquidación, recaudo y transferencia de los recursos fiscales que se aplican a tales actividades, ampliando los sujetos a los Prestadores Públicos, Entidades de Asistencia, Loterías.

Nuevamente, en 1990 y mediante el decreto 1472 se modificó el espectro de sus funciones y se le asignó además funciones de aplicación y obtención de recursos en entidades del subsector oficial de salud con nuevos actores tales como las empresas de medicina prepagada y las cajas de compensación familiar.

En virtud del artículo 20 transitorio de la constitución política de 1991, se expidió el decreto 2165 de 1992, extendiendo aún más las funciones de dicho organismo al otorgarle la función de ser el organismo encargado de vigilar y controlar las disposiciones legales y reglamentarias a las que están sujetas todas las entidades del sistema, función primordial y básica dentro del desempeño de las demás funciones que hasta esa fecha tenía la superintendencia.

Finalmente, en 1994, el decreto 1259 fue el que, en síntesis, determinó las funciones de la superintendencia nacional de salud hasta la actualidad, con implementaciones más dramáticas, acordes con la creación de nuevos fondos y entidades del sistema. Dentro del marco de este decreto la superintendencia nacional de salud ahora se encarga también de vigilar y controlar al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT, FOSYGA, a las Entidades Promotoras de Salud –Entidad Promotora de Salud (Régimen Contributivo y Subsidiado), Institución Prestadora de Servicios de Salud –IPS, Empleadores y las Entidades Territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios).

**2.2.1.1.4 Las entidades aseguradoras y las IPS:** Las entidades aseguradoras representan en gran medida la organización administrativa necesaria para gestionar todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud. Son las encargadas de organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación de los servicios de salud que se encuentran en el Pos (plan obligatorio de salud).

En Colombia es posible estar vinculado a salud mediante dos modelos de aseguramiento distintos, el régimen contributivo y el subsidiado, la vinculación depende de varios factores pero básicamente se tiene en cuenta la capacidad de pago del usuario resultando en que, quienes cuentan con cierta capacidad de pago (que se deduce en últimas por la relación laboral) están vinculados en el régimen contributivo (empleados empleadores) y quienes no tienen una buena capacidad de pago son subsidiados con los recaudos de solidaridad de los demás participantes del sistema, incluido el gobierno mediante el régimen subsidiado.

Las EPS llevan un registro de cada uno de sus usuarios y también se encargan de afiliarlos y de recaudar los recursos que de estos provengan, luego, con estos recursos las EPS contratan a otro tipo de entes dentro del sistema: las IPS.

Las IPS son las instituciones prestadoras del servicio de salud, representan la parte práctica del sistema y se encargan como su nombre bien lo indica de prestar directamente el servicio de salud a los usuarios por lo que tienen en su haber todas las instalaciones y los implementos necesarios para llevar a cabo tal objetivo tales como hospitales (de todos los niveles), clínicas, laboratorios, etc.

En Colombia existe una división de acuerdo al nivel de atención requerido por el usuario, los niveles de atención se dividen en primer, segundo, tercer y cuarto nivel de atención así:

- Primer nivel de atención: Dentro de este nivel se encuentran instituciones que se encargan, en esencia, de la salud preventiva aunque en Colombia no sea todavía la regla general dadas las características económicas de las IPS deteniendo como resultado que, las de este nivel se encarguen básicamente de atender servicios médicos de baja complejidad como consultas odontológicas, actividades que busquen promover la salud por medio de la prevención, diagnóstico básico, atención de urgencias, internación, y partos que no requieran mayor complejidad.
- El segundo nivel de atención cuenta con instituciones que se encargan de prestar un servicio acorde con las distintas especialidades de la medicina a un nivel básico, como por ejemplo, la pediatría, la cirugía general y preventiva la ortopedia, la ginecología y la internación las 24 horas. Es importante resaltar que este tipo de instituciones dado que prestan servicios de mayor complejidad que las del primer nivel cuentan con mejores instalaciones y mayor tecnología así como también consulta externa especializada.
- En el tercer nivel nos encontramos con instituciones aún más especializadas, lo que se conoce en el mundo de la medicina como

subespecialidad, se encargan de las cirugías e intervenciones de mayor complejidad, la neurocirugía, la cirugía vascular, neumología, nefrología, la dermatología, etc. Cuentan con radiología intervencionista, con medicina nuclear con diagnóstico especializado, consultas, atención 24 horas y unidades de cuidados intensivos y renal.

- El cuarto nivel tiene a instituciones encargadas de prestar el servicio a aquellos pacientes que tienen la mayor complejidad, la más difícil, cuentan con todos los medios disponibles, básicos y especializados, con el fin de prestar atención a casos clínicos de difícil manejo, enfermedades en estado avanzado, transplantes, cirugías de alta complejidad, diagnóstico de enfermedades atípicas, entre otros.

Dentro del rango de las entidades aseguradoras también existen las ARP ó aseguradoras de riesgos profesionales. En Colombia, todo empleador tiene la obligación legal de afiliar a sus empleados a una ARP realizando un aporte que cubre el monto total del mismo y distinto al que, por ejemplo, se realiza en los llamados aportes parafiscales que son conjuntos. Las ARP cubren todos los accidentes o las enfermedades que ocurran con ocasión del desarrollo de la relación laboral, así como el pago de los días en los que no se pueda trabajar como consecuencia de los mismos. Una vez la persona tiene la necesidad de recibir atención médica no son directamente las ARP quienes se encargan de prestar el servicio sino la EPS que cubra a esa persona y el monto de los gastos respectivos los asume la ARP cancelándoselos a la EPS correspondiente.

Finalmente, dentro del rango de las aseguradoras existen también las administradoras de fondos de pensiones AFP que son instituciones financieras de carácter previsional, vigiladas por la superintendencia financiera de Colombia, cuyo objetivo no es otro que el de administrar y manejar todos los fondos y los planes de pensiones del régimen individual con solidaridad y los fondos de cesantías, todo esto de acuerdo con actividades estrictamente financieras y

bursátiles tales como el manejo de inversiones en la bolsa, compra de títulos del tesoro nacional etc.

### **2.2.2. Financiación del sistema de salud colombiano:**

El sistema de salud colombiano tiene en cuanto a su financiación una estructura simple y definida. Se administra mediante un fondo de solidaridad y garantía llamado también Fosyga y que constituye una creación de la ley 100 de 1993, ese fondo se encarga de atender todos los frentes del sistema de seguridad social y significa la destilación por parte del gobierno de los recursos que este dedica al sistema de salud de manera tal que se encuentra además adscrito al ministerio de salud y seguridad social. El Fosyga tiene cuatro subcuentas mediante las cuales se busca organizar de una manera **mas eficiente la destinación de sus recursos**. Las siguientes: a) Ecat, b) Compensación, c) Solidaridad y d) Subcuenta promoción.

- a) La **Ecat** se encarga de subsanar el costo de las atenciones a las victimas de accidentes de transito a través del Soat y también de la atención de las victimas de eventos como catástrofes y eventos de terrorismo. El soat cubre todos los gastos necesarios para la atención medica y para la recuperación del paciente, hospitalización, servicios diagnósticos, procedimientos médicos, medicamentos, etc todo esto hasta que se complete un monto máximo equivalente a 800 salarios mínimos legales vigentes, presentándose el caso de que si el servicio medico que el usuario requiere llegase a sobrepasar dicho monto el sobrecosto estará a cargo de la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario.
- b) **compensación:** subcuenta encargada a la destinación del valor de la compensación ene l régimen contributivo, compensación que se hace mediante el pago del valor de la UPC (unidad de pago por capacitación), valor determinado por el CNSSS, el gobierno reconoce un valor de UPC a

cada aseguradora por cada afiliado que esta tenga independiente de si se atiende o no a todos los afiliados.

- c) **solidaridad:** esta subcuenta se encarga de la recaudación y destinación de los recursos que todos los actores del sistema aportan para satisfacer las necesidades del régimen subsidiado presentándose que en el régimen contributivo se manifiestan como aportantes aquellos que devenguen las de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cupos del régimen subsidiado dependen del dinero disponible en esta subcuenta.
- d) **promoción:** es una subcuenta encargada de las actividades de promoción de la salud así como también las campañas educativas que tratan sobre la política de prevención establecida por el CNSSS.

### **2.2.3. El Plan Obligatorio de salud POS**

El plan obligatorio de salud es una implementación relativamente nueva dentro de nuestra historia legal y constituye en si la aglomeración de una serie de servicios en salud a los cuales todo usuario tiene derecho, de manera tal que además de garantizar los derechos fundamentales relacionados con al salud el POS también se encarga de suministrar medicamentos para el afiliado (o su familia) y de reconocer las licencias de maternidad y de incapacidad a las cuales haya lugar por el acontecimiento de una enfermedad, etc.

#### **2.2.3.1 Básicamente el POS da cubrimiento a los siguientes servicios:**

- Programas de prevención de enfermedades.
- Urgencias de cualquier orden, es decir, necesidades que requieren atención inmediata.
- Consulta médica general y especializada en cualquiera de las áreas de la medicina.
- Consulta y tratamientos odontológicos (excluyendo ortodoncia, periodoncia y prótesis).

- Exámenes de laboratorio y Rayos X. - Hospitalización y cirugía en todos los casos en que se requiera.
- Consulta médica en psicología, optometría y terapias.
- Medicamentos esenciales en su denominación genérica. –
- Atención integral durante la maternidad, el parto y al recién nacido.
- Atención integral de enfermedades catastróficas. Se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se incluyen las siguientes:
  - Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
  - Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de cornea. - Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
  - Tratamiento medico quirúrgico para el trauma mayor.
  - Reemplazos articulares.
  - Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
  - Terapia en unidad de cuidados intensivos.
  - Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito.

#### **2.2.3.1.1 El manual de medicamentos dentro del POS**

Dicho manual es, en síntesis, un plan obligatorio o básico de salud entorno a los medicamentos con los cuales se puede tratar un paciente, es una lista que esta consagrada normativamente en el acuerdo 228 de 2002 donde se especifica todo el proceso de gestión entorno al medicamento que se requiere incluyendo los formularios que deben incluir la formula, la receta (con el nombre del medicamento) la presentación, concentración, principio activo y la administración y la dosis y el tiempo por el cual se suministra. Todo medicamento que no se encuentra dentro del manual de medicamentos del POS puede suministrarse

siempre y cuando siga un conducto regular adecuado que incluye la autorización de la EPS.

### **2.2.3.2 Plan de Atención Básica**

Dicho plan se diferencia del pos básicamente en el hecho de que constituye una política de salud pública tendiente a la prevención, promoción y vigilancia de la salud. Es una figura normativa proveniente de la resolución 4288 de noviembre de 1996. Y contiene además todo un conjunto de actividades que incluyen a toda la población (inclusive a los que no están afiliados) y que son de carácter gratuito. La vigilancia básicamente está enfocada a las enfermedades contagiosas y a todas las fuentes alimentarias necesarias para el consumo humano incluyendo el agua, así como también la vigilancia de establecimientos públicos de alto riesgo de contagio (aeropuertos etc) en tanto que la prevención básicamente se maneja con el sistema de vacunación a nivel nacional.

### **2.2.4. Regímenes del sistema.**

Existen dos regímenes mediante los cuales los usuarios se pueden afiliar al sistema de salud, estos son el régimen contributivo y el régimen subsidiado.

#### **2.2.4.1 Régimen contributivo**

Este régimen consiste en un conglomerado de personas que tienen una características específicas que consisten en su capacidad de pago o relación laboral. Están afiliados a él, los servidores públicos, los pensionados, los trabajadores independientes con capacidad de pago y quienes estén vinculados a través de un contrato de trabajo.

Es importante mencionar que dichas personas realizan un aporte al sistema el cual es llamado cotización y que consiste en el 4% del salario base de cotización para los empleados (el empleador asume el 8%) y en el caso de los independientes en el 12% del salario base de cotización, esos dineros con utilizados por las EPS para la contratación y prestación de los servicios de salud.

Es de aclarar, que el empleado tiene el derecho a escoger la EPS que prefiera y puede además comunicárselo al empleador con los datos de su grupo familiar para que estos también sean afiliados.

#### **2.2.4.1 El régimen subsidiado**

Dicho régimen acoge a la población de carácter vulnerable quien no cuenta con un ingreso económico que le permita realizar una cotización al sistema siendo entonces subsidiados por el estado, estas personas deben de tener un ingreso inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, la financiación de este subsidio (que puede ser total o parcial) depende básicamente de los aportes del gobiernos a los entes territoriales y del fosyga que, se nutre entre otros, por los aportes de la nación y del régimen contributivo (personas con mas de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes). Este régimen tiene en cuenta a distintos rangos de población vulnerada, entre las cuales se encuentran los recién nacidos, los menores desvinculados del conflicto armado bajo la protección de ICBF, la población rural e indígena y la población menos favorecida del área urbana.

Los entes territoriales a su vez realizan una encuesta llamada sisben (Sistema de Selección de Beneficiarios a Programas Sociales), para determinar los beneficiaros del sistema además de valerse de otros datos censuales provenientes del ICBF entre otros.

Es importante mencionar que existe un rango de población por fuera del régimen subsidiado quienes no cumplen todos los requisitos de vulneración necesarios, población conocida como vulnerada, en lista de espera a ser afiliada.

#### **2.2.4.1.2 El Servicio De Salud Para El Magisterio-**

“ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” De acuerdo con el mandato constitucional, el estado ha previsto un régimen especial para los Docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas estatales, excepcional a la Ley 100 de 1993, con el cual se busca un mayor cubrimiento que el previsto en el sistema General de seguridad social. Para tal fin se creó, mediante la ley 91 de 1989, el Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial de la nación, administrada por la entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, la cual es la encargada de contratar los servicios médicos para los docentes del sector estatal:

ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Desde el segundo semestre del año 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado por la Fiduprevisora S.A. inició la ejecución de los contratos para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales; en los cuales se mantienen los beneficios existentes en el régimen de excepción de la rama docente, buscando mejorar aquellos temas en los que los maestros han presentado inquietudes (los ajustes responden a las necesidades planteadas por los maestros usuarios de este servicio en una encuesta realizada en noviembre del año pasado a 3.918 docentes cotizantes de todo el país). A continuación se presenta –de forma sumaria el régimen en salud vigente para el sector docente:

### **Principios fundamentales del modelo**

El régimen de salud para el sector educativo contempla los siguientes principios, que permean toda la prestación del servicio:

**Régimen especial:** Es un régimen de salud excepcional al dispuesto mediante la Ley 100 de 1993, lo que implica:

- No existencia de cuotas adicionales a los aportes de ley para atención o
- tratamiento de los afiliados al FNPSM o sus beneficiarios.
- Atención o tratamiento de todo tipo de patologías sin restricción, a los
- afiliados y sus beneficiarios.
- Inexistencia de períodos mínimos de cotización, lo que implica que tanto
- el docente como sus beneficiarios pueden ser atendidos sin restricción
- desde el primer día de afiliación al Fondo.
- 

**Regionalización:** El servicio médicoasistencial es prestado regionalmente, lo que implica mayor y mejor accesibilidad, oportunidad y calidad de los

servicios Garantía de Calidad: Integralidad en el plan de beneficios en todas las regiones, con el máximo de cubrimiento del régimen.

### **Servicio de calidad**

- En cada región y de acuerdo con la oferta de servicios, se dispondrá de varias
- alternativas de prestadores para elección de los afiliados.
  1. Posibilidad de cambiar de prestador, por insatisfacción con el servicio.
  2. Mejoramiento de la calidad del servicio para garantizar permanencia de los
- afiliados.
  - Divulgación de los derechos de los Docentes en el tema de salud, con el fin de
- lograr mayor control por parte del usuario

### **A quienes cubre el régimen de salud del fondo:**

**AFILIADO:** Se entiende por afiliado a los maestros activos y/o pensionados, cotizantes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tienen derecho a recibir los servicios de salud contenidos en el Plan de salud para el Magisterio.

**BENEFICIARIOS DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL:** Quien reemplaza al pensionado en caso de fallecimiento de éste, de acuerdo con la normatividad especial, pueden sustituir al docente los siguientes familiares:

- Cónyuge y/o hijos
- A falta de cónyuge e hijos, los padres del docente
- que dependieran económicamente de él.
- A falta de cónyuge, hijos y padres, los hermanos que presenten discapacidad y que dependan económicamente del docente.

BENEFICIARIO: Personas que forman parte del grupo familiar del afiliado y que tienen derecho a los servicios de salud:

- -El cónyuge del docente afiliado, el compañero permanente del docente afiliado, siempre y cuando no estén afiliados a otro régimen de excepción o al sistema general de seguridad Social.
  - Los hijos del docente, hasta los 18 años
  - Los hijos de los 18 a los 25 años con dependencia económica del docente y que cursen estudios formales y de educación para el trabajo y desarrollo humano. (se requiere presentación de recibo y pago de la matrícula del período que curse)
  - Los hijos del docente, sin límite de edad cuando tengan incapacidad permanente y dependencia económica del afiliado
  - Los padres de los educadores
  - Los hijos del cónyuge o compañero permanente (en las mismas situaciones previstas para los hijos del afiliado).
  - Los nietos del docente, hasta los 30 primeros días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado
  - Padres de los cotizantes solteros sin hijos y que dependan económicamente de éste, siempre y cuando no estén afiliados a otro régimen de excepción o al sistema general de seguridad Social.
  - A falta de cónyuge o de compañero (a) permanente, los padres del afiliado que no estén pensionados y que dependan económicamente de éste.
  - Los padres del afiliado siempre y cuando no estén afiliados a otro régimen de excepción o al sistema general de seguridad Social y que el docente no tenga como beneficiarios a hijos o cónyuge.

### **Servicios del régimen excepcional:**

Los afiliados y beneficiarios del régimen especial de salud del Magisterio tienen derecho a servicios tanto preventivos, como curativos e incluye acciones en las siguientes áreas:

- Promoción de de estilos de vida saludables
- Identificación precoz de patologías
- Adecuada valoración y orientación de problemas derivados de la actividad ocupacional
- Educación en hábitos ergonómicos y prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
- Tratamiento oportuno y adecuado de los problemas de salud
- Rehabilitación integral de de la incapacidad acontecida por causa de enfermedad general o profesional

### **Plan De Atención En Salud**

#### **Atención Básica:**

Plan de atención médica y odontológica en todos los niveles de complejidad, sin ninguna restricción, con apoyo asistencial según se requiera, con base en criterios de racionalidad técnico científica y acceso a la biotecnología disponible en el país, incluyendo trasplantes y/o tratamientos de enfermedades catastróficas o de alto costo sin ninguna restricción y tratamiento de alcoholismo a los afiliados, cuya condición patológica afecte la prestación de los servicios educativos.

#### **Atención de Urgencias:**

El docente y sus beneficiarios tienen derecho a ser atendidos por urgencias en todo el país (previa acreditación de derechos).

En caso que se encuentre fuera de la región sede, debe remitirse a la red que el contratista tenga implementada en las diferentes regiones del país.

### **Atención especializada:**

En el plan de salud se incluye la disponibilidad de atención en las diferentes especialidades y subespecialidades médicas y odontológicas. En odontología, se incluye la atención en endodoncia, odontopediatría, Periodoncia y cirugía.

### **Ayudas diagnósticas:**

Como ayudas diagnósticas, el Plan de Atención en Salud del Magisterio establece:

- Laboratorio clínico básico y especializado
- Imagenología Básica
- Electrodiagnóstico
- Exámenes especializados

### **Complementación terapéutica:**

El Plan de Atención en Salud del Magisterio incluye:

- Nutrición.
- Psicología.
- Terapias: Respiratoria, Física, del Lenguaje, Ocupacional.
- Ortóptica y pleóptica.
- Suministro de medicamentos del mercado nacional.
- Tratamientos especiales (entre otros: quimio y radioterapia, cobaltoterapia, antitumorales, tratamientos VIH,).
- Transplantes de órganos.
- Prótesis y ortesis.
- Suministro de lentes.

· Transporte (ambulancia).

#### EXCLUSIONES:

- Las exclusiones hacen referencia a aquellos tratamientos que no son prestados dentro del régimen del Plan de Atención en Salud del Magisterio:
  - Tratamientos de infertilidad.
  - Tratamientos y medicamentos relacionados con la impotencia y frigidez.
  - Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.
  - Todos los tratamientos quirúrgicos de medicamentos considerados
- experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país.
- Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico quirúrgicos que no puedan ser realizados en el país.
- Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el Invima como ente regulador de la comercialización de medicamentos.
- Tratamientos de ortodoncia no preventiva.
- Tratamientos de rehabilitación oral con fines estéticos.
- Tratamientos con prótesis dentales.
- Tratamientos para la obesidad con fines estéticos.
- Tratamientos de alcoholismo o drogadicción a los beneficiarios, excepto en sus fases agudas.
- Artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos, líquidos para
- lentes de contacto, lágrimas artificiales, tratamientos capilares, champúes, jabones, leches, cremas hidratantes, antisolares, drogas para la memoria o

- impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues
- bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental.

### **Derechos de los docentes en materia de salud:**

Entidad de salud de la que es usuario (respuesta dentro de 15 días), ante el Comité Regional del Departamento o en su defecto ante la Dirección de Servicios en Salud de la Fiduprevisora

En caso de requerir mayor información, es necesario que acuda a la entidad contratante elegida por Usted para su atención en salud, al Comité regional del Departamento o en su defecto a la Dirección de Servicios en Salud de la Fiduprevisora

### **Afiliación de los docentes que trabajan en establecimientos oficiales y privados**

Sobre la afiliación al Sistema de Seguridad Social de los docentes que trabajan simultáneamente en establecimientos oficiales y privados, debe tenerse en cuenta el Artículo 14 del Decreto 1703 de 2002 (del Ministerio de la Protección Social), el cual establece:

**ARTÍCULO 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN.** Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al sistema general de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del régimen de excepción y del sistema general de seguridad social en salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al

sistema general de seguridad social en salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del sistema general de seguridad social en salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.

Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al sistema general de seguridad social en salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los servicios asistenciales les serán prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y las prestaciones económicas a cargo del sistema general de seguridad social en salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto, el empleador hará los trámites respectivos.

Si el régimen de excepción no contempla la posibilidad de afiliar cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante del régimen de excepción deberá permanecer obligatoriamente en el régimen contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción.

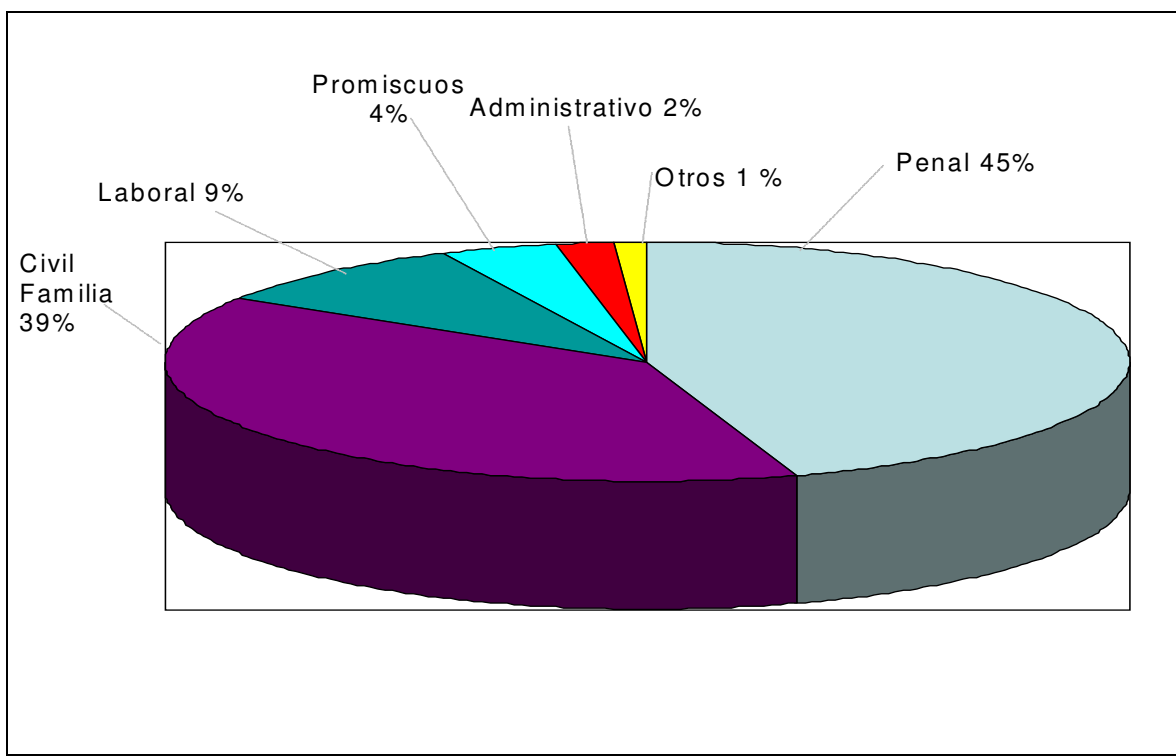
Si el régimen de excepción no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios permanecerán en el sistema general de seguridad social en salud.

**PARÁGRAFO.** Cuando la persona afiliada a un régimen de excepción, sin tener derecho a ello, reciba servicios de salud de una Entidad Promotora de Salud o de

una Institución Prestadora de Servicios que no haga parte de la red de servicios del régimen de excepción, existirá obligación de estas entidades de solicitar el reembolso al régimen de excepción al cual pertenece el usuario, debiendo sufragar este último régimen todos los gastos en que se haya incurrido. El plazo máximo para el reembolso será de treinta (30) días contados a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, so pena de que deban ser reconocidos los intereses moratorios a que alude el artículo cuarto del Decreto-ley 1281 de 200

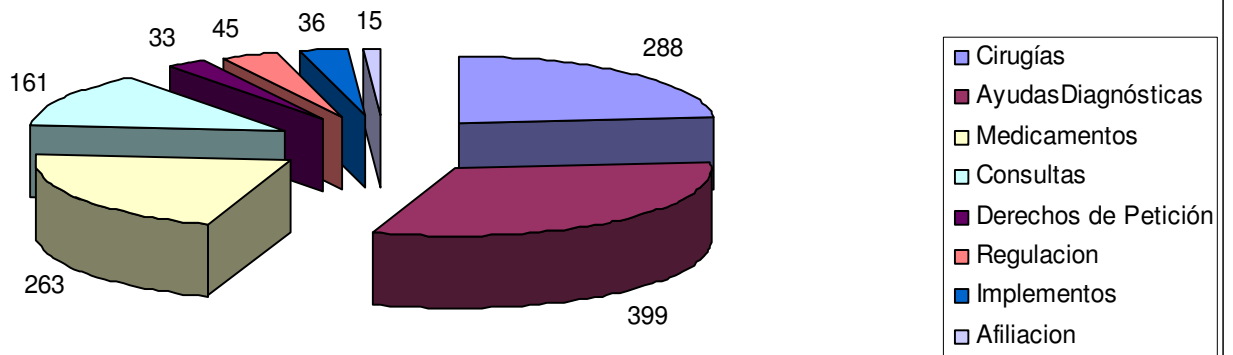
## REPORTE DE TUTELAS INTERPUESTAS POR DOCENTES DEL MAGISTERIO

### Jurisdicción en las cuales se interponen las tutelas

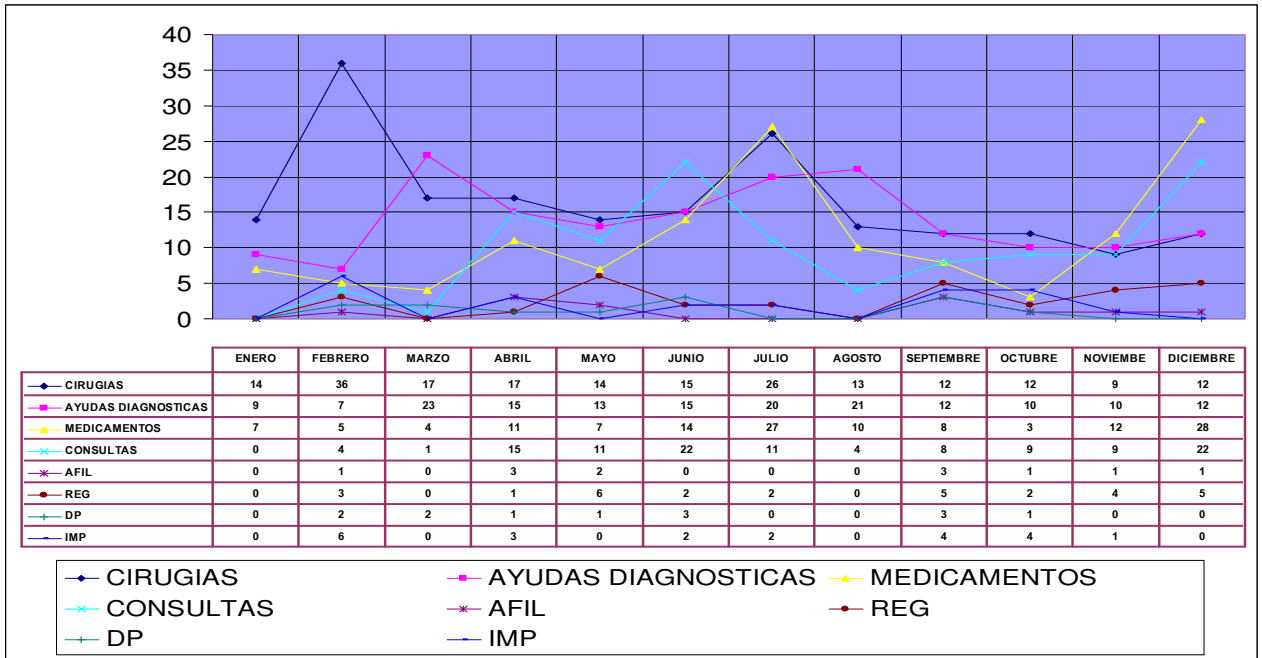


Tutelas recibidas por mes	2007		2008	
	N	%	N	%
Enero	30	4,33	51	12,7182
Febrero	62	8,95	47	11,7207
Marzo	45	6,49	29	7,23192
Abril	66	9,52	36	8,97756
Mayo	50	7,22	39	9,72569
Junio	77	11,1	31	7,73067
Julio	90	13	33	8,22943
Agosto	48	6,93	23	5,73566
Septiembre	54	7,79	30	7,4813
Octubre	45	6,49	38	9,47631
Noviembre	46	6,64	22	5,48628
Diciembre	80	11,5	22	5,48628

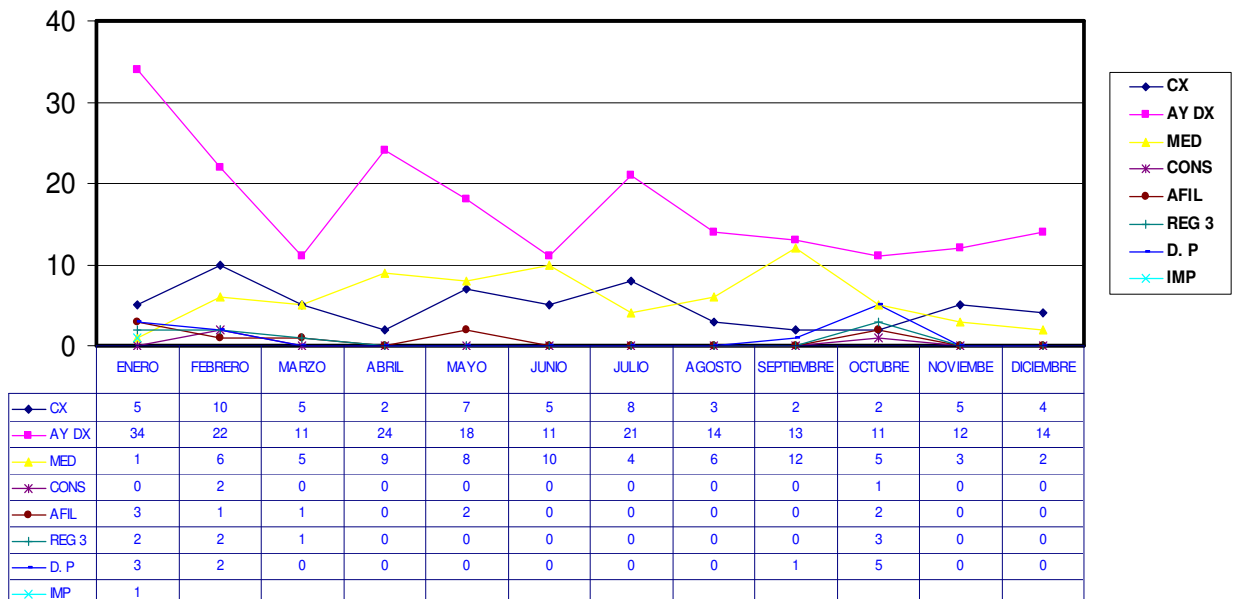
Motivos de Tutela

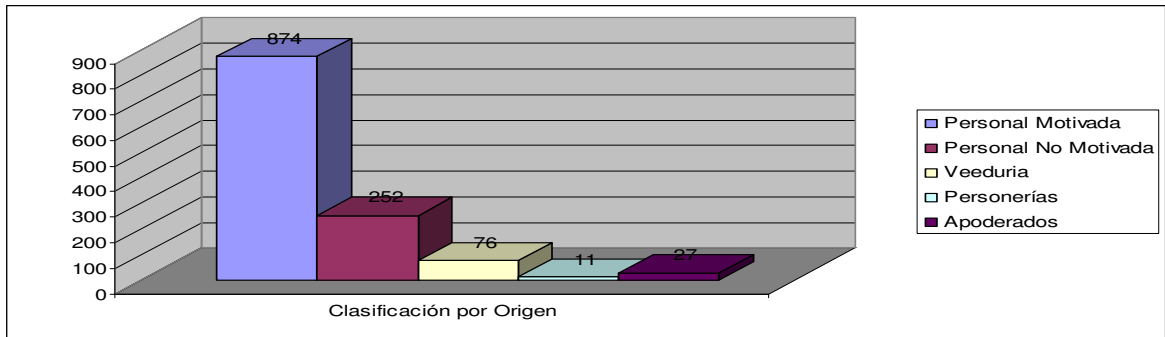


# 2007



# 2008





- **Personal Motivada:** Corresponden a las tutelas que pese al cumplimiento de Términos de Referencia, en muchos casos dificultades externas (el ejemplo más recurrente es el colapso de la red de III y IV nivel) impiden satisfacer las necesidades de usuarios conforme a sus exigencias clínicas.
- **Personal no Motivada:** Demandas que no encuentran su sustento desde el punto de vista jurídico y en muchos casos desde la pertinencia médica. Obedecen a ansiedades de los usuarios que no agotan las vías médico administrativas y encuentran en la Tutela, su medio más expedito para procurarse servicios.
- **Veeduría:** Acciones que son motivadas e incluso tramitadas por los veedores de salud, se pueden enmarcar dentro de las dos categorías anteriores
- **Personerías:** Tutelas elevadas en su mayoría en municipios ajenos al Área Metropolitana de Medellín. Son solicitadas por los usuarios en defensa de la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales ante las personerías de sus municipios. Se enmarcan en gran porcentaje en el segundo de los ítems mostrados.
- **Apoderados:** Usuarios dentro de la línea de tutelas no motivadas, intentan de manera coactiva hacer reclamos de reembolsos por ésta vía, lo cual indiscutiblemente no es el mecanismo para reclamar erogaciones económicas. Lo hacen en todos los casos por intermedio de abogados titulados.

### **2.2.5. La Sentencia T-760 De 2008**

Al respecto, la sentencia T-760 de 2008 marco un hito jurisprudencial en cuanto al derecho a la salud y mas específicamente en cuanto al Plan obligatorio de Salud POS en un intento por conciliar las aflicciones que han existido en la materia y mas aun cuando el derecho a la salud desde la sentencia 406 de 2002 siempre se ha pedido como un derecho conexo en las diversas acciones de tutela instauradas para satisfacerlo y que constituyen un alto porcentaje dentro del conjunto general de todas las acciones de tutela emprendidas en Colombia.

Dicha tutela consideró la problemática de la salud desde un punto de vista completamente integral y que se desarrolla desde el emprendimiento de la acción de tutela, madre de múltiples problemas dentro del sistema porque no se tenían hasta esa fecha un soporte claro y específico de las situaciones dentro de las cuales se podía conceder o no el accesos a los medicamentos, paradójicamente, aún con la existencia de 5 planes obligatorios de salud distintos.

#### **2.2.5.1. El alcance de las decisiones judiciales de los jueces de tutela y sus limitaciones:**

La corte aborda el problema de las decisiones judiciales en cuanto a sus limitaciones para decidir cuales serán las implementaciones necesarias para responder a una necesidad determinada proveniente de una situación emanada de una acción de tutela, problemática atacada mediante la aplicación del principio de “integralidad” a la hora de tomar la decisión, en ultimas, la toma de una decisión que si bien no determina cuales son las soluciones exactas requeridas por el accionante si se preocupa por darle una solución que concede un tratamiento integral a su problema, dijo la corte en al sentencia referida (negrilla fuera del texto):

.....**3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.**<sup>13</sup>

**3.3.15. En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana. Así por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas,<sup>14</sup> y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política**

---

<sup>13</sup> Estos elementos, fijados por la jurisprudencia en la sentencia T-595 de 2002, han sido reiterados en varias ocasiones por la Corte Constitucional, entre ellas, en las sentencias T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>14</sup> Luego de considerar el orden constitucional vigente aplicable al caso, la Corte consideró que “el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona discapacitada contempla la posibilidad de acceder al sistema de transporte público básico de una ciudad en condiciones de igualdad, es decir, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas”. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

*pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho.*<sup>15</sup>

.....

La corte es clara al señalar que a pesar de que un juez de carácter constitucional tiene la obligación de atender los problemas emanados de las acciones de tutela presentadas ante su despacho no puede en todo caso extralimitar sus funciones cuando pretenda dar una solución efectiva a la problemática presentada, de manera tal que no puede en ningún momento definir ni concretar la política pública exacta para la solución del problema, ni puede indicar con exactitud cual es el obrar administrativo necesario pero si puede, en cambio, dar ordenes necesarias para atender la satisfacción del derecho, es decir, delimitar un marco general de aplicación, teniendo en cuenta que puede determinar “que hacer” pero no “como hacerlo”.

- El principio de integralidad según la sentencia t-780 de 2008: El principio de integralidad es en la actualidad la piedra fundamental, si se quiere, de las peticiones consagradas por la tutela en Colombia, dicho principio si bien puede extraerse como precepto nomoarquico constitucional no ha sido *perse* un principio de aplicación reconocida hasta que, la misma corte constitucional lo fue acogiendo poco a poco en el ámbito jurisprudencial, dice la sentencia t-780:

“ El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte advierte expresamente que: *[l]a dimensión positiva de este derecho fundamental supone, por lo menos (i) contar con un plan, (ii) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (iii) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito.*

tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales<sup>16</sup> y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que *“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes **para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la***

---

<sup>16</sup> En la sentencia T-179 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se indicó sobre el “El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para 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 (artículo 162 ley 100 de 1993). || Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo”. || Por otro aspecto, el sistema esta diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley” (artículo 2° de la ley 100 de 1993). || Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. || A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud” (resaltado fuera de texto). || Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.”.

***salud del paciente<sup>17</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>18</sup>***

En principio, la corte constitucional ha establecido jurisprudencialmente el principio de integralidad como una solución a la problemática emanada del fraccionamiento de los servicios de salud, fraccionamiento consistente en el pago variado y distinto de los servicios que requiere un paciente y a cargo del mismo, utilizando los mecanismos de interpretación de la norma constitucional la corte ha dicho que si bien las empresas prestadoras del servicio de salud tienen consideraciones particulares sobre los diversos servicios que prestan y optan entonces a su fraccionamiento, no se puede desconocer el hecho de que se debe de prestar al paciente un servicio de carácter integral que incluya todos y cada uno de los servicios que su medico considere necesarios para su tratamiento independientemente si estos están fraccionados o no.

Finalmente, la corte configura una excepción en cuanto a la aplicación del principio de integralidad, en cuanto a que es el médico quien decide cuales servicios se implementaran al paciente así el mismo paciente estime necesarios otros servicios distintos a los que se le prestan, sin embargo, dicha situación no se ha podido evitar por razones practicas al ser el paciente quien ayuda a la realización del diagnostico mismo, dice la corte:

...“Es importante subrayar que el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es el médico tratante adscrito a la correspondiente

---

<sup>17</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>18</sup> Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

EPS el que determina lo que el paciente requiere. De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado”...

#### **2.2.5.2 afiliación al sistema de salud.**

En Colombia, los usuarios no se afilian a una empresa de salud determinada sino que se afilian al sistema de salud colombiano en términos generales, esto trae algunas consecuencias importantes como por ejemplo permite que todos los datos del usuario como por ejemplo la antigüedad son homologados por todas las empresas sin importar si se produjeron en una empresa prestadora del servicio de salud determinada. También prevalece esta paridad para los usuarios que se cambian del régimen subsidiado al contributivo y viceversa.

La afiliación dentro del sistema de salud Colombia obviamente debe de seguir unos parámetros establecidos, en primera instancia por el gobierno nacional quien es el encargado de dirigir y en general de disponer todas las aplicaciones normativas, reglamentaciones necesarias para que una persona se afilie al sistema de salud, entendido esto como un trámite administrativo porque las condiciones sustanciales por medio de las cuales una persona se afilia al sistema de salud corresponden realmente al establecimiento legal y a las políticas emanadas del CNSSS.

Las tarifas por medio de las cuales una persona obtiene los servicios no deben existir para la prestación de servicios médicos básicos, como quiera que, la corte aclaró este embeleco administrativo ocurrido básicamente porque se estaba presentando el cobro para cualquier servicio médico aun si este fuera de carácter mínimo y de mínimo tratamiento, situación que además es contraproducente con

los presupuestos establecidos en la principalística del sistema, puesto que, en términos generales el principio de gratuidad constituye uno de los pilares fundamentales, al respecto ha dicho la corte en la sentencia T781-08 (negrilla subrayada fuera de contexto):

.....”La jurisprudencia constitucional ha señalado que la función de regulación de las actividades de un sector es variada y de muchos tipos, pero que depende, básicamente, de cuáles sean las condiciones específicas del sector, y los cometidos especiales o fines que haya fijado el Constituyente o el legislador a dicho sector.<sup>19</sup> El Estado tiene entonces, la obligación de regular el sector de la salud, orientándolo a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. En tal sentido, por ejemplo, se viola el derecho a la salud cuando la regulación desconoce un ámbito de protección constitucional. Así, la Corte ha considerado

---

<sup>19</sup> La Corte Constitucional ha señalado que el ejercicio de la función estatal de regulación de un determinado sector, como el de la salud, debe ajustarse a las condiciones específicas del mismo. Dijo al respecto: “Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia. || A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)”. Sentencia C-150 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Esta decisión fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; AV Jaime Araujo Rentería).

que un sistema de tarifas para la prestación de todos los servicios de salud en el cual se contemplen tarifas incluso para la atención básica, por mínimas que éstas sean, es inconstitucional, en la medida en que la Constitución Política obliga al legislador a reconocer ‘una atención básica *gratuita*’ del servicio de salud (art. 49, CP).<sup>20</sup> Esta decisión fue reiterada posteriormente por la Corte, al evaluar la constitucionalidad del sistema tarifario contemplado por la Ley 1122 de 2007, el cual se consideró ajustado a la Constitución, en la medida que no excluye la definición de servicios ‘*gratuitos*’ en atención básica.<sup>21</sup> “.....

### **2.2.5.3 Lagunas normativas y disposiciones que dificultan el acceso a la salud:**

Si bien el sistema de salud colombiano contempla toda una serie de elementos fundamentales, derechos si se quiere, para la preservación y la protección de los principios básicos del sistema de salud colombiano, muchas veces es el estado mismo quien dentro de su omisión permite que estos sean quebrantados, presentándose entonces lagunas de carácter legal o reglamentario que facilitan la

---

<sup>20</sup> En la sentencia C-137 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable el artículo 42 de la ley 812 de 2003, por considerar que la norma al establecer “(...) como presupuesto una tarifa mínima en la prestación del servicio público de salud contradice el artículo 49

<sup>21</sup> En la sentencia C-955 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; AV Jaime Araujo Rentería), la Corte Constitucional resolvió, entre otras cosas, declarar executable el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, por los cargos estudiados, y “condicionada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud a los usuarios, sino a establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud.” La Corte Constitucional señaló que la Comisión de Regulación en Salud, CRES, tiene la competencia para fijar las tarifas de (i) los servicios que prestan las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) u otras entidades prestadoras de servicios de salud como las Empresas Sociales del Estado (ESE), y (ii) las correspondientes a los servicios prestados por profesionales de la salud los costos de los servicios; la CRES no tiene la competencia fijar pagos moderadores, es decir, los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos) que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están llamados a cubrir, como tampoco en fijar el valor de la Unidad de Pago por Capitación y de los subsidios parciales en salud. La Corte consideró que “(...) al revisar el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, se observa, como se dijo, que en él se ordena a la Comisión de Regulación en Salud-CRES-establecer un ‘sistema de tarifas’ que contendrá un componente la llamado ‘manual de tarifas mínimas’. Así pues, puede concluirse que no todas las tarifas contenidas en el ‘sistema de tarifas’ tienen que ser tarifas ‘mínimas’. Bien puede haberlas de otra naturaleza, como ‘máximas’ o ‘libres’, o puede no haber tarifa, etc., por lo cual no puede decirse, como si sucedía en el caso del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 exija siempre una tarifa mínima, y por lo tanto vulnere el principio de gratuidad de la atención básica en salud a que se refiere el inciso 4° del artículo 49 de la Carta, como sucedía anteriormente.”

toma de decisiones arbitrarias por parte de las empresas prestadoras del servicio de salud, comportamiento conocido también como “laguna normativa” y que se presenta además de lo dicho anteriormente por la falta de una regulación para atender la resolución de controversias que se presentan entre los actores que deciden autorizar la prestación de los servicios de salud., la corte consideró al respecto en la sentencia T 780/2008:

*..... Por ejemplo, la Corte consideró que se viola el derecho a la salud de una persona cuando existe una ‘laguna’ normativa en la regulación, por no definir los mecanismos de solución de controversias para los eventos en los que se presenten conflictos entre los actores que deciden autorizar la prestación del servicio. Tal situación ocurría, por ejemplo, con los conflictos que se dan entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, en torno a la definición de si una persona requería o no un determinado medicamento (ver apartado 4.4.4.).<sup>22</sup> Es pues imprescindible para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de las personas, que el Estado cumpla con su obligación de crear la reglamentación adecuada para posibilitar la implementación de las políticas públicas en salud. El incumplimiento de esta obligación supone pues, una desprotección del derecho a la salud por parte del Estado”.....*

Sin embargo, el parangon que supone la aplicación u omisión normativa supone también un gravísimo problema cuando no se trata de la omisión de una normatividad tendiente a solucionar conflicto determinado sino cuando la normatividad aplicable sencillamente obstaculiza el acceso a los servicios de la salud, este caso es considerado por la corte constitucional como algo todavía mas grave puesto que se irrespeta el servicio de salud como tal.

La omisión de manifiesta, sencillamente, por medio de lagunas normativas que causan todo tipo de problemáticas puesto que ante la presencia de la falta de

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

norma que interpretación se realiza entonces, en la practica, una reglamentación administrativa innecesaria, al respecto dijo la corte en la sentencia t 780-08 (negrilla fuera del texto):

*“Ahora bien, no se desprotege el derecho a la salud, sino que se irrespeta, cuando sí existe una regulación aplicable, pero ésta se constituye en un obstáculo al acceso a los servicios de salud. Tal situación ocurría, por ejemplo, con la reglamentación de ‘los procedimientos de recobro ante las entidades del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud’ (Resolución 3797 de 2004), que imponía una carga a las entidades de zgarantizaban el goce efectivo del derecho a la salud a las persona de manera oportuna y eficiente, a la vez que premiaba a las entidades que desconocían flagrantemente el derecho a la salud de las personas, dándoles ventajas. En efecto el artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 establecía el monto que el Fosyga debía reconocer por el recobro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud,<sup>23</sup> con y sin homólogo dentro del Plan, que hubiesen sido autorizados por el Comité Técnico Científico de la entidad u ordenados por una sentencia de tutela. Para el primer caso –literal a de la norma, los medicamentos con homólogo–, se establecía que el Fosyga reconocería ‘el resultante de restar al valor de la cantidad del medicamento autorizado (...) u ordenado (...), según la factura del proveedor, el valor de la cantidad del medicamento homólogo’, listado dentro del Plan Obligatorio.<sup>24</sup> Para el segundo caso –literal b de la norma, los medicamentos sin homólogo dentro del Plan–, la regla de recobro era que el Fosyga reconocería ‘el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado (...) u ordenado (...), según la factura de venta’.<sup>25</sup> Ahora bien, luego de haber establecido un tratamiento igual a los recobros de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, bien sea que hubiesen sido autorizados por el Comité Técnico Científico de la entidad u*

---

<sup>23</sup> El Plan contemplado en el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

<sup>24</sup> Resolución 3797 de 2004, artículo 19, literal a.

<sup>25</sup> Resolución 3797 de 2004, artículo 19, literal b.

*ordenados por un juez de tutela, la regulación introduce un incentivo económico a las entidades cuyos Comités nieguen la autorización del servicio solicitado y se dejen demandar mediante acción de tutela. Así, el inciso final del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 establecía lo siguiente,*

*‘En el evento de que la EPS, EOC o ARS demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo de tutela que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización fue negado, el monto a reconocer y pagar por los medicamentos de que tratan los literales (a) y (b) del presente artículo, será el total del valor fracturado por el proveedor. Por estos efectos, se deberá anexar el acta del CTC como soporte del recobro.’*

*En otras palabras, la entidad que negaba las autorizaciones de los medicamentos autorizados por una persona y luego era condenada a garantizar su suministro mediante una acción de tutela, podía recobrar el 100% del valor del medicamento no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, mientras que las entidades que autorizaban el suministro de un medicamento a un persona, sólo podían recobrar el 50% de su valor, o la diferencia entre éste y el valor de un medicamento homólogo contemplado dentro del Plan Obligatorio, según fuera el caso. Esta regulación era pues, un claro incentivo a que las entidades encargadas de garantizar la prestación de servicios de salud negaran los medicamentos requeridos, propiciaran la interposición de acciones de tutela en su contra y pudieran así, recobrar la totalidad del valor autorizado y no sólo una parte del mismo. Esta situación fue reconocida por el Ministerio de la Protección Social en una de las participaciones dentro del presente proceso. El Ministerio dijo al respecto,*

*“Parte del incremento inusitado de tutelas no-POS se podría explicar por los incentivos implícitos que había para las EPS en el procedimiento de recobro, que fueron corregidos a partir de noviembre de 2006, (...). Hay razones para anticipar una disminución en el caudal de tutelas no-POS a raíz de los cambios recientemente introducidos en el procedimiento de recobro.”<sup>26</sup>*

*Actualmente el monto de los recobros se encuentra regulado en el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, que no contempla la regla que incentivaba la interposición de acciones de tutela.*

*En conclusión, cuando el Estado omite expedir la regulación que se requiere para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, lo desprotege. Pero cuando la regulación sí existe, pero ésta incentiva que se obstaculice el acceso a los servicios requeridos, la regulación contribuye al irrespeto del derecho a la salud.*

6.5) Los servicios con relación al Plan Obligatorio de Salud POS:

La corte ha desarrollado la problemática que representa la implementación de un servicio médico que no este consagrado en ele plan obligatorio de salud POS esto surge por innumerables tutelas que pedían, básicamente, la prestación de un servicio no consagrado en dicho plan siendo necesario para garantizar el cumplimiento de un derecho de carácter fundamental como por ejemplo el derecho a la vida digna o el de la integridad personal.

Es importante establecer que el articulo 162 la ley 100 de 1993 desarrollo el tema del plan obligatorio de salud POS haciendo una discriminación entre las personas del régimen contributivo y las del régimen subsidiado, este desarrollo se preocupo, sin embargo, de que los usuarios del régimen subsidiado pudieran equiparar a los

---

<sup>26</sup> Intervención del Ministro de la Protección Social de noviembre 16 de 2006 dentro del proceso de la referencia.

del régimen contributivo en cuanto a su POS estableciéndose un plazo en el cual dicha situación tenía que estar resuelta, dice el artículo (negritas fuera de texto):

**ARTÍCULO 162. PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE>** El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá 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, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.

Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

**PARÁGRAFO 1o.** En el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el estado tenga contrato de prestación de servicios.

**PARÁGRAFO 2o.** Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

**PARÁGRAFO 3o.** La Superintendencia Nacional de Salud verificará la conformidad de la prestación del Plan Obligatorio de Salud por cada Entidad Promotora de Salud en el territorio nacional con lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Gobierno Nacional.

**PARÁGRAFO 4o.** Toda Entidad Promotora de Salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo.

**PARÁGRAFO 5o.** Para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, todas las Entidades Promotoras de Salud establecerán un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realice por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. El gobierno nacional, sin perjuicio del sistema que corresponde a las entidades territoriales, establecerá las normas.

**PARÁGRAFO 6o.** <Parágrafo INEXEQUIBLE>

Es claro que, independientemente del plan de salud al cual tenga derecho un usuario en concreto este tiene, como mínimo, el derecho a que se le presten los servicios consagrados en el plan obligatorio de salud, es decir que no existe usuario alguno carente de las atenciones medicas básicas y de las consagradas en dicho plan, estableciéndose que independientemente de su condición el usuario tiene derecho a que se le otorgue un tratamiento medico.

Sin embargo, la corte ha marcado una línea jurisprudencial que consiste en establecer cuando una persona puede incoar una acción de tutela relacionada con al prestación de servicios de salud y tuvo en cuenta para este efecto al aplicación del plan obligatorio de salud, en la sentencia t 780 de 2008 la corte delimito varios requisitos, con relación al servicio de salud requerido así: (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),<sup>27</sup> (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,<sup>28</sup> (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,<sup>29</sup> o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.<sup>30</sup> La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) *toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)*".

<sup>28</sup> El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>29</sup> Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

<sup>30</sup> En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) *es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)*" que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

condiciones aquí señaladas.<sup>31</sup> En otras palabras, *toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.*

También es importante mencionar como a pesar de que esa mixtura que se da ante la existencia de dos planes obligatorios de salud no es, sin embargo, inconstitucional puesto que la corte en su debido momento tuvo en consideración razones de peso administrativo y financiero por parte del estado para establecer así una gradualidad, un plazo, para que el estado se acogiera poco a poco a la equiparación de los dos planes hasta garantizar el escenario en el cual finalmente los usuarios del régimen subsidiado pudiesen alcanzar el plan dispuesto para los usuarios del régimen contributivo.

Sin embargo, la corte ha dicho en reiteradas ocasiones que dicho plan debe acogerse a situaciones de universalidad y de integralidad respetando consigo las disposiciones emanadas del bloque de constitucionalidad, esto es en cierto sentido, acatar lo establecido por el artículo 12 del pacto internacional de los derechos sociales y culturales:

---

<sup>31</sup> En la sentencia T-042 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), por ejemplo, la Corte señaló: *“En consecuencia, la condición de afiliada al Instituto de Seguros Sociales de la señora Sossa Alzate, la hace acreedora de las prestaciones propias del derecho subjetivo a la seguridad social, específicamente de aquellas que se relacionan con la recuperación de su salud, por lo que estaba legitimada para exigirla del ISS cuando acudió a esa institución en procura de alivio. || Se encuentra acreditado también, que han transcurrido más de veintisiete (27) meses desde que el especialista asignado para tratarla ordenó programar la cirugía que requiere, y el Instituto de Seguros Sociales no ha atendido tal orden, suspendiendo así, de hecho e injustificadamente, el pago de las prestaciones de salud que debe a la actora por su condición de afiliada-jubilada, aduciendo como única razón de su irregular proceder, su propia ineficiencia. || Por el lapso arriba anotado, la señora Sosa Alzate ha tenido que padecer, sin el auxilio médico que se le debió prestar, el dolor persistente y la disminución funcional de su pierna izquierda, generados por la deformación de la cabeza del fémur. La omisión del ISS no sólo ha afectado seriamente la integridad física de la actora, sino también su tranquilidad personal, lo que redundo en el desconocimiento de su derecho a una vida digna. || De todo lo expuesto se concluye que el derecho a la seguridad social, en lo que corresponde específicamente con el derecho a la salud de la actora, tiene el carácter de derecho fundamental; además, está probado que tal derecho ha sido vulnerado, y que la violación es imputable al Instituto de Seguros Sociales.”* Al respecto también se pueden ver, entre otras, las sentencias, T-005 y T-008 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en ambos casos se ordenó garantizar el acceso a un servicio de salud incluido dentro del POS que requerían los accionantes (cirugía de cataratas), el cual no había sido autorizado. Sobre esta cuestión, ver también la sentencia T-762 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

## **Artículo 12**

*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

*2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

*a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*

*b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*

*c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*

*d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

De esta manera, el estado colombiano debe procurar un ambiente libre de toda discriminación sin importar de donde esta provenga bien sea económica, política o administrativa, evitando así cualquier situación de irrespeto que se genere por parte de la actuación proveniente de las empresas prestadores del servicio de salud y ha dicho la corte de una manera clara y contundente que el estado mismo también es un actor de responsabilidad esa esta materia. El estado colombiano es responsable cuando permite la actuación irrespetuosa por parte de las empresas prestadoras del servicio de salud bien sea porque no establecieron una reglamentación adecuada o porque realizaron mal la reglamentación existente.

Que sucede entonces cuando una persona adolece de una enfermedad que requiere un tratamiento o medicamento por fuera del POS y que desde la perspectiva de los derechos fundamentales los suyos sean vulnerados si no se le

concede dicho tratamiento o medicamento? Al respecto, la corte también tuvo recurrentes consideraciones propias de la experiencia jurisprudencial en la materia y que aconteció, incluso, poco después de la vigencia de la ley 100 de 1993 cuando no existían aun ni siquiera los planes obligatorios de salud. A esta situación, en la cual una persona tiene la necesidad imperante y fundamental de que le sean prestados los servicios necesarios para su recuperación teniendo en cuenta la satisfacción de sus respectivos derechos fundamentales, como por ejemplo cuando peligra la vida de la persona o su dignidad humana como tal o cuando su capacidad económica sobrepasa el pago de un porcentaje en un servicio de salud específico) la corte le llama requerir con necesidad.

Sin embargo, no se puede acceder a tratamientos o medicamentos que estén por fuera de los planes de servicios simplemente teniendo en cuenta una consideración de carácter personal, es decir, considerando que violan los derechos fundamentales puesto que fue la misma corte constitucional quien estableció los requisitos por medio de los cuales una persona puede tutelar su derecho a tratamientos o medicamentos que estén por fuera del pos cuando existe una vulneración s sus derechos de la siguiente manera: “(i) *la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio*; (iii) *el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*; y (iv) *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*”<sup>32</sup> En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad

---

<sup>32</sup> Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-557 y T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-1079 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó

de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se *requiera* [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] *con necesidad* [condición (iii)].

Ahora bien, con relación a los medicamentos en específico la corte se refiere a la existencia de una laguna normativa que existe entorno al procedimiento para acceder a los servicios de salud que se requieran (aclarándose que estos son distintos a los medicamentos no incluidos dentro de los planes obligatorios de salud) que consiste básicamente en una desatención por parte del ministerio de salud en la realización de una regulación que tome en cuenta su implementación. Ha dicho la corte que el ministerio de salud recurrentemente ha reconocido que dicha practica corresponde al sometimiento de una política consiste, bajo la idea de que el plan obligatorio de salud se podría convertir eventualmente en un plan de carácter ilimitado, al respecto, la corte ha considerado como errada dicha concepción puesto que los medicamentos no entrarían dentro del Pos sino que seguirían por fuera de este dependientes del concepto medico necesario para que se incluyan solamente en un caso concreto.

Finalmente la corte concluye que en casos en los cuales una persona no tenga la capacidad económica adecuada y requiera un medicamento que no esta el POS es posible que a pesar de encontrarnos en una situación específica en el cual el paciente requiere un tratamiento determinado su condición de necesidad le permite en dicho caso acceder a los servicios de salud sin tener que pagar un costo adicional, dice la corte en su sentencia t780 de 2008:

---

a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar "(...) *la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.*"

....“4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.<sup>33</sup>

## **2.2.6. Decisiones importantes de la sentencia t-780 de 2008**

Decisiones respecto a los entes partícipes de la prestación del servicio de salud en Colombia:

Dentro del marco de decisiones contempladas en la sentencia t780 de 2008, prevalecen, de entrada, decisiones que afectan de manera directa y exclusiva a las empresas prestadoras del servicio de salud, en total ocho decisiones importantes, a saber: (1) ordenar que se precise el contenido de los planes (numeral décimo sexto de la parte resolutive); (2) ordenar que se actualice integralmente el POS y se reduzcan las dudas (décimo séptimo); (3) ordenar que se actualice periódicamente POS (décimo octavo); (4) ordenar que se presente un informe sobre deficiencias en el suministro de lo que sí está incluido en el POS (décimo noveno); (5) ordenar que se informe las EPS que más vulneran el derecho a la salud (vigésimo); (6) ordenar que se unifique el POS de los menores de edad (vigésimo primero); (7) ordenar que se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas (vigésimo segundo); y (8) ordenar que se amplíe la competencia del Comité Técnico

---

<sup>33</sup> Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).

*Científico, CTC, para que pueda autorizar servicios médicos diferentes a medicamentos, hasta tanto se diseñe un 'mecanismo' diferente (vigésimo tercero).* Sin embargo estas decisiones son, en primer medida, abstractas, puesto que no determina con exactitud ninguna acción concreta en cuanto a las determinaciones establecidas para los servicios médicos, es decir, en cuanto al tratamiento de enfermedades o tratamientos específicos sino mas bien aboga por la implementación de una serie de políticas de control y de información parecidas a las políticas que, en todo caso, determina el Cnsss.

Ahora bien, en cambio, si se presentaran muchas novedades con relación a lo que se refiere a la financiación del sistema, en este caso la corte constitucional impartió cuatro ordenes específicas que, en cierta medida, pretenden ayudar con la celeridad del sistema por medio de la modificación al sistema de cobros y recobros que se realizan en el, estas cuatro ordenes son: (1) *Orden para que se asegure el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS (vigésimo cuarto); (2) orden para que no se exija copia de ejecutoria de la sentencia para autorizar el servicio o el reembolso al que haya lugar (vigésimo quinto); (3) orden para que se diseñe un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados (vigésimo sexto); y (4) orden para corregir o rediseñar el sistema de recobro sea eficiente (vigésimo séptimo);*

### **2.2.7 Ordenes con relación a las fallas del sistema de salud:**

La corte dispone dos ordenes para intentar mitigar y controlar las fallas presentadas en el sistema de salud colombiano, la primera orden corresponde a "(1) Ordenar que se proporcione a los usuarios del sistema información que les permita ejercer su libertad de escogencia (vigésimo octavo);" garantizando así el derecho a la libre escogencia que tienen los usuarios del servicio de salud en Colombia y la segunda orden ordena que se cumpla la meta de cobertura

universal, esta última, se queda en lo abstracto en la pretensión de garantizar algo que, en todo caso, se infiere de lo establecido en el marco normativo de la salud (incluyendo el desarrollo jurisprudencial).

La reducción de la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios de salud como indicador del cumplimiento de esta sentencia:

La corte constitucional, en cierta medida elabora un condicionamiento, es decir, somete el cumplimiento de la sentencia a las estadísticas que se generen sobre las acciones de tutela presentadas en el futuro, fijando entonces como suposición que en el futuro las acciones de tutela deberán de bajar en número dada la aplicación de lo dispuesto en la misma.

Igualmente, reconoce que mejorar el flujo de la información existente no solo mejora el servicio al usuario como tal sino que también contribuye a mejores procesos de gestión administrativa. La corte le ordena al ministerio de protección social elaborar un informe que adopte el cumplimiento de la sentencia en la reducción del número de las acciones de tutela.

## **CAPITULO III**

### **3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO ECONOMICO, SOCIAL, Y CULTURAL.**

Los derechos económicos, sociales y culturales se originaron como resultado del consenso general que existió entre los Estados sobre la necesidad de promover estándares más altos de vida alrededor del planeta, así como el pleno empleo y las condiciones necesarias para el progreso y el desarrollo social y económico de las naciones.

Los derechos económicos, sociales y culturales, poseen un núcleo esencial, es decir, un contenido mínimo que no es negociable, que se puede exigir en forma inmediata al Estado, y que puede ser objeto de mecanismos de protección constitucional y legal, sin que sea necesaria una ley que lo desarrolle para estos efectos, y una zona de desarrollo progresivo, cuyo alcance será ampliado gradualmente en función del equilibrio político, el debate democrático, la disponibilidad de recursos y el nivel de desarrollo de cada Estado.

De acuerdo a lo anterior, si bien los derechos económicos, sociales y culturales deben ser objeto de una regulación detallada por parte de las autoridades, dicha regulación tiene que respetar ciertos contenidos básicos, que asimismo deben ser promovidos por el Estado y la sociedad en forma permanente, para así garantizar un mínimo de bienestar a sus nacionales.

Esta clase de derechos imponen a las autoridades tres tipos de obligaciones:

- \* La obligación de respetarlos, que les impone el deber de abstenerse de interferir con su goce efectivo.

- \* La obligación de protegerlos, es decir, de prevenir su violación por terceros.
- \* La obligación de materializarlos, a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestales, judiciales u otras que sean procedentes para su plena realización.<sup>34</sup>

La Constitución Política de Colombia de 1991, consagro el derecho a la salud en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, con lo cual se le reconoció el carácter de derecho programático, de contenido prestacional y desarrollo progresivo.

Adicionalmente, La jurisprudencia constitucional colombiana, ha precisado al derecho a la salud como a la seguridad social de la siguiente manera:

La cuestión que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala gira alrededor de los derechos a la seguridad social y a la salud, que aparecen establecidos en la Constitución Política dentro del capítulo dedicado a los de naturaleza social, económica y cultural, cuya implementación requiere, entre otros aspectos, la creación de estructuras destinadas a atenderlos y la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios, motivos por los cuales los derechos de contenido social, económico, o cultural, en principio, no involucran el poder para exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a trasmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una

---

<sup>34</sup> *Ibíd.* P 17

prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta a favor de un sujeto específico<sup>35</sup>.

Es así como el derecho a la salud se estructura como uno de carácter programático, cuya implementación depende de la disponibilidad de recursos, es decir su efectividad se subordina a factores coyunturales que le son ajenos. Así lo sostuvo la Corte constitucional en la sentencia T-645 de 1996:

La consagración del derecho a la salud como un derecho social, económico y cultural, evidencia la dimensión prestacional de este derecho. La cobertura, las condiciones y la eficiencia de la prestación del servicio de salud, necesariamente dependen del desarrollo económico y social del país, por lo mismo la ejecución del derecho a la salud se encuentra sujeto a la disponibilidad de recursos económicos y científicos que razonablemente se encuentren disponibles. Así pues, fuera del ámbito del suministro del mínimo vital del derecho fundamental, la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos y ocasionalmente de los particulares<sup>36</sup>.

Como se ha dicho anteriormente, el derecho a la salud al consagrarse constitucionalmente impuso al Estado ciertas obligaciones relacionadas con su carácter programático como fue la de organizar, dirigir y reglamentar, conforme a la ley y a los principios de la función administrativa y atendiendo a los derechos sociales señalados en la Constitución, un sistema prestacional de seguridad social en materia de salud, que comprende, por extensión, la protección de los derechos constitucionales a la vida y a la integridad física.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-645 de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

Igualmente impone obligaciones a las entidades prestadoras del servicio de salud, ya que deben prestar directamente o mediante un tercero, el suministro de atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exija el caso concreto de cada paciente, teniendo en cuenta su estado de gravedad; el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios.<sup>38</sup>

El carácter prestacional del derecho a la salud también ha incidido en el ámbito laboral, tal como lo determina la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 1998 al establecer que los beneficiarios del sistema de salud, no tienen por qué padecer las dificultades financieras que enfrenten sus empleadores, ni por las que puedan llegar a tener las entidades encargadas de prestar el servicio. Quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.

Adicionalmente, las relaciones patrimoniales y contractuales entre el empleador y la entidad prestadora del servicio de salud, también se han visto influenciadas por el carácter prestacional del derecho a la salud de la siguiente manera:

La relación laboral implica para el patrono, como una de sus obligaciones básicas, la de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios. La jurisprudencia ha destacado que tales obligaciones a

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-347 de 1997. MP. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

cargo del empleador deben ser cumplidas de manera oportuna, para evitar la suspensión de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y que la mora en llevar a cabo la afiliación, como en efectuar los aportes patronales o en consignar los recursos descontados al trabajador se refleja necesariamente en el traslado al patrono de la responsabilidad total, desde el punto de vista económico, por lo que respecta a los costos que demanden los servicios médicos, asistenciales, quirúrgicos, hospitalarios, terapéuticos y por concepto de suministro de medicamentos, tanto por causa de las dolencias de todo orden, físico o psicológico, que aquejen al trabajador y a su familia y demás beneficiarios, como por los accidentes y enfermedades de trabajo. La renuencia de la empresa se califica como omisión que cercena y amenaza derechos fundamentales, y por lo tanto puede ser objeto de acción de tutela<sup>39</sup>.

Finalmente, la idea de que la seguridad social en salud es un servicio público permanente también ha servido a la Corte para afirmar que debe suministrarse atención de urgencias tanto en días hábiles como festivos y de manera continua. Así en la sentencia T-111 de 1993, la Corte afirmó:

Las eventualidades que afectan o agravan las condiciones de salud de una persona dando lugar a lo que, por tal razón, se denomina "urgencia" no se pueden circunscribir a los días hábiles o de labor administrativa de una entidad de previsión y, por tanto, la atención médica -en su más amplio sentido- tiene que estar disponible para los afiliados de manera constante, motivo por el cual riñe con la normativa constitucional y atenta contra los más elementales derechos de la persona que la entidad obligada se desentienda de tan trascendental responsabilidad -inherente al concepto y al sentido de la seguridad social- durante los días festivos o de vacancia, dejando desprotegidos a los trabajadores que pagan precisamente para tener como

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-557 de 1998. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

contraprestación la disponibilidad de acceso permanente e inmediato a los correspondientes servicios<sup>40</sup>.

### **3.1. El Derecho a la salud como Derecho fundamental.**

El derecho a la salud es un derecho de carácter económico, social y cultural, sin embargo, de acuerdo a unas circunstancias o situaciones específicas puede llegar a adquirir el carácter de derecho fundamental.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha ofrecido tres criterios en los cuales el derecho a la salud deviene en un derecho fundamental:

- En razón de su conexidad con otros derechos fundamentales.
- Frente a sujetos de especial protección constitucional.
- Como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo.

La importancia de que el derecho a la salud sea considerado como fundamental, radica en su mecanismo de protección, ya que de esta manera se puede ser protegido a través de la acción de tutela.

Sin embargo, asumir que el derecho a la salud es fundamental bajo ciertos supuestos, no implica reconocer que la acción de tutela sea siempre procedente en relación con este derecho. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido tres requisitos generales que deben ser demostrados para su procedencia como mecanismo de protección del derecho a la salud:

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-111 de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo

(1) Que la persona involucrada posea un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa,

(2) Que tal derecho, en el caso concreto, encuentra una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales y

(3) Que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulta idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado<sup>41</sup>.

Que el demandante deba poseer un derecho subjetivo a la prestación que solicita, significa que el ordenamiento jurídico debe adscribir la obligación correlativa a una determinada entidad, definiendo con precisión las prestaciones que el sujeto puede exigirles y la atención que a esté le deben prestar. Así mismo, la jurisprudencia ha precisado que la amenaza de un derecho fundamental no debe ser hipotética. Esta amenaza implica la inminencia o proximidad del riesgo o una actualidad del mismo, una gravedad del riesgo, un grado de certeza y una posición subjetiva de impotencia del actor.

En los siguientes capítulos se describe la manera en como la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado cada una de estos criterios, sin embargo de una manera especial, se ha dado una importancia al derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, ya que su tratamiento jurisprudencial es el más reciente.

Gran cantidad de acciones de tutela en relación con el derecho a la salud tienen que ver con la negación por parte de entidades del sistema de medicamentos o tratamientos que se encuentran excluidos del POS. En otros casos, aun cuando

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

las prestaciones se encuentran dentro del POS, el paciente no ha cotizado el número de semanas necesario para acceder a dichas prestaciones. Frente a estos dos eventos, la Corte Constitucional ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela:

- 1) La falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado.
- 2) Se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- 3) El paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, y
- 4) El medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.<sup>42</sup>

### **3.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad.**

La jurisprudencia constitucional de manera reiterada, se ha encargado de definir a los derechos fundamentales por conexidad de la siguiente manera:

---

<sup>42</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. "EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2003 pag 48.

*Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida<sup>43</sup>.*

Tradicionalmente el derecho a la salud ha sido vinculado con los derechos fundamentales a la vida, a la vida digna y a la dignidad humana, hasta el punto de considerarse a la salud como un integrante natural de la vida, con la cual tiene una relación de género a especie.

De acuerdo a lo anterior, resultan cruciales en la protección del derecho a la salud mediante la acción de tutela, los conceptos de vida digna y calidad de vida. En efecto, se ha definido jurisprudencialmente que el derecho a la vida abarca no solo la mera supervivencia física, sino también una serie de condiciones que le hacen digna del ser humano y fomentan su bienestar:

Por consiguiente, toda situación que haga de la existencia del individuo un sufrimiento es contraria al derecho constitucional fundamental a la vida - entendiéndolo como el derecho a existir con dignidad-, por más que no suponga necesariamente el deceso de la persona y aún cuando no sea éste el caso, procede la intervención del juez de tutela para restablecer al titular en el goce pleno de su derecho, según las circunstancias del asunto puesto a su consideración. Lo contrario sería negar uno de los objetivos de la medicina y someter a la persona a un estado a todas luces indeseable, como esperar a que se encuentre al filo de la muerte como requisito esencial de la procedencia de la

---

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-491 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

acción de tutela para amparar, paradójicamente, el derecho a la vida. No solamente la muerte constituye la violación de este derecho, se repite, sino cualquier estado o situación que la convierta en un sufrimiento o en algo indeseable.

*“El dolor es una situación que hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad; más cuando es producido por una circunstancia superable, que no se deja atrás por intereses que repugnan con el principio de solidaridad dispuesto en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política y, sobre todo, cuando se pretende dar prevalencia a derechos puramente patrimoniales por sobre los de la persona humana<sup>44</sup> .*

Además del derecho a la vida, la Corte ha encontrado que en ciertos casos particulares, la violación del derecho a la salud conlleva la del derecho fundamental a la integridad personal, y a verse libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así en la sentencia T-489 de 1992, se explicó que:

*Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel cuando verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación.*

*El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.*

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-489 de 1992. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

(...).

*El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales<sup>45</sup>.*

En la anterior sentencia, también se estableció que el derecho a la salud se vincula con el derecho al trabajo, en la medida en que sufrir una enfermedad grave obstaculiza el desempeño laboral, por lo cual la atención oportuna de la salud del enfermo impide que se viole tal derecho fundamental.

### **3.1.2. El derecho a la salud como fundamental autónomo en relación con su contenido esencial.**

La Corte Constitucional ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y se traduce en un derecho subjetivo.<sup>46</sup>

En sentencia SU -819 de 1999 el alto tribunal manifestó que:

Los derechos a la salud y a la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, “Los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>46</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. O.p. Cit. P 45.

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva.

Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico<sup>47</sup>.

Posteriormente en sentencia T-859 de 2003 la Corte Constitucional precisó que:

(...) son fundamentales aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

La definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad humana y su traducibilidad en derechos subjetivos, no está sometida a la libre apreciación del juez. Este, al igual que todos los

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999. MP. Álvaro Tafur Galvis.

operadores jurídicos, está sujeto a reglas y pautas propias del sistema jurídico que permiten, en muchos casos, hacer tal calificación. Tales reglas y pautas no se limitan a elementos de derecho positivo, sino que incluye la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos aquellos raciocinios que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas. Por así decirlo, conforman elementos de juicio el arsenal argumentativo de todo aquello que resulta relevante para la ciencia del derecho. Claro está, tendrán especial relevancia las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia u opinión de los jueces u organismos cuasijudiciales que tienen por función la definición del sentido de las normas positivas. La Constitución, precisamente, indica que, en punto a los derechos constitucionales, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia constituyen pauta de interpretación, razón por la cual ha de tenerse en cuenta la posición de los intérpretes autorizados de tales tratados. Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93<sup>48</sup>).

De acuerdo a lo anterior, era necesario establecer la posibilidad de que el derecho a la salud pudiera comportar una relación funcional con el logro de la dignidad humana y que éste fuera a su vez traducible en derechos subjetivos, razón por la cual la Corte Constitucional realizó las siguientes consideraciones:

(...) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en su observación N°14: “Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)”. De conformidad con lo establecido por el Comité

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

en dicha oportunidad (i) el derecho a la salud se estima fundamental; (ii) comprende el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y (iii) la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos complementarios.

De lo anterior se desprende que, en sí mismo, el derecho a la salud –sin perjuicio de situaciones puntuales como los mínimos de atención y satisfacción obligatorios (obligaciones básicas) y la puesta en peligro de derechos fundamentales como la vida o el mínimo vital- no es fundamental, pues si bien es cierto está funcionalmente dirigido al logro de la dignidad humana, no es posible traducirlo en derechos subjetivos. Sobre lo último, debe observarse que la misma Observación General N°14 demanda del Estado la adopción de un plan de salud, una legislación complementaria a dicho plan y la asignación de recursos. Así las cosas, y tal como se señaló en sentencia SU-111 de 1997, la efectividad del derecho a la salud, como de otros derechos que tienen clara naturaleza prestacional, dependen de una actividad del Estado, que se enmarca en una serie de políticas públicas, adoptadas democráticamente.

Así las cosas, prima facie sin la existencia de dicho plan de salud o marco legal del sistema nacional de salud, no es posible derivar un derecho subjetivo a la prestación de la salud. Lo anterior, claro está no impide el reconocimiento de una pretensión subjetiva cuando el Estado, en tanto que garante del derecho a la salud, omite cumplir sus funciones y deberes de protección violando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que, entre otras, tales violaciones se presentan cuando el Estado (i) es renuente en cumplir las obligaciones, (ii) cuando alega incapacidad para incumplirlas, pero es claro que no ha utilizado el máximo de recursos para cumplir y (iii) cuando adopta, sin justificación alguna, medidas

regresivas. Además, se indican violaciones puntuales a los deberes de respetar, cumplir y proteger.

(...). Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.- La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

(...). La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este

escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”<sup>49</sup>

El criterio jurisprudencial expuesto anteriormente, fue reiterado nuevamente en la sentencia T-860 de 2003, de la siguiente manera:

Que la garantía del derecho a la salud de la población deba ser interpretada desde la perspectiva de la progresividad, no significa que los Estados puedan ampararse en la falta de recursos para desatender integralmente su obligación. Por el contrario, la Observación General en mención contempla el deber primordial de los Estados de adoptar un sistema nacional de salud y seguridad social, con la correspondiente asignación de recursos suficientes para el mantenimiento del mismo. Es en el marco de la definición de las prestaciones que deberán ofrecerse a la población, que el Estado reduce el margen de indeterminación que pueda predicarse del derecho a la salud y lo traduce en obligaciones ciertas de quienes están encargados de brindar dicho servicio (ya sean entes privados, públicos o mixtos).

En suma, dado el carácter prestacional y asistencial del derecho a la salud, la Observación General 14, tomando en consideración la limitación de recursos que afecta a muchos países, recalca el carácter progresivo de la garantía integral del mismo. En todo caso, las Naciones tienen el deber de diseñar e implementar políticas públicas en salud que, mediante un sistema nacional, ofrezca certeza respecto de las prestaciones que obligatoriamente tienen que brindar los entes responsables de las mismas. “El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela.

En el caso colombiano, el sistema nacional de salud, que según el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe diseñarse para garantizar el nivel más alto posible de salud física y mental, identifica y define los procedimientos, medicamentos e intervenciones a los cuales tienen derecho los beneficiarios del mismo. En esta instancia las prestaciones indeterminadas del derecho a la salud se traducen en obligaciones ciertas que los ciudadanos pueden reclamar a través de las instancias judiciales o administrativas que en cada estado se hayan diseñado para tal efecto.

En conclusión, el sistema de salud que se ha implementado contempla las prestaciones que son de obligatorio cumplimiento para los entes encargados de las mismas y reconoce a los ciudadanos el derecho a perseguir su satisfacción, bien sea por vía administrativa o judicial. El Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S) y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (P.O.S) –adoptados en la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias– especifican el contenido del derecho a la salud de la población colombiana y, por eso mismo, dan cuenta de la traducción de meras prestaciones asistenciales voluntarias en clave de derechos subjetivos. Es, en consecuencia, a los beneficios consagrados en estos planes – según se trate

del régimen contributivo o del subsidiado- que los ciudadanos tienen un derecho fundamental determinado y exigible.

(...).

Los contenidos propios del Plan Obligatorio de Salud –bien sea del régimen contributivo o del subsidiado -, devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental autónomo, para los ciudadanos. Si, dado este presupuesto, es negado el acceso a alguno de los beneficios que se erigen en contenido determinado del derecho a la salud, se estaría en presencia de la violación de un derecho fundamental, cuya protección puede ser invocada de manera autónoma y directa. Tratándose del análisis de procedibilidad de la acción de tutela, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental –como la vida o el mínimo vital- para dar paso al estudio de fondo de la presunta vulneración. Sí es, en cambio, imperativo considerar si, en el caso concreto, existe otro medio de defensa judicial efectivo para amparar las garantías básicas puestas en peligro. Dado que esta consideración no puede hacerse en abstracto, se debe dar cuenta, según las circunstancias, de la efectividad de dicho medio de defensa judicial.<sup>50</sup>

De igual forma, en la sentencia T-538 de 2004 la Corte precisó que cuando se afecta un mínimo de condiciones a través del cual las personas aseguran sus propias vidas, es procedente que el juez evite la vulneración del derecho fundamental a la salud, ordenando la aplicación de las regulaciones previstas, pues su desconocimiento afecta directamente derechos fundamentales y produce perjuicios que dependiendo del caso, pueden llegar a ser irremediables.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-860 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-538 de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Así mismo, indicó que el amparo constitucional debe ser concedido, cuando puede constatar que quienes prestan los servicios de salud, inaplican una norma existente y ponen con ese hecho, en riesgo la vida de sus afiliados. En ese sentido:

No brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud. En éstos eventos, la labor del juez consiste en desplegar su actividad a la constatación de la omisión de una obligación de hacer por parte de alguna entidad que brinda el servicio de salud, que con éste actuar vulnera el derecho a la igualdad y a la vida. Probados los hechos, está facultado para ordenar que esa situación sea corregida, tal y como ésta Corporación lo ha hecho entre otras, en las sentencias T - 282 de 1999, T – 859 de 2003 y T – 860 de 2003.<sup>52</sup>

Y finalmente, en sentencia T-219 de 2005, la Corte preciso que:

En el caso colombiano, será entonces fundamental el derecho a reclamar las prestaciones contenidas en el Plan de Atención Básico (P.A.B.), en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo (P.O.S.) y el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado (P.O.S.-S.), según corresponda, planes previstos por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, y que comprenden los tratamientos, procedimientos, intervenciones y demás actividades médicas de obligatorio cumplimiento para las E.P.S., A.R.S. y demás instituciones de salud encargadas de la prestación de servicios médicos en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1076 de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>53</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-219 de 2005. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

## **CAPITULO IV**

### **4. DECRETOS DE EMERGENCIA SOCIAL Y SU AFECTACIÓN**

Con la puesta en vigencia de la ley 100 de 1993, numerosos actores públicos y privados denunciaron la evidente problemática que surgiría eventualmente, años después, con las pocas contribuciones de carácter económico estaba generando el sistema de salud dada la mala relación que había y que tiende a empeorar entre el numero de aportes en el régimen contributivo y los afiliados por el régimen subsidiado.

Esta mala relación, se había calculado, en los gestores de la iniciativa que dió nacimiento a la ley 100 de 1993, de una forma incorrecta puesto que preveía un escenario futuro en el cual el sistema iba a ser auto sostenible sencillamente, porque el empleo formal en Colombia iba a aumentar. Dicho supuesto, cuya justificación era inexistente, sirvió de base para la creación técnica de un mecanismo presupuestal deficiente.

También hay factores coyunturales no tomados en cuenta a la hora de proyectar lo que sería la ley 100 de 1993. Existe pues, un factor que ataca toda la viabilidad del sistema y que, curiosamente no es el desempleo en sí sino una consecuencia del mismo: la informalidad.

La informalidad es la antesala a la posible reducción de los aportantes al sistema de salud colombiano, es un factor de resta, en este paradigma de causalidad, en síntesis, la informalidad tiene dos factores a determinar: a) la informalidad como opción de trabajo e ingresos para quienes no tienen una vía formal para obtenerlos y b) la informalidad proveniente de quienes habían sido hasta hace poco, empleados formalmente establecidos. Este ultimo factor, representa el peligro mas importante que el sistema puede afrontar, se trata, de hecho, según el

departamento nacional de planeación, de una la informalidad que representa aproximadamente el 50% de la economía colombiana, una cifra nada despreciable que cada día recoge mas adeptos, esto sin mencionar todos los procesos de reestructuración y de automatización estatal y privada de los procesos de producción que generalmente ocasionan menos demanda de mano de obra de cualquier tipo.

No existe tampoco marco jurídico alguno que pretenda subsanar la problemática de la informalidad, existe, eso si, la posibilidad voluntaria de aportar al sistema declarándose trabajador independiente, sin embargo, aun para quienes voluntariamente desean aportar al sistema, se les establece un sistema complejo en cuanto a la tramitología necesaria. Existe pues, un amplio espectro de personas en condición de trabajo informal que podrían fácilmente aportar al sistema pero de quienes el estado incluso desconoce su existencia, tanto es asi, que el propio departamento administrativo de planeación ha reconocido ello en sus informes. El problema de la medición efectiva de la informalidad también afecta al sistema de salud colombiano.

No obstante lo anterior, y aun ante la existencia de un problema gravísimo de informalidad en el empleo, el sistema de salud colombiano adolece de otra clase de problemáticas que tampoco se previnieron, una de ellas es el costo de tratamientos y de medicamentos para los cuales no se estableció una regulación eficiente, la falta de unificación de los aportes en salud (que solo se empezó a solucionar con la implementación de la pila, a finales del años 2008), la falta de orden administrativo, de estudios actuariales y de mecanismos de gestión eficientes, la falta de investigación judicial y de los organismos de control con respecto a las entidades que presentaban grandes faltas de corrupción y la levedad normativa en cuanto el inicio de estas, la falta de una política tendiente específicamente a generar un sistema económicamente viable y no solamente a garantizar los derechos de la salud de los colombianos, la malversación de los

fondos destinados a la salud en la creación de inversiones y sistemas financieros adversos orientados para la creación de gasto público y por último pero no menos importante, la falta de unas normas exigentes con los ingresos de las eps y su funcionamiento; todas estas situaciones problemáticas eran fácilmente prevenibles y más, teniendo en cuenta el anacrónico estado de las entidades estatales durante la década de los 80, y muy a sabiendas de todas las herramientas que ahora, con la novedad normativa que significó la constitución de 1991 se podrían haber implementado y plasmado en la creación de la ley 100 de 1993.

La crisis de la salud en Colombia fue entonces una manifestación sintomática de la falta de previsión normativa en los establecimientos y fundamentos nomoárquicos de la ley 100 de 1993 más que ser una consecuencia directa de la problemática social puesto que fue y ha sido, la consecuencia de un trasfondo negativo en las herramientas jurídicas establecidas para manejarla y peor aún en las consecuencias de la forma como se dispuso su ejecución.

En el año 2009, el gobierno colombiano, cito a varios de sus asesores para analizar la crisis del sistema de salud, curiosamente, el antecedente inmediato de la misma había sido la queja por parte de las eps y no los indicadores en sí. El gobierno reunió a sus más altos asesores de la oficina jurídica de la presidencia y también a algunos miembros del ministerio social con el fin de realizar toda una serie de aplicaciones normativas tendientes a solucionar la aguda crisis que se estaba presentando, curiosamente, el gobierno, no llamó para su creación a los demás miembros del consejo nacional para la seguridad en salud cnsss ni a todos los demás actores del sistema, creando entonces un marco normativo de acuerdo a la representación de su línea de pero desconociendo por dicha vía la pluralidad de actores dentro del sistema, esta serie de aplicaciones normativas es lo que meses después, justo en el 2010, conoceríamos como: decretos de emergencia social.

#### **4.1 El Caso Del Decreto 75**

El decreto 75 de 2010, expedido en virtud de la declaratoria de emergencia social contenida en el decreto 4975 de 2009 crea toda una serie de prerrogativas estatales especiales en materia de conciliación cuando se trata de los dineros que componen el flujo del sistema de salud colombiano y, en ultimas, de los conflictos relacionados entre las diversas entidades de salud y el estado con relación al pago que el mismo estado hace o no de ellos y su flujo financiero.

El decreto fue realizado con base en garantizar el goce efectivo del derecho a la salud toda vez que como consecuencia directa de la poca liquidez financiera de algunas entidades que prestan el servicio de salud en Colombia, surgieron entonces las motivaciones para que este ultimo tratara de resolver un mecanismo mas ágil y expedido para lograr así la trasferencia habitual de dinero, el flujo financiero, en síntesis, necesario para que la liquidez se mantenga en el tiempo y así los servicios y la importación de medicamentos no se vean afectados. Ya habían surgido numerosas quejas ante los medios de comunicación por parte de las Eps manifestando su disconformidad por la situación presentada por la falta de liquidez y pidiendo mecanismos mas oportunos, el sistema enfrentaba un posible abandono masivo por parte de las Eps ante tal eventualidad.

El decreto establece entonces toda una serie de mecanismos por medio de los cuales los agentes del ministerio publico pasan a tener facultades extraordinarias en materia de conciliación administrativa cuando se trate de la transferencia de recursos del sistema de salud colombiano a las instituciones respectivas, sin embargo, se les otorga también la facultad para realizar transacciones sobre los mismos diferendos, flexibilizando así, de tajo, el traspaso de recursos a las entidades del sector salud y eliminando de una manera atípica toda una serie de

mecanismos administrativos y de procedimientos legalmente establecidos por la ley para gestionar el eficiente traspaso de dichos recursos, convirtiéndolo prácticamente en un proceso de carácter discrecional concentrado en los funcionarios del ministerio publico.

No obstante lo anterior y en cumplimiento de la celeridad como uno de los principios rectores del mencionado decreto, el artículo 5 del mismo establece un plazo de 3 días al agente encargado del ministerio publico para que resuelva oportunamente las solicitudes de acuerdos conciliatorios previo mutuo acuerdo con los interesados y aun así: sin necesidad alguna de realizar una audiencia especial para tales efectos. Dichos 5 días podrán reiniciarse en caso tal de que dicho agente decida practicar pruebas o solicitar informaciones necesarias para la toma de la respectiva decisión.

Lo mismo sucede con los jueces de la república de la jurisdicción contencioso administrativa, quienes son los encargados de realizarle un control legal y constitucional a los acuerdos suscritos y aprobados por el ministerio publico, se repite entonces el mismo procedimiento anterior pero ahora con la excepción de que en vez de 3 días los jueces tienen 5 días para resolverlo. Es importante mencionar que el decreto no hace claridad con relación a si dichos días deberán ser o no hábiles, situándolos sencillamente como los días siguientes al recibo de la información que permita iniciar el procedimiento particular, bien sea el agente del ministerio publico o el juez de la republica en su control posterior.

En sus artículos 6,7 y 8 el decreto le otorga una gran libertad al agente del ministerio publico para realizar los procesos de conciliación ó transacción respetivo, pudiendo este acordar los mecanismos que sirvan como base de criterio para la realización de dichos procedimientos con los interesados y siendo flexible, en extremo, con la manera como cada funcionario decida realizar el proceso imperando así un estado de poca reglamentación y mera discrecionalidad. Sin

embargo, lo mas atípico corresponde a lo establecido en el artículo 7 toda vez que insólitamente se le confiere a los agentes del ministerio publico la capacidad de ordenar la ejecución del acuerdo aún si todavía no se ha dado el control judicial, obviamente, previo cumplimiento de unas garantías determinadas establecidas con el sector financiero.

Por ultimo, vislumbra entre todo lo anterior las funciones jurisdiccionales añadidas por el decreto a los jueces cuando se trata de realizar el control sobre las decisiones que en materia de conciliación o transacción desarrollen los agentes del ministerio publico, se le otorga a los jueces la facultad de incluso otorgar descuentos o compensaciones a las entidades del sector salud cuando así lo consideren y una vez se hubiese ejecutado un acuerdo por parte de un agente del ministerio publico antes de que dicho control judicial se efectuase.

#### **4.2. El Caso Del Decreto 128 De 2010**

Cuando hablamos de la crisis del sector de la salud en Colombia, resalta por su importancia el protagonista indiscutible de todo lo que tiene que ver con el sector, dicha problemática se le ha salido de las manos al gobierno y es, quizás, el principal motivante para la realización de los decretos de emergencia social, el tema no podría ser otro distinto al de: las prestaciones excepcionales en salud.

El decreto 128 de 2010 se refiere a un supuesto económico para motivar su realización como todo los demás decretos de emergencia social, sin embargo, a pesar de que todos están influenciados por la economía del sistema no todas las características traídas a consecuencia de estos tienen que ver necesariamente con dicho índole, en dichos decretos tenemos implementaciones que buscan regular el funcionamiento del sistema de salud, así como también otras que buscan regular temas accesorios tales como el suministro de medicamentos, de bienes y de servicios en general, pues bien, este no es definitivamente el caso

ante la realización del decreto 128 puesto que si bien este tocó un tema que es de vital importancia para el funcionamiento del sistema de salud colombiano en general tiene más bien un enfoque específico de carácter económico tendiente a mermar el coste de a las contingencias generadas a partir de la prestación de servicios excepcionales en salud, entendidas éstas como los servicios y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud.

En Colombia, la demanda de servicios y medicamentos producto de estas excepcionales sufrió un crecimiento abrupto en los últimos años, esto en parte, por los efectos derivados de diversos fallos constitucionales originados por ejercicio ciudadano de la acción de tutela, para bien o para mal, las prestaciones excepcionales en salud han generado un grave deterioro de la liquidez de numerosas empresas de la salud e instituciones públicas y de la sostenibilidad del sistema general de seguridad social en salud, lo cual podría terminar en un riesgo a la continuidad en la prestación del servicio y del goce del derecho a la salud y a la vida entre otros derechos fundamentales constitucionales y derechos fundamentales por conexidad derivados de ello.

Sorprende además el carácter paradójico que pueda tener una de las otras causas que han generado la problemática de las prestaciones excepcionales en salud y que tiene que ver con el desorden normativo derivado del incumplimiento por parte del gobierno a diversas exigencias de carácter jurisprudencial que pretendían, en últimas, que este definiera de manera reglamentaria el acceso a estos servicios excepcionales, bien sea dentro de la posible inclusión en los diversos planes obligatorios de salud o mediante una reglamentación directa de importación de medicamentos y a la implementación de servicios médicos relacionados con ellos.

Con el decreto 128 de 2010, se creó una nueva polémica y quizás la polémica más importante de todas en cuanto a la implementación de los decretos de emergencia social, puesto que el gobierno se motivó en la exigencia a los afiliados

para que éstos asuman parte de los costos de las prestaciones excepcionales en salud previa consulta de su capacidad de pago, lo cual generó una polémica acentuada, en síntesis, este decreto fue hecho pensando específicamente en dicha exigencia.

En su capítulo uno, disposiciones generales, se define el ámbito de aplicación del decreto 128 de 2010, también se hace una definición de las prestaciones excepcionales siendo estas aquellas atenciones que excedan a las incluidas en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, que requieran de manera extraordinaria las personas afiliadas al régimen general de seguridad social en salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado. Se definen como principios para el otorgamiento de las prestaciones excepcionales en salud los siguientes: necesidad, pertinencia, priorización, excepcionalidad, razónabilidad, subsidiariedad y finitud. El decreto se ocupa de definir el alcance de las prestaciones excepcionales en salud, estipulando que en ningún caso se podrán considerar como prestaciones excepcionales en salud aquellas que no corresponden a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

En su capítulo dos, el decreto realiza toda una implementación normativa en la materia al crear el fondo de prestaciones excepcionales en salud, Fonpres, como una cuenta adscrita además al ministerio de la protección social, sin personería jurídica y planta de personal propia, administrada a través de un patrimonio autónomo y regida por el derecho privado. Este fondo surge para atender los gastos inherentes a la operación, administración, gestión y funcionamiento del sistema de las prestaciones excepcionales en salud, se establece además quienes son los representantes que conformarán el Consejo de administración del Fonpres (además de otorgársele unas funciones determinadas) así:

1. El Ministro de la Protección Social o su delegado, quien lo presidirá.

2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
4. El Director del Instituto Nacional de Salud.-INS.
5. El Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA.
6. El Secretario de la Comisión Nacional de precios de Medicamentos o quien haga sus veces.
7. Un representante del Presidente de la República.

Los recursos del fondo se financiarán de lo obtenido en los impuestos a las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar, lo que no ocurre con la financiación de las prestaciones excepcionales en salud en general, ya que como se había mencionado, estas correrán total o parcialmente a cargo del afiliado dependiendo de toda una serie de estudios sobre su real capacidad de pago. Por último, el capítulo segundo regula lo atinente al pago de las prestaciones excepcionales en salud y el papel de los gestores en ello y establece que el Fonpres estará sujeto a la inspección, vigilancia y control por parte de la superintendencia nacional de salud.

Quizás en su capítulo más importante, el tercero, el decreto se encarga de regular el otorgamiento de las prestaciones excepcionales en salud estableciendo así que los comités técnicos de prestaciones excepcionales en salud serán los encargados de definir sobre la procedencia de la autorización de las prestaciones excepcionales en salud que hayan sido prescritas o formuladas por el médico

tratante, y que serán también quienes definan las guías, protocolos, recomendaciones o doctrina médica remitida para dichas prestaciones basados no sólo en los principios contemplados en el presente decreto sino también en evidencia científica. Resulta de extrema importancia el artículo 15 de dicho decreto que trata sobre la capacidad de pago autorización de prestaciones excepcionales en salud y que dice lo siguiente:

**ARTICULO 15.** Capacidad de pago. La autorización de prestaciones excepcionales en salud que serán cofinanciadas por el Fonpres procederá previa verificación de la capacidad real de pago del afiliado, a partir de la cual se determinará si el solicitante o su grupo familiar pueden costearlo en su totalidad, o la proporción en que puedan asumirlo, teniendo en cuenta su nivel de ingreso y/o su capacidad patrimonial, entre otros criterios. Los operadores públicos y privados de bancos de información y/o bases de datos reportarán la información relevante para establecer la capacidad real de pago a las instancias que designe el Gobierno Nacional, para realizar la verificación en la forma y condiciones que se defina mediante decreto reglamentario. Esta información mantendrá la protección de datos personales a que hace referencia la Ley 1266 de 2009.

Conforme a lo anterior se establecen facilidades de pago para los pacientes a través de esquemas de financiación de diversos actores tales como el sector financiero, el cooperativo y las cajas de compensación familiar, en este punto, se había estipulado que para cubrir las obligaciones derivadas de las prestaciones seccionales en salud “los afiliados también podrán utilizar parcial o totalmente el saldo sin comprometer, que mantengan en su cuenta individual de Cesantías, ya sea de manera directa o mediante su pignoración.”. El uso de las cesantías para tal fin tuvo que ser aclarado posteriormente a raíz de la extensa polémica surgida al respecto.

Por último, se establece en el capítulo cuarto de transición para el otorgamiento de prestaciones excepcionales en salud, que básicamente, trata de la financiación del Fonpres, de la actuación de los comités técnico científicos, de reconocimiento y pago de recursos por prestaciones excepcionales en salud y de la actuación del fondo de solidaridad y garantía “Fosyga” mientras el Fonpres asume totalmente sus funciones.

#### **4.3 El Caso Del Decreto 130 De 2010**

La financiación del sistema de salud colombiano es sin duda la problemática central de todo el sistema de salud, el mas importante y protagónico de todos.

Con un ingente gasto que sube cada vez mas de manera exponencial, Colombia se encuentra ante un escenario difícil, si se quiere, que podría desencadenar a corto y mediano plazo en la paralización total del sistema, la falta de recursos constituye otra de las mencionadas faltas de planeación que los distintos gobiernos de turno incurrieron posterior a la vigencia de la 100 de 1993.

Sin embargo, la lectura anterior sorprende a propios y extraños cuando se analiza a fondo la realidad del sistema y se descubre que, paradójicamente, el sistema tiene dinero suficiente, según Mauricio Torres, en su artículo “colombia: sin derecho a la salud” elaborado para el internacional peace observatory la fluidez financiera existe: “al estudiar la cartera del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), se observa que hay gran cantidad de dinero. A finales de 2009 se contaba aproximadamente con 6,5 billones de pesos. Lo que sucede es que estos en su mayoría (93,7%) se encuentran en inversiones (2,7% en CDT, 18 en TDA, 0,3% en Bonos y 79 en TES)<sup>3</sup>. Con estos dineros que hay en el Fosyga, es evidente que resulta factible pagar las deudas que el Fondo tiene con las EPS del contributivo, con los municipios y con las IPS, las cuales ascienden a cerca de \$

2,5 billones de pesos” de lo anterior se podría inferir que en realidad el flujo financiero del sistema ha sido destinado a gasto publico ordinario, para lo cual nos encontramos ante un elemento importante pero no considerado por el gobierno a la hora de implementar los decretos de emergencia social y mas específicamente el decreto 130. La realidad es simple, mientras que el gobierno busca solventar la crisis en el sector salud por falta de liquidez y busca recursos en terceros, justo al mismo tiempo, tiene billones de pesos en bonos públicos acumulados y destinados para efectos diferentes a la salud misma: gasto publico ordinario.

Si bien la destinación oficial que se hace de los recursos del sistema de salud colombiano por parte del gobierno es un elemento a considerar, también lo es el hecho irrefutable de que a su vez las entidades promotoras de salud han aumentado de manera considerable su patrimonio, razón por la cual las motivaciones referentes a la crisis financieras resultan mas paradójicas, de acuerdo con Mauricio torres en el articulo anteriormente referenciado “Ahora, frente a la situación de las EPS, se observa que desde hace varios años han entrado en una tendencia oligopólica y cinco de ellas están entre las 100 empresas más grandes de Colombia. El patrimonio de las EPS pasó de \$531.089 millones en marzo de 2007 a \$574.613 millones a la misma fecha de año 20084. Saludcoop nació en 1994 con 2.500 millones de pesos de capital y hoy cuenta con un patrimonio de 439.391 millones de pesos, es decir, que en 16 años aumentó en 176 veces su patrimonio”.

Siguiendo con los motivos que impulsaron la realización del decreto 130 de 2010, que son elementalmente financieros, el gobierno colombiano decidió acudir a la propia constitución como elemento residual de justificación no solo en el sentido de que esta garantiza la salud de los colombianos sino también en el sentido de que el articulo 336 de la constitución política establece que las rentas obtenidas del ejercicio de los monopolios de suerte y azar están destinadas a financiar los servicios de salud, razón que obsta para que sea dicho gremio de la economía el

que conlleve la carga impositiva emprendida en dicho decreto, en ultimas, el sector que deba de suplir el déficit financiero del sector salud.

En su capítulo primero, “destinación y flujo de recursos” el decreto se mete de lleno con la regulación de los premios no cobrados en materia de juegos de suerte y azar destinándolos a los fondos de la salud, regulando que pasará en caso de que dichos premios no se reclamen, estableciendo un termino de prescripción para su reclamo y un procedimiento para el mismo, además, dicho capítulo toca también el tema de las reservas que las casas de juegos de suerte y azar tienen sobre los premios que no se han reclamado y que se causaron con anterioridad a diciembre 31 de 2009 apropiándose de las mismas y destinándolas para la salud.

También desarrolla un mecanismo mas expedito para el giro de los derechos de explotación de las apuestas permanentes de manera tal que sea mucho mas rápido su giro a las entidades de la salud destinadas para tal caso, se mete con el tema de los gastos de administración modificando para ello el artículo 9 de la ley 643 de 2001 e incluso, dicho capítulo trata del tema de la operación de juegos localizados en cruceros que estén atracados en puertos o bahías colombianas. También, en su artículo 5 trata el tema de la explotación en juegos novedosos.

Sin embargo, lo mas importante de esta erupción normativa, en el primer capítulo, lo corresponde sin duda la modificación de los porcentajes de la destinación de rentas del monopolio, determinando que porcentaje va a cada rubro en materia de salud y estableciendo como prioridad un 68% de los mismos a la destinación para subsidios a la demanda y prestación de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.

En su segundo capítulo, el decreto habla del fortalecimiento del monopolio para la eficiencia y generación de rentas, entre otras cosas, establece condiciones nuevas de operación para las concesiones modificando así la ley y 643 de 2001, también hace una modificación de esta ley con respecto a la comercialización de lotería a través de canales electrónicos estableciendo de que a pesar de que dicha comercialización se dé, ello no obsta para que esta se transforme en juegos novedosos, igualmente, modifica la administración de las loterías, aspecto regulado por el artículo 14 de la ley 643 de 2001, y establece qué tipo de sociedades y qué tipo de entidades públicas serán las encargadas de dicha administración, así como también aclara el rol que desempeñarán las entidades territoriales.

Se hace todo un revolcón normativo al modificarse las modalidades de explotación y administración asociada en las loterías, se modernizan algunos aspectos relativos a la operación en línea, así como también se modifica todo lo que tiene que ver con los eventos de carácter hípico.

En su capítulo tercero, la ley regula todo lo que tiene que ver con el control a la ilegalidad y fiscalización de los juegos de suerte y azar, estableciendo toda una serie de parámetros electrónicos o de conectividad que contemplen así el mejor uso de las herramientas de seguridad y alta tecnología, así como también controla el juego ilegal para lo cual se le otorga a los administradores el deber de controlar la operación ilegal de los juegos de suerte y azar.

Se les concede facultades a determinadas entidades tales como las administradoras del monopolio, y la superintendencia nacional de salud para que realicen el control y revisión de establecimientos, y en general, facultades de inspección, vigilancia y control, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 45 de la ley 643 de 2001, se les concede la inmediata clausura o liquidación de los juegos que no estén autorizados, se le concede a la policía nacional la facultad de

decomisar todos aquellos bienes y elementos que sirvan a la operación ilegal o prohibida, y sin mayor procedimiento al respecto, se establece que dichos elementos podrán ser rematados y que su valor se podrá destinar al fondo de prestaciones excepcionales en salud, Fonpres. Se establece también el rol de los entes territoriales respecto a este remate, así como también se establecen sanciones de multa para quienes incumplan régimen legal del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, que pueden llegar hasta los 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya designación se hará al fondo anticorrupción del sector salud.

Se cambia la definición de los juegos de suerte y de azar, establecida en el artículo cinco de la ley 643 del año 2001, la cual quedará así:

ARTICULO 5 Definición de Juegos de Suerte y Azar. Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, las competencias depuro pasatiempo o recreo, los sorteos promocionales que realicen para impulsar sus ventas los comerciantes, industriales o los operadores de juegos de suerte y azar, los sorteos de las beneficencias departamentales para desarrollar su objeto y los sorteos que efectúen directamente las sociedades de capitalización. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar establecerá las condiciones de operación, periodicidad, autorizaciones y garantías, de estos sorteos excluidos, a efectos de controlar su incidencia en la eficiencia y las rentas del monopolio.

También se regula la explotación de eventos gallísticos y caninos y se concede a facultad de los municipios la disposición de su operación a través de terceros por autorización. Se le concede a la dirección de impuestos y aduanas nacionales DIAN, la administración de derechos de explotación sobre los juegos de suerte y azar administrados por entidades del nivel nacional, lo que no sucede con los

entes territoriales ya que en estos últimos se establece por defecto dicha facultad encabeza de las entidades públicas administradoras del monopolio, o en su defecto, por el gobernador o alcalde, respectivamente, o por la entidad respectiva del nivel territorial que se determine.

Se regula lo ateniende a las sanciones por evasión de los derechos de explotación, para lo cual se determinan toda una serie de situaciones específicas, se establece que para el cobro de rentas, derechos de explotación y sanciones se aplicará el procedimiento de cobro coactivo consagrado en el estatuto tributario.

También se regula lo que tiene que ver con el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, así como también lo que tiene que ver con el interventor en los juegos de suerte y azar y por último, con la destinación de las sanciones interpuestas a los generadores de recursos, que en este caso, serán destinadas al fondo de prestaciones excepcionales en salud, Fonpres.

En su capítulo cuatro, el último de este decreto, el gobierno nacional regula todo lo que tiene que ver con el monopolio rentístico en general, de este modo, se crea la Comisión de regulación de juegos de suerte y azar, con domicilio en la ciudad de Bogotá, distrito capital, dicha Comisión es una entidad administrativa especial de carácter técnico con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al ministerio de la protección social.

Las funciones de dicha comisión son las siguientes:

1. Definir las políticas de explotación, administración y operación de los juegos de suerte y azar.
2. Dirigir la elaboración de investigaciones y estudios especiales sobre el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

3. Proponer mecanismos que sirvan de apoyo al mejor desempeño de la administración y operación de juegos de suerte y azar.
4. Aprobar tipos o modalidades de juegos de suerte y azar que no se encuentren regulados en la ley y que puedan operarse en el territorio nacional, así como aprobar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia.
5. Preparar, aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de los distintos juegos de suerte y azar.
6. Determinar los criterios de estructuración y evaluación técnica y de factibilidad de las ofertas de autorización y contratación para la operación de los juegos de suerte y azar.
7. Establecer los derechos de explotación que deben pagar las personas que soliciten y reciban autorización de operar juegos de suerte y azar en el territorio nacional, de conformidad con la ley.
8. Evaluar el cumplimiento de las metas trazadas en la operación de juegos de suerte y azar.
9. Calificar anualmente la gestión y eficiencia de las personas que operen juegos de suerte y azar, así como hacer seguimiento a los planes de desempeño de las mismas.
10. Diseñar y proponer estrategias para fiscalizar y controlar la evasión y elusión de los derechos de explotación de juegos de suerte y azar.

11. Definir los indicadores de gestión y eficiencia para evaluar las entidades públicas, del orden nacional o territorial, y los particulares que operen juegos de suerte y azar.

12. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas públicas operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas. Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.

13. Administrar los juegos de suerte y azar a su cargo.

14. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar. 15. Hacer seguimiento y control de las funciones asignadas al Director de Administración de Juegos.

16. Señalar los criterios para garantizar el cumplimiento de las normas y la transparencia de las contrataciones, así como hacer seguimiento a su cumplimiento.

17. Expedir su propio reglamento.

18. Las demás que las disposiciones legales y reglamentarias le asignen.

Se determinan también la organización de la Comisión en general, cuyas decisiones se harán a través del Consejo de comisionados, se establece quienes conforman el Consejo de comisionados en el artículo 32 del decreto, se crea también la figura del comisionado experto.

Por último, además se establece que la dirección de administración de juegos y la financiación de la Comisión de regulación de juegos de suerte y azar, que será a cargo del presupuesto General de la nación y se establece que las referencias legales vigentes con relación al Consejo Nacional de juegos de suerte y azar deben entenderse referidas a la Comisión de regulación de juegos de suerte y azar.

#### **4.4. El Caso Del Decreto 131 De 2010.**

Junto con el decreto 128 del año 2010, el decreto 131 sería entonces el más importante, dicho decreto trata sobre la creación del sistema técnico científico en salud, y de paso, regula la autonomía profesional de los médicos y odontólogos y define aspectos del aseguramiento en el plan de obligatorio de salud.

Es importante mencionar que el decreto hace sendas modificaciones a leyes existentes entre ellas las que tienen que ver con la autonomía profesional de los médicos y odontólogos, entre ellas: la ley 23 de 1981, la ley 35 de 1989, la ley 11 64 2007 y la ley 11 22 de 2007, todo esto porque la modificación a un tema tan profundo debe estar necesariamente acompañada con la modificación de múltiples factores legales que no estaban consagrados solamente en una ley determinada sino que atendiendo a su naturaleza estaba más bien difuminados dentro del marco normativo del sistema de seguridad social en salud.

Uno de los argumentos centrales que tomo en cuenta el gobierno a la hora de elaborar el presente decreto tuvo que ver con la definición de criterios claros para regular la actividad médica en torno a que siendo ésta una actividad que goza de cierta autonomía a la hora de la prescripción de servicios y medicamentos excepcionales, a la luz de la emergencia social, debería pasar a convertirse en una actividad maniatada en su autonomía en el sentido de que prevalece la economía del sistema de salud colombiano sobre esta.

En su capítulo primero, se crea el sistema técnico científico en salud “como un conjunto de principios, órganos, instituciones, reglas y recursos, cuya finalidad es la coordinación de actividades tendientes a la generación del conocimiento para la prestación del servicio público de salud en condiciones estandarizadas de acuerdo con criterios técnicos y científico” dicho sistema se encargará de la coordinación y el control científico instituido por medio de toda una serie de orientaciones, una especie de órdenes si se quiere que todos los demás actores del sistema deberán obedecer, es la “matriz” de todas las demás instituciones de la emergencia social pues coordina todas las actividades del sistema.

Diferente al anterior pero con no menos importancia se crea el organismo técnico científico para la salud que es un órgano de carácter estatal encargado de la regulación científica, inspección y vigilancia de la aplicación del método científico en el ejercicio de los profesionales de la salud, digamos que dicho organismo es quien se carga de la ejecución práctica de lo establecido por el sistema General de salud pues éste determina unos estándares y serie de lineamientos a seguir mientras que el organismo técnico científico es quien se encarga de su ejecución siendo, por ejemplo, quien revisa las actuaciones de otros agentes del sistema como tales como los comités técnicos de prestaciones excepcionales de salud, siendo una especie de corte médica encargada de aplicar los estándares y de resolver conflictos provenientes de su aplicación por parte de otros actores. El decreto determina su conformación y entre otras cosas determina que la financiación del organismo técnico científico para la salud será a cargo de recursos destinados al Fonpres y también a cargo de recursos excedentes de la subcuenta ECAT del fosyga.

En su capítulo segundo el gobierno modifica asunto de vital importancia en cuanto a la concepción misma de lo que significa el plan obligatorio de salud, pues modifica su alcance y sus limitaciones. Resulta entonces de extrema importancia la inclusión de un nuevo artículo de la ley 100 de 1993 que hace una definición

general de lo que son los planes obligatorios de salud, dicho artículo dice lo siguiente:

ARTICULO 162A. Del Plan Obligatorio de Salud. Es el conjunto esencial de servicios para la atención de cualquier condición de salud definidos de manera precisa con criterios de tipo técnico y con participación ciudadana, a que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de necesitarlo. El Plan obligatorio de Salud corresponde al reconocimiento del núcleo esencial del derecho a la salud, que pretende responder y materializar el acceso de la población afiliada a la cobertura de sus necesidades en salud, teniendo en cuenta la condición socio-económica de las personas la capacidad financiera del Estado. En todo caso prioriza la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y las atenciones de baja complejidad, la medicina y odontología general y admitirá el acceso al manejo especializado o de mediana y alta complejidad cuando se cuente con la evidencia científica y costo efectividad que así lo aconseje. El Plan Obligatorio de Salud incluirá la prestación de servicios de salud a los afiliados en las fases de fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, según las condiciones que se definan para su cobertura y la protección integral de la salud de la población con la articulación a los planes colectivos y de promoción de la salud del territorio nacional. Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”.

El decreto establece los límites del plan obligatorio de salud puesto que ahora dicho plan estará sujeto al establecimiento de límites claros que tengan en cuenta la consulta ciudadana, la capacidad financiera del estado, la condición

socioeconómica las personas, los criterios técnicos científicos y paradójicamente las necesidades colectivas en salud sobre las individuales, amén de que dichas necesidades deberán también respetar la economía del sistema, deberán ser económicamente viables. Se modifica la estructura de los planes obligatorios de salud, estableciéndose claramente cómo deberán estar hechos.

También se modificó lo concerniente a los mecanismos de actualización del POS que Comisión de regulación en salud, CRES, deberá de tener en cuenta a la hora de realizar la actualización de dichos planes, y que será periódica una vez al año, dicha actualización deberá ser fundada en metodologías probadas científicamente, entre otras obligaciones, sin embargo, lo más sorprendente ahora en la realización de criterios de exclusión del plan obligatorio de salud con relación a la aplicación de procedimientos, los cuales serán los siguientes:

14.1. Que sean considerados como experimentales o sin suficiente evidencia científica sobre sus beneficios en salud, ni sobre su seguridad clínica.

14.2. Que no representen ganancia en salud, para la población de acuerdo a la inversión de recursos que requieren.

14.3. Que su valor no sea financiable por la Unidad de Pago por Capitación, UPC, o con los recursos disponibles en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

14.4. Que como fruto del proceso de participación ciudadana no hayan sido aceptados.

Se incluye una modificación controversial referente a la definición de la doctrina medica, en el sentido de que esta deberá estar basada en el análisis de la evidencia científica, sin embargo, dicho análisis está regulado y podrá ser objetado

por diversos actores del sistema, convirtiendo así a la doctrina medica en un criterio de carácter económico por encima del criterio personal médico, el decreto habla de los referentes basados en evidencia como estándares, guías, normas técnicas, conjunto de acciones o de protocolos que se adopten para una, fases de la atención como promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y enfermería, para la atención de una situación específica de la salud, siendo estos últimos también parte importante de la formación del criterio del médico o del odontólogo. Por último, el capítulo segundo hace una modificación al tema de los copagos, abriendo así la puerta para que éstos puedan ser incrementados de manera reglamentaria en el futuro.

Después de regular toda la actividad concerniente a los planes voluntarios de la salud en su capítulo tercero, el decreto nos trae la implementación normativa más controversial de todas, en su capítulo cuarto desarrolla una modificación extensiva a la autonomía profesional médica y odontológica, modificando inclusive el concepto mismo de autonomía profesional para este caso y estableciendo que esta deberá ser la prerrogativa que la sociedad les confiere (a los medicos y odontologos) para autorregularse, mediante estándares que una vez adoptados, son de obligatorio cumplimiento.

Los estándares, sin importar que sean una creación de la academia nacional de medicina y la asociación colombiana de sociedades científicas, en el caso de los médicos, y la federación en odontológica colombiana, en el caso de los odontólogos, pasan ahora a reemplazar la autonomía médica de plano, puesto que dicha autonomía prácticamente deja de existir ante la obediencia a dichos estándares.

El decreto además de regular la aplicación y la creación de los estándares, crea el fondo de capacitación de los profesionales de la salud y establece su financiación, así como también regula el conflicto de intereses derivado del ejercicio de la

actividad medica, sin embargo lo anterior es la puerta de entrada para el establecimiento de las sanciones al profesional medico y odontológico, que contempladas en el articulo 31 dicen lo siguiente:

ARTICULO 31. Sanciones al Profesional Médico u Odontólogo. Adiciónase el artículo 83 de la Ley 23 de 1981, y el artículo 79 de la Ley 35 de 1989, con el siguiente literal:

“

e) Sanciones pecuniarias. Cuando el profesional se aparte sin justificación aceptable de una recomendación incluida en un estándar adoptado por su respectiva profesión y con ello ocasione un daño económico al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en una falta que será sancionada con una multa entre 10 y 50 smmlv”

Los recursos recaudados por efecto de estas sanciones serán destinados al Fondo de Capacitación de los Profesionales de la Salud, creado en el presente decreto. Para efectos de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, se tendrá como práctica no autorizada obrar en contra de lo previsto en este decreto. Adicionalmente, cuando a ello haya lugar, el comportamiento deberá ser analizado por las instancias de ética profesional que correspondan.

En su capítulo cuarto, de la filiación, el decreto establece que la filiación del sistema General de seguridad social en salud es de carácter obligatorio para los colombianos y residentes del territorio nacional en los términos que corresponden a cada régimen de aseguramiento, estableciendo que además la afiliación al sistema se produce por una única vez puesto que todos los cambios ocurridos después de esta no dejando de ser mas que novedades.

Se autoriza también a las entidades promotoras de salud para que puedan operar en otros regímenes de aseguramiento y se modifica la forma como se implementará la cobertura y el acceso a la salud teniendo en cuenta la naturaleza

de ciertos sectores económicos de la sociedad, como el sisben. Por último, el decreto hace modificaciones en cuanto al flujo financiero del sistema, esto es la labor de recaudo de las cotizaciones que seguirán siendo una responsabilidad de las entidades promotoras de salud, crea una reglas de juego con relación a la validación, filiación e intercambio de información de los sistemas de la protección social, creándose así un registro único de afiliados que incorporaría mecanismos de carácter tecnológico tales como biometría, también se crean reglas de juego para el suministro información, consultas, variaciones o edificaciones de la información biográfica y biométrica de los afiliados y se modifica la financiación del plan obligatorio de salud y su naturaleza puesto que los recursos del sistema General de seguridad social en salud no podrán ser sujetos de pignoración, titularización o cualquier otra clase disposición financiera y su destinación será específica. No menos importante es al última modificación que hace este decreto: se modifica la unidad de pago por capitación UPC y se establecen pagos por resultados en salud que serán tenidos en cuenta cuando se ajuste dicha UPC.

#### **4.5. Decreto 590 De 2010**

Dicho decreto, “por medio del cual se dictan disposiciones sobre la prima individual de compensación aplicable a los empleados públicos del instituto nacional de cancerología empresa social del estado” radica su importancia en el sentido de que pretende hacer un recorte fiscal con relación a la forma como se pagan las primas individuales de compensación para el instituto nacional de cancerología, es de anotar que previamente el decreto 5018 de 2009 había hecho modificaciones al respecto.

El decreto modifica entonces las primas individuales incrementándolas ya que no se habían incrementado de forma considerable desde la aplicación del decreto 166 de 2004, todo esto para quienes en virtud de lo establecido en el mencionado decreto 5018 de 2009 entren a formar parte de la planta de personal

de dicha institución. También establece facultades para que el director general del instituto nacional e cancerología pueda establecer de manera individual la cuantía de la prima a que tiene derecho cada uno de los empleados de dicho instituto.

#### **4.6 Decreto 870 De 2010**

Con el decreto 870 de 2010 el gobierno busco, básicamente, hacer una pequeña pero no menos importante modificación al estatuto tributario, pues hace una regulación para las actividades de juegos de suerte y azar que son diferentes de las actividades de juegos localizados, esto es, toda una serie de actividades que no ostentaban el mismo marco regulatorio de las tradicionales y que pueden ser tan numerosas como importantes ya que dependen de cierta creatividad y ejecución diferente, en este caso, el decreto les impone cierta formalidad puesto que ahora deberán de tener un documento con ciertos requisitos específicos, requisitos tales como el nombre o razón social del responsable del sorteo, la fracción, boleta o apuesta y la discriminación del IVA cuando el juego este gravado con este impuesto. Todo esto busca en últimas desarrollar estrategias para que, dependiendo de la información establecida en el cumplimiento de las formalidades se pueda hacer un seguimiento de todo tipo, incluso impositivo sobre dichas actividades. Con los impuestos para la salud que ello genera.

#### **4.7 Decreto 358 De 2010.**

El decreto 358 es un decreto clave, en exceso, si se tiene en cuenta el revés que significa dentro de las intenciones del gobierno en el ejercicio del establecimiento de los decretos de emergencia social, en síntesis, la turbulencia política producida en el país después de la puesta en vigencia de los decretos de emergencia social hizo que el ejecutivo pensara en la realización de una serie de modificaciones al respecto, en todo caso, preservando la legalidad que le compete al estado de

emergencia y excepción establecido por el decreto 4595, en este caso, un error en los decretos se pretende corregir, por decirlo de alguna manera, reglamentando a fondo dicho decreto con otro producido en el mismo estado de excepción que excluya las dudas generadas por el decreto aclarado o los decretos discutidos. En el caso del decreto 358, la reglamentación se refiere a los artículos 23 y 25 del decreto legislativo 131 de 2010.

Se reglamenta un tema que causo controversia, y quizás, el argumento de batalla de toda sociedad científica: los estándares médicos para la salud establecidos en el decreto 131, dichos estándares habían sido anteriormente acusados de lesionar la autonomía de los médicos y de los odontólogos, ahora, en virtud de la nueva reglamentación se dispone que es la academia nacional de medicina y la asociación colombiana de sociedades científicas las encargadas de definir su cumplimiento. Así mismo se les otorga a los médicos u odontólogos el derecho de apartarse de ellos con base en su conocimiento, experiencia y criterio.

Por otro lado, en cuanto a las sanciones ahora existe una manera menos lesiva de exclusión de las mismas a los profesionales de la salud, puesto que ahora podrán apartarse dependiendo si justifican o no razonablemente dicho diferencia, no como antes que, sin importar ello podrían ser sancionados solo si existía un daño económico al sistema general de seguridad social en salud. Ahora serán también sus pares, los encargados de juzgarlos.

#### **4.8 Decreto 398 De 2010**

Este decreto forma parte de aquellos desarrollados en virtud de la turbulencia política ocasionada por los decretos de emergencia social, en este caso, se regularon asuntos que quedaron incluso del plan obligatorio de salud, concretamente, la base para la actualización del mismo, ahora será la de los planes de beneficios vigentes a la fecha de publicación del decreto 131 de 2010

pero deberán de estar conformes con los acuerdos expedidos por la comisión de regulación en salud CRES.

#### **4.1.1 La Inexequibilidad Del Decreto 4075 De 2009.**

El decreto legislativo 4975 de 2009, es sin lugar a dudas, el caballo de batalla dentro de toda la temática de los decretos de emergencia social en salud en el país puesto que es este decreto el que se el que presupone los fundamentos normativos aplicables a todos los demás decretos reglamentarios de la emergencia social en salud, siendo el decreto declaratorio del estado de emergencia social, estado de emergencia que permite que el gobierno nacional en pos de ciertas atribuciones legislativas consagradas por la constitución de la República de Colombia pueda de esta manera crear, ejecutar y modificar a acápite legales sobre diversos temas, en este caso, el tema de la salud ha sido el escogido.

Recientemente, se ha conocido el estudio de control constitucional que la corte constitucional de la República de Colombia en virtud de su control constitucional ha determinado con relación a dicho decreto madre, es decir, el decreto 4975 de 2009 por medió del cuál el gobierno nacional declaró el estado de emergencia social en todo el territorio nacional por el término de 30 días, contados a partir de la fecha de su declaratoria, en ejercicio de las atribuciones que le son conferidas por el artículo 215 de la constitución política.

Es importante mencionar que la corte constitucional tuvo en cuenta a diversos actores de la sociedad civil que no habían sido considerados tanto en la toma de la decisión por parte del gobierno para encarar la emergencia social, como también en la posterior elaboración de los decretos reglamentarios de la emergencia social en salud, entre estos la corte consultó las opiniones del propio

gobierno nacional, de la ciudadanía y el concepto del procurador general de la nación.

En primer lugar la corte se refirió al análisis jurídico subyacente de la declaratoria de emergencia social en cuanto al carácter de atribución constitucional por parte del ejecutivo en la creación del mismo, es decir, los principios democráticos, participativos, y constitucionales que permitieron al gobierno la elaboración de una motivación suficiente para decretar el estado de emergencia social. La corte consideró oportuno para realizar un análisis tendiente a la consideración de los principios generales sobre los cuales está establecida la forma organizativa del estado social de derecho en la constitución política de la República de Colombia, de este modo, el análisis de unos principios nomoárquicos básicos dentro del desarrollo de la función, los principios de separación de poderes, los principios de carácter democrático, de carácter participativo y pluralista.

La corte constitucional también tiene en cuenta los antecedentes históricos que han ocurrido con ocasión de la declaratoria de la emergencia social en diversos escenarios, de este modo concluye que las atribuciones constitucionales encabeza el Presidente de la República y los poderes extraordinarios conferidos en virtud de las mismas, deberán además de garantizar los principios fundamentales del estado, es decir, que el presidente no puede en ningún momento exceder el mandato conferido por la declaratoria de emergencia, no puede por ejemplo evadir los controles políticos y jurídicos consagrados en la carta política con relación a las facultades extraordinarias que un decreto de emergencia social confiere, no puede desmejorar los derechos de los trabajadores, por ejemplo, en virtud de sus atribuciones legales, no puede generar medidas legislativas que establezcan discriminaciones de todo tipo, violaciones a los derechos humanos, a la libertad fundamental, y en síntesis a cualquier otra cosa que irrespete el estado de derecho representado por la constitución y la ley, es decir, que si bien el presidente de la República tiene un ámbito de movilidad en

cuanto a la creación de parámetros normativos, no puede reemplazar aquellos que garanticen los derechos, y en general y todas prerrogativas fundamentales y la organización misma y principialística sobre la cual está basada el estado mismo.

En este sentido la corte habla del principio de subsidiariedad, es decir, que los estados de excepción deben ser una herramienta únicamente aplicable cuando las demás medidas de carácter institucional resultan insuficientes ante una problemática en particular, esto es, con el ánimo de proteger la institucionalidad del estado de derecho, pues se supone que cualquier gobierno debe de conservar una anomalía institucional en ejercicio de las herramientas que le son propias, cualquier gobierno debe de utilizar las herramientas que la carta política le ha conferido para el desarrollo normal del estado, no hacerlo, representaría un menoscabo de la institucionalidad en el sentido de que dichas herramientas podrían eventualmente perder legitimidad ante el uso de herramientas extraordinarias tales como el uso de la emergencia social para generarlas.

La corte también considera importante dentro del análisis histórico de los requisitos que debe cumplir un presidente para decretar un estado de excepción determinar que, a medida que pasa el tiempo dicho requisitos deben ser cada vez más rigurosos, atendiendo así el carácter excepcional de la implantación de atribuciones de carácter extraordinario, puesto que en ultimas se suplanta la voluntad democrática y ciudadana consagrada en la misma constitución política de manera extraordinaria. El constituyente de la constitución de 1991 confirió toda la estructura organizacional y la sostenibilidad financiera del sistema de salud colombiano en cabeza del Congreso de la República en su calidad de legislador y confirió al gobierno nacional la reglamentación de lo producido por el Congreso en dicha materia, es por eso que, resulta atípico que el gobierno en vez de realizar una labor de reglamentación legal, realice una función legislativa, ya que si bien existen los mecanismos por medio de los cuales el gobierno puede

excepcionalmente hacerlo no es la esencia que quiso impregnar el constituyente de 1991 sobre el actuar del ejecutivo.

Pero como si fuera poco, la corte constitucional también analiza criterios de participación para determinar qué ante la imposición de un estado de excepción se debe contar con un amplio debate ciudadano en general, menciona la corte que el hecho de presentarse la ausencia de dicho debate también lastima los principios democráticos establecidos en la constitución de 1991, dice la corte al respecto:

“De igual modo, el presente análisis debe tener en cuenta que la salud como servicio público y derecho fundamental es objeto de especial garantía constitucional, por lo que su regulación debe estar precedida de un proceso de discusión pública que cuente con la presencia activa de todos los actores en salud, la comunidad médica y la ciudadanía en general”

la corte hace un énfasis en la inexistencia de diversos estudios que pudo haber realizado el gobierno nacional con el fin de proponer soluciones a la problemática presentada por la crisis de la salud en Colombia, poniendo en evidencia la manera como el gobierno decidió sencillamente saltarse los procesos regulares y los mecanismos que normalmente tiene para enfrentar una crisis. También, se refirió al hecho de que la problemática presente en la salud, es una problemática con un antecedente histórico importante, puesto que no es una crisis que se genera de manera espontánea, sino que corresponde más bien a una crisis de carácter estructural establecida en la propia creación de la ley 100 de 1993, resulta entonces lógico para la corte la afirmación de que los hechos sobrevivientes y extraordinarios que debieron haberse presentado para que el gobierno declarase así el estado de excepción no existieron puesto que dichos hechos venían de tiempo atrás y no surgieron de un momento a otro.

Asimismo, la corte señala que incluso después de entrar en vigencia los decretos de emergencia social realizados por el gobierno estos eran insuficientes en sí mismos, puesto que la actuación que requiere la crisis de la salud en Colombia, debería ser una solución de carácter legislativo encabeza el Congreso de la República, ante un problema de índole estructural se requiere a su vez que la solución sea también estructural.

Ahora bien en otro tema de igual importancia, la corte ha tenido en cuenta lo establecido por la sentencia T- 760 de 2008, reiterando así una posición jurisprudencialmente establecida, posición que, de acuerdo con diversas en denuncias parecidas y con la sentencia referida, ha sido enfática en establecer la obligación por parte del gobierno a actualizar de manera periódica los planes de beneficios, dice la corte:

“En esa línea, la solución al déficit presupuestal en salud no puede limitarse a aliviar el aspecto fiscal del sistema de salud. Deben atacarse las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus efectos, De lo contrario, sería realizar grandes esfuerzos fiscales para tratar de llenar un “saco roto”, como lo sostuvo uno de los intervinientes. Ello dado la presencia de fenómenos como la evasión, elusión, ineficiencia administrativa y corrupción”

Efectos diferidos de los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias:

La corte realiza un planteamiento atípico en cuanto al desarrollo jurisprudencial que se ha venido dando en el país, por cuanto uso la figura de la inexecutable diferida para establecer así los efectos de la sentencia que declarare la inexecutable no sólo del decreto 4975 de 2009, sino también de todos los decretos expedidos en pos de las atribuciones legales conferidas por el mismo, la corte, citando al doctor Ciro Angarita Barón a propósito de la figura de la inexecutable diferida, este expresó que: “Plenamente consciente de que el juez

del estado social de derecho no es instrumento mecánico al servicios de un ciego racionalismo, sino un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta y debe, por tanto, evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente” consideración que sirvió, también con la ayuda de otras, dl sustento para que la corte resolviera posteriormente cuando se refiere a la inexecuibilidad de cada uno distintas decretos expedidos dentro del marco ese estado de excepción, la fecha desde la cual surtirían defecto tales decisiones. Sin embargo, la corte no sólo se toma en cuenta presupuestos doctrinales a la hora de determinar dicha decisión sino que además, se basa en presupuestos normativos, dice la corte:

“La Corte adoptó esta trascendental línea de conducta en desarrollo de la facultad que ella tiene para fijar los efectos de sus propias decisiones, según lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que laCorte resuelva lo contrario”, como también de lo planteado a este respecto por esta misma corporación en las sentencias C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía) y C-037 de 2006 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa)”

La corte constitucional es clara además en reconocer el perfil social que eventualmente tendrá una decisión como ésta, en este sentido la corte manifiesta que no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas, y notarialmente expuestas a los valores y principios constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción” por lo que la corte recurrió a la figura de conciliador en derecho positivo cuando se refiere también a los efectos derivados de la decisión y que tengan relación respeto a las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas

exclusivamente al goce efectivo el derecho a la salud. La corte además conmino a los organismos de control y en particular, la Procuraduría General de la nación y la Contraloría General de la República, para que realicen los seguimientos a la ejecución de la sentencia, en especial, o a la adecuada estimación de los recursos tributarios que se recauden.

#### **4.1.1.1 Decisión de la corte constitucional:**

Establecidos los fundamentos de derecho que motivaron la decisión, la corte constitucional evita el estudio particular de cada uno de los decretos de emergencia social concentrándose más bien en el decreto madre, de esta forma se genera una decisión mucho más rápida y práctica, toda vez que se evita una larga discusión jurídica al respecto sobre decretos que, en la práctica, adolecerían de vigencia.

En el caso que nos convoca, la corte constitucional decidió declarar inexecutable el decreto 4975 de 2009 “por medio del cual se declara el estado de emergencia social, Sin embargo es importante mencionar lo establecido por la corte en su motivación, en cuanto a que, se establece una inexecutable diferida toda vez que lo anterior tiene un profundo impacto en cuanto a que la corte decide también que los efectos de la sentencia respecto de las normas que establezcan fuentes tributarias de financiación tengan una vigencia extendida posterior a la decisión por un período de tiempo que abarca hasta el mes de diciembre del año 2010

#### **4.1.1.2 Salvamentos de Voto:**

Los magistrados Jorge Iván palacio palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martell salvaron parcialmente el voto, en cuanto a la segunda decisión que se refiere a la vigencia de las normas que establecen financiación extraordinaria del sistema de

salud con vigencia extendida. Sin embargo, están de acuerdo con la decisión de inexecutable del decreto 4975 del año 2009.

Las razones jurídicas planteadas al respecto se refieren a los efectos de la inexecutable del decreto legislativo colectivo de 4975 de 2009 en cuanto a que, en opinión de los magistrados, debería de extenderse hacia todos los demás decretos sin excepción alguna y no simplemente constituir una excepción en cuanto al uso de un acápite normativo, esto es, un articulado de un decreto reglamentario en particular, de este modo, se entiende que si se declara inexecutable el decreto 4975 de 2009, los efectos de dicha inexecutable son absolutos con relación a decretos reglamentarios expedidos en virtud del mismo, atacándose así la tesis de la corte constitucional basada en la protección del estado social de derecho y en un análisis un poco más profundo sobre los efectos sociales que pueda o no tener dicha decisión y en la cual se establecía una inexecutable diferida.

Los magistrados también esbozan otras circunstancias por medio de las cuales no están de acuerdo con la segunda decisión de la sentencia, en este caso aducen que la corte constitucional parta de una línea jurisprudencial pacífica y consistente en dicha materia comprometiendo así el juicio estricto de constitucionalidad que debe de preceder toda declaratoria de los estados de excepción.

Los magistrados también se refieren al uso de la rigurosidad que la corte tuvo en su estudio de constitucionalidad de los decretos legislativos en los estados de excepción, por cuanto considera que dicha rigurosidad debe ser aún mayor en la presentada en el caso de la constitucionalidad de las leyes ordinarias, es decir, que el estudio constitucional debe ser mucho más profundo en cuanto al análisis de los efectos de inexecutable que pueda tener un estado de excepción, dicen los magistrados, que el mecanismo excepcional de la constitucionalidad diferida, no sería aplicable en este caso, puesto que los presupuestos de los que se sirvió

la corte constitucional para motivar la decisión son distintos a los presupuestos fácticos presentados para el análisis de la misma, toda vez que en otros casos los presupuestos fácticos fueron distintos por tratarse de efectos derivados de la creación de leyes ordinarias pero no a partir de la creación de un estado de excepción.

Por último, los magistrados se refieren al hecho de que “resulta más preocupante mantener vigente el decreto legislativo en desarrollo cuando un juicio flexible de constitucionalidad mostraría la inexequibilidad material del mismo, es decir, que como la corte emitió el estudio profundo de los decretos reglamentarios provenientes del decreto 4975 del año 2009, la vigencia legal de los decretos que establecen normas tributarias se hace sin este análisis específico.

Un tanto distinta resulta la opinión del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, quien salvó el voto frente al numeral segundo de la sentencia C-252 de 2010, por cuanto que no comparte la decisión de imprimirle efectos de inexequibilidad diferida al decreto madre de la emergencia social entre otras razones, por las siguientes:

“(i) Porque tal decisión, conlleva un gravísimo menoscabo a la plenitud y vigencia del estado de derecho, a sus formas y procedimientos, en tanto se convalidan, así sea transitoriamente, medidas tributarias expedidas con absoluta carencia de competencia por parte del Gobierno; (ii) porque de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno solo podrá habilitarse para establecer nuevos tributos o modificar los existentes, con el propósito de afrontar directa y específicamente el estado de emergencia, cuando se acrediten todos los presupuestos (fáctico, valorativo y de suficiencia) derivados de dicho precepto superior; y, (iii) porque la modulación de los efectos del fallo resulta así contradictoria y riesgosa. Contradictoria en tanto prolonga la vigencia de unas medidas respecto de las cuales se ha reconocido en el fallo la absoluta carencia de competencia por parte del órgano que las profiere. Y, riesgosa, porque se crea

un deplorable precedente, según el cual, independientemente del uso indebido que se le de a las facultades de excepción, el Gobierno podrá confiar en la benevolencia y comprensión del tribunal constitucional, quien, al margen de los exigentes presupuestos que la Constitución ha establecido para la declaratoria de un estado de emergencia, convalidará las decisiones tributarias por razones diferentes a las estrictamente constitucionales”

Por último, más extenso resulta ser el análisis que el magistrado Humberto Antonio Sierra porto realizó acerca de la decisión tomada, concluyendo la honorable voz constitucional que salvaba el voto toda vez que, en sus palabras, debió adoptarse una decisión de simple inexecutable del decreto 4075 del año 2009, dice el magistrado:

En una figura de excepcionalidad como es la emergencia social, aplicar el efecto diferido en el tiempo, que es una institución todavía más excepcional, produce como consecuencia la ineficacia plena o cuasi plena, de la declaración de inconstitucionalidad. Es este sentido que se puede afirmar que estamos ante una inconstitucionalidad formal, pero efectivamente estamos ante una constitucionalidad del estado de emergencia social. La inconstitucionalidad con condicionamiento se presenta porque en el ordinal segundo de la parte resolutive se dispone que los efectos de la presente decisión se determinan de acuerdo con el considerando 5.2. cuyo texto aprobado es “los efectos se diferirán respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud”. 2. La sentencia de la cual me separo es expresión de una interpretación ad absurdum. Lo que procede realizar por la Corte Constitucional cuando se constata, como en este caso, una vulneración, o desconocimiento del artículo 215 por el contenido de todos los considerandos, hechos, y circunstancias es una declaración de inconstitucionalidad de la integridad del decreto 4975 de 2009, sin condicionamientos material y temporal, como se hace en la sentencia C-252 de

2010. En un estado de excepción no se puede utilizar simultáneamente una sentencia que declare la inconstitucionalidad y simultáneamente un condicionamiento material con efecto diferido en el tiempo. Se trata de una contradicción de principio. La declaración de inconstitucionalidad del estado de excepción no es compatible con la de establecer efectos diferidos en el tiempo a todo el contenido o parte de que ha sido declarado inconstitucional. 3. No es posible desligar el juicio de validez de la asignación de efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad. La decisión tomada por la Corte al declarar inconstitucional el decreto legislativo 4591 de 2009 con efecto diferido en el tiempo, tiene como propósito dejar vigentes algunos decretos legislativos de desarrollo relativos a aspectos financieros o tributarios y a condicionar su utilización de manera diferente a la prevista en los decretos legislativos, plantean una escisión radical, o si se quiere una falsa contraposición entre el control de validez y el control de eficacia, entendido este último como la competencia de la Corte para determinar la eficacia temporal y material de la decisión (aquí se disocia el control de validez de la determinación de la eficacia de la sentencia). 4. De acuerdo con la sentencia es irrelevante, da lo mismo, tomar una decisión inconstitucionalidad o de constitucionalidad. Una sentencia de inconstitucionalidad en la que condiciona la inconstitucionalidad, señalando efectos diferidos y consideraciones materiales, es una sentencia de inconstitucionalidad condicionada. Con esta decisión, en la práctica, se enerva la razón de ser y los propósitos del control de constitucionalidad en los estados de excepción, pues no obstante se declare la invalidez sigue vigente el decreto legislativo inconstitucional. En este caso, el condicionamiento material y temporal versa sobre decretos legislativos de desarrollo que crean, que se refieren a la creación de fuentes de financiación, la creación de nuevos o mayores impuestos y que de igual forma como conservan el efecto transitorio y la posibilidad de que el Congreso convalide esta decisión. En este sentido no existe una diferencia sustancial entre la declaración de constitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad, como si sucede en las otras ocasiones en las que la Corte ha

utilizado la figura del diferimiento en el tiempo de los efectos de inconstitucionalidad en leyes ordinarias. 5. La parte resolutive es formalmente una declaración de inconstitucionalidad, pero materialmente es de constitucionalidad parcial. La decisión de la cual respetuosamente discrepó, no expulsa el decreto legislativo 4975 de 2009 que declara el estado de emergencia social, lo deja vigente, a pesar de la redacción que se utiliza en la parte resolutive, permanece prácticamente con el mismo efecto, con la misma funcionalidad y propósitos propios del control de constitucionalidad de los estados de excepción. Los propósitos y la razón de ser de una declaración de Estado de excepción se cumple de igual forma. La intención de declarar el estado de emergencia social cuando permite que el presidente cree impuestos es el de permitir a) una vigencia temporal y b) la posibilidad de que el Congreso tenga la oportunidad de confirmar la creación de dicho tributo con la aprobación de una ley que le asigne efecto permanente o indefinido. El condicionamiento con efecto diferido que se utiliza este caso, hace que sea irrelevante la declaración de inconstitucionalidad. 6. La decisión técnicamente correcta que permitía dejar vigente parte del estado de excepción, era la de declarar la inconstitucionalidad parcial, limitada a que el Estado de emergencia social tuviera como propósito el de establecer nuevas fuentes de financiación, en el entendido que los demás aspectos de las soluciones al sistema de salud, podrían y debían ser tramitados por leyes aprobadas en el Congreso de la república. 7. Se generan precedentes en contra del funcionamiento democrático (art. 1 C.P.) y contra la seguridad jurídica en materia impositiva. Con la decisión de inexequibilidad total con efecto diferido a solo alguno de los temas, se crea un precedente que propicia una práctica propia del “abuso del control de constitucionalidad” y de la supremacía de la Constitución, que afecta en materia importante el funcionamiento democrático de nuestras instituciones por una parte, y por la otra, el principio de separación de poderes; En lo sucesivo el Ejecutivo se le abre la posibilidad de dictar decretos legislativos que declaren un Estado de excepción con plena consciencia de su inconstitucionalidad, y no obstante esta situación, espere o pretenda que por

tratarse de un “asunto grave” la Corte los deje vigentes. Dicho de otra forma con esta decisión se permite que no obstante que el Presidente desconozca el principio de separación de poderes y la potestad legislativa del Congreso con la declaración de un estado de excepción, se pueda dejar vigente el decreto legislativo abiertamente inconstitucional. 8. En el mismo orden de ideas, se vacía de contenido el inciso 8 del art. 215 que establece “El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el estado de emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al gobierno durante la emergencia”. 9. La argumentación utilizada para motivar y justificar la necesidad del efecto diferido de un decreto legislativo que declara un estado de excepción, es: a) contradictoria y en cierta forma negatoria de las motivaciones y argumentos que en la misma sentencia descartan la existencia concurrente de los criterios facticos, valorativos y de suficiencia para declarar la constitucionalidad y b) está alejada del control de validez, y de naturaleza jurídica, más propia de consideraciones de oportunidad y conveniencia, lo que es propio del control de naturaleza política. 10. Con esta sentencia se crea un estado de emergencia social en salud diferente, con consideraciones y criterios diferentes al originalmente contenido en el decreto 4975 de 2009. La parte sobre lo que se determinan efectos diferidos es indeterminada porque depende del condicionamiento contenido en la C-252/10. en el que se establece que “se diferirán los efectos de la presente sentencia respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Con esta técnica de autohabilitación abierta, se introduce un condicionamiento indeterminado que crea competencias sobre decisiones de gobierno en cabeza de la Corte Constitucional, se reemplaza al gobierno para decidir cuales son las decisiones necesarias para resolver una crisis que, paradójicamente, se ha declarado que no existe en los términos del art. 215 C.P. 11. Este tipo de sentencias pone en riesgo el papel que cumple

la Corte Constitucional como poder contramayoritario en nuestro Estado de Derecho, en la medida que la legitimidad de sus decisiones, como órgano que realiza un control de naturaleza judicial, se debe fundar más en la coherencia de su razonamiento que en su legitimidad de origen, que es siempre más precaria que la los demás sujetos a los que la Constitución asigna la titularidad de la potestad legislativa.

## CONCLUSIÓN

- Concomitar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a buscar alternativas para la Modificación de la resolución 5261 de 1994 (Mapipos) con el fin de lograr un instrumento que describa cabalmente los procedimientos y actividades que se encuentran en el POS, de tal forma que no quede en Manos de los funcionarios de las entidades aseguradoras la interpretación de su contenido para negar solicitudes que “en su concepto” no hacen parte del plan Obligatorio de Salud.
- Recomendar a las entidades prestadoras de Salud para que diseñen incentivos y campañas para garantizar que los afiliados accedan a las actividades de Promoción y Prevención.
- Exhortar al Estado a crear una justicia especializada en materia de Seguridad Social, para así mitigar la congestión del sistema judicial por el incremento de la acción de tutela como instrumento de protección de los Derechos fundamentales, entre estos la salud por Conexidad con la vida.
- Sugerir a las entidades que coadyuvan en el acceso efectivo a los servicios de Salud y la exigencia del Derecho a la salud de los ciudadanos, que adopten mecanismos o procedimientos de gestión directa ante las entidades vulneradoras del derecho, antes de utilizar la tutela como medio de protección, con el fin de que este instrumento constitucional no se vicie.

## BIBLIOGRAFÍA

- Tutela. Acciones populares y de cumplimiento. V. N° 57. Bogotá: Legis Editores, S.A.; 2004. p. 491-1495.
- Ley 100/1993 de 23 de diciembre. *Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario oficial, Número 41148, de 23-12-93. p. 1-37.
- La tutela, una acción hermitiana, segunda edición actualizada, 1993 Jorge Arenas Salazar, edición, Temis Santa Fe de Bogotá 1992. página
- La acción de tutela, J.M. Charry, Temis, n°1 1992. página 78 y 79
- Defensoría del pueblo. Derechos económicos, sociales y culturales. Derecho a la salud. Bogotá. 2004. P 25-2
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia 1991*. Gaceta Constitucional N° 116. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente; 1991 Régimen de Seguridad Social. *Colección de códigos básicos*. Bogotá: Legis; 1997. p. 107.
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-603, junio 16/2004. Magistrado Ponente Jaime Araújo. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V. N° 57. Bogotá: Legis Editores, S.A.; 2004. p. 491-1495.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en: <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Tutela/T->

1036-00.htmLey 100/1993 de 23 de diciembre. *Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario oficial, Número 41148, de 23-12-93. p. 1-37.

- Beltrán AM. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento? *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V: 57. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004; p.1620-1632.
- Formisano M. Cinco argumentos a favor del mantenimiento de la acción de tutela para los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*.IV: 39. Bogotá: Legis Editores S.A; 2003; p. 559-562.
- López H. Datos cuantitativos sobre la tutela. Cuánto, ante quiénes, quiénes y dónde (1999-2001). *Observatorio de Justicia Constitucional. Derecho constitucional, perspectivas críticas*. Bogotá: Legis Editores S.A.; 2001. p. 270 y ss.
- Arrieta A. Comentarios a la creación de Jurisprudencia Constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 45. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004; p. 1752-1785.
- Seguridad social, líder en tutelas. Portafolio. Junio 30, 2004. Análisis. p. 8. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Análisis de las estadísticas sobre acciones populares y derechos colectivos. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. III: 29. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004. p. 1213.

- Castellanos MI, Pinto N. *Recobros por tutela y medicamentos no POS en SGSSS. Proyecto UPC POS (PARS-MPS)*. Ministerio de Protección Social. *En: Encuentro Nacional de Investigación en Salud Pública*. Cali, septiembre 30- 1 octubre, 2004. República de Colombia. Ministerio de Protección Social. *Programa Nacional de Salud 2002-2006*. Bogotá: Ministerio de Protección Social; 2003. p. 60-61.
- Arrieta A. Comentarios a la creación de Jurisprudencia Constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 45. Bogotá: Legis Editores S.A; 2003; p.1752-1785.
- Ley 100 de 1993. Diario oficial del Congreso de la República de Colombia. Número 41.148, de diciembre 23, 1993. Bogotá.
- Acuerdo 008/1994 de julio 6. *Adopta el Plan Obligatorio en Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Ministerio de Salud; 1994. p. 5
- Resolución 5261/1994 de agosto 5. *Establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Ministerio de Salud; 1994. p. 20.
- Acuerdo 228 de 2002 de mayo 3. *Actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud*. Diario Oficial N° 44.847, de marzo 5, 2002. Bogotá: Ministerio de Salu,. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; 2002.

- Acuerdo 236 de octubre 22 de 2002. *Modifica parcialmente el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud*. Diario Oficial N° 45.039, de octubre 22, 2002. Bogotá: Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-43 de 1995 Magistrado Ponente Fabio Morón. URL disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org/toc.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1995/Tutela/T-271-95.htm>.