

LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL,  
Desarrollo y vigencia a la luz de la ley estatutaria - 1751 de 2015  
Análisis monográfico

ESTEFANÍA OLEJUA RÍOS

NATALY GONZÁLEZ ALVAREZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA  
Facultad de Derecho  
Medellín, 2017

LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL,  
Desarrollo y vigencia a la luz de la ley estatutaria - 1751 de 2015  
Análisis monográfico

Estefanía Olejua Ríos  
Nataly González Álvarez

Asesor:  
AjaniAkin Cuesta Davu

Resultado de investigación presentado para optar al título de  
Abogada.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA  
Facultad de Derecho  
Medellín, 2017

## CONTENIDO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN.....  | 5  |
| RESUMEN .....  | 7  |
| Palabras clave .....   | 7  |
| 1.    METODOLOGÍA .....                                      | 8  |
| 1.1.    Enfoque metodológico.....                            | 9  |
| 1.2.    Objetivos.....                                       | 10 |
| 1.2.1.    Objetivo general de la investigación.....          | 10 |
| 1.2.2.    Objetivos específicos .....                        | 10 |
| 1.3.    Pregunta de investigación.....                       | 10 |
| 1.4.    Matriz categorial.....                               | 11 |
| 2.    ACERCAMIENTO CONCEPTUAL.....                           | 12 |
| 3.    LA SALUD: DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA .....        | 17 |
| 4.    DESARROLLO JURISPRUDENCIAL .....                       | 18 |
| Derecho a la Salud en la Corte Constitucional .....          | 23 |
| 5.    LA LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 .....                  | 29 |
| 5.1.    Antecedentes.....                                    | 29 |
| 5.2.    Un nuevo sistema de salud .....                      | 32 |
| 6.    CRISIS DEL SISTEMA INTEGRAL DE SALUD EN COLOMBIA ..... | 35 |

|                   |    |
|-------------------|----|
| CONCLUSIÓN .....  | 44 |
| Referencias ..... | 46 |

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo presenta un análisis del *Sistema Integral de Salud en Colombia*, desde el tratamiento jurisprudencial del derecho a la salud y los mecanismos de provisión de servicios cuando los ciudadanos requieren la atención frente a un padecimiento. Se trata de una interpretación en *hermenéutica jurídica*, de lo que se instituye con la *reforma legal* al sistema, a partir de la Ley Estatutaria de la salud – Ley 1751 sancionada por el presidente de la república en el mes de febrero del año 2015.

Desde la perspectiva metodológica, el estudio se plantea en el marco de los análisis comparados de la interpretación jurídica y pretende determinar si el Estado a través de la Ley 1751 de 2015 puede garantizar a los ciudadanos el derecho a la salud, frente al sistema, en su consideración derecho fundamental, con base en dos parámetros jurisprudenciales: los conceptos de la Corte Constitucional Colombiana y en sentido conexo los conceptos de las cortes internacionales, que por bloque de constitucionalidad, desde el artículo 53 (Constitución Política de Colombia, 1991), afectarían el establecimiento jurídico colombiano.

Se destacan tres partes esenciales en la monografía: un acercamiento conceptual que comprende el marco histórico del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano previo a la ley estatutaria, Ley 1751/15. En un segundo acápite se presenta un panorama de la crisis del *Sistema Integral de Salud en Colombia (SISC)*, para luego establecer los paralelos jurisprudenciales. En esta última parte, se abordan los conceptos de las distintas cortes en torno a la crisis del *SISC*. Posteriormente se realizará un rastreo heurístico (o revisión documental), de prensa, bibliografía, publicaciones indexadas, el cual será el componente esencial de *litis*, frente a una realidad de contexto que afecta al país.

Hay documentos marco que serán esenciales para este tratamiento, tanto en el plano contextual del *SISC*, como en lo histórico. De esta forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las convenciones al respecto, la Constitución Nacional (1991), los convenios internacionales establecidos por el Estado Colombiano para la protección de la salud y que la

elevan a derecho por conexidad en torno al imperativo de la vida, serán entre otros material de análisis jurídico para este acercamiento.

La intención de aportar en el análisis jurídico de la *salud* como uno de los temas más vulnerados de la Seguridad Social en Colombia y coyunturalmente relacionados con el artículo 11 de la Constitución Política (1991), se constituye en la base argumentativa, que motiva la fundamentación jurídica de este trabajo investigativo. En atención a que el estado de cosas en la salud es expresión de eficacia, pertinencia, gestión o no, respecto a *responsabilidad estatal*, surge considerar que este es un aporte argumentativo en dicha línea.

Lo que aquí se presenta es un acercamiento académico sobre la base de una definición metodológica de *hermenéutica positiva* con enfoque de derecho comparado, donde autores como Christian Courtis (2006), Paul Ricoeur (2003), y el mismo Papacchini (2003), serán eje de interpretación para el análisis teórico del establecimiento normativo en Colombia. De esta manera, se irá en la búsqueda de un pensamiento jurisprudencial que desde Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Gaviria Uribe, Alberto Iván Díaz Gutiérrez, quienes llevaron a Colombia a reflexionar sobre la actual crisis del *Sistema Integral de Salud*, con las consecuencias funestas a las que se ha reducido la condición de la vida.

## **RESUMEN**

La salud siempre ha sido vista como un concepto que viene teniendo un desarrollo con el tiempo, un ideal en todos los ciudadanos que buscan que les sea protegido; pero no basta solo con hacer una alusión conceptual de la salud, sino hacer un análisis más profundo que busca un reconocimiento como derecho y garantía materializable de forma eficaz, a través de las instituciones designadas para tal función por el estado.

Surge entonces la noción de salud como derecho fundamental, enmarcado en el ordenamiento jurídico y con un desarrollo normativo a partir de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual acopla, regula y establece los mecanismos de protección de todo el sistema de salud en Colombia, así como también establece la relación directa con otros derechos conexos, los cuales se harían vulnerables en caso tal que el mismo derecho a la salud se viere de alguna manera vulnerado.

Pero la Ley Estatutaria 1751 de 2015 requirió de un largo recorrido hasta su consecución; y es por esto que se hace necesario hacer un recorrido a los antecedentes históricos del desarrollo de la salud en Colombia, por la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 02 de 2009 y todos los eventos que dieron origen a la consecución de la Ley Estatutaria de Salud en Colombia.

No obstante los avances en la materia, se hacen visibles una serie de vacíos jurídicos, normativos con relación a la realidad de la cotidianidad, porque no basta solo con la existencia de normas, e instituciones, sino que se requiere aún mas de la continuidad de los aportes económicos, de infraestructura y personal que el sistema requiere para su propio sostenimiento, con relación a la población a la cual se encuentra proyectado el Sistema de Salud en Colombia, y es lo que el presente escrito pretende mostrar.

### **Palabras clave**

Salud, Plan Obligatorio de Salud, Reforma, Estatutaria, Entidad Promotora de Salud.

# 1. METODOLOGÍA

Esta monografía se inscribe en el marco de las investigaciones cualitativas con enfoque jurídico dentro de las ciencias sociales. El objeto de análisis es la salud como cuerpo temático al interior de una interpretación en el orden jurídico y jurisprudencial colombiano, que admite el análisis del mismo por bloque de constitucionalidad, Artículo 53 (Constitución Política de Colombia, 1991). Se trata de un estudio de carácter cualitativo que se apoya en las herramientas heurísticas de la interpretación desde la perspectiva del derecho.

Comprendiendo que la interpretación es en el ejercicio jurídico, el componente fundamental del método para la demarcación de cualquier perspectiva respecto de los objetos de interés a abordar, es pertinente remitir la noción de ésta y lo que Paul Ricoeur (2002) recoge al identificar que existe para la ciencia una función hermenéutica: “la tarea [referida a la acción hermenéutica] es doble: reconstruir la dinámica interna del texto y restituir la capacidad de proyectarse a un mundo exterior” (Ricoeur, 2002, pág. 34). En derecho esta relación metódica de interpretación está dada de forma plurívoca. Por lo tanto, en todas las formas de análisis, la ciencia jurídica suscribe a una forma de interpretación, por lo que la base de abordaje denominada el texto en esta experiencia es la Ley Estatutaria 1751 de 2015, porque constituye tanto nuestra perspectiva de análisis y nuestra meta conceptual de elaboración descriptiva.

Por lo tanto, serán materia de análisis documentos marco nacional e internacional, la constitución política de 1991, las normatividades vinculantes y la jurisprudencia que, en torno a la salud, cobre interés a la luz de la ley estatutaria – Ley 1751 de 2015.

Desde el punto de vista instrumental se trabajará con la metodología de *derecho comparado*, considerando que la jurisprudencia y la normatividad exigen una interpretación positiva del derecho en perspectiva nacional e internacional, tomando como referente las conquistas universales de los derechos fundamentales (Papacchini, 2003), en los que prima la vida como una conquista de la modernidad. Ideas como la salud, la protección, la permanencia en condiciones dignas, subyacen en estos discursos a los que se tratará de abordar en el sentido socio

jurídico del derecho como construcción política de los pueblos, enfoque en el cual se pretende analizar la Ley Estatutaria de Salud. Papacchini, por encima de todas las garantías que materializa la Declaración de 1948, postula al respecto de los Derechos Humanos que estos:

“...responden a exigencias humanas universales. Sin embargo, en su configuración específica son un producto de la modernidad. Su consolidación resultaría impensable por fuera de algunos fenómenos concomitantes que definen la modernidad en el plano ético-político: separación de niveles entre moral, derecho y religión; consolidación de un Estado no confesional y laico; derrumbe del ordenamiento social feudal por estamentos y surgimiento de una individualidad libre” (Papacchini, 1998, pág. 139).

El material de estudio se encuentra clasificado en dos planos: la jurisprudencia como fuente primaria de estudio y el material bibliográfico de interpretación o heurística que constituye la fuente secundaria en todo el entramado hermenéutico del análisis. De esta manera, la proyección de toda la investigación se traza en el marco de una matriz categorial donde la vida, como principio universal se instala para dar paso a la interpretación de la salud y su vigencia dentro del estado de cosas jurídicas colombianas.

### **1.1. Enfoque metodológico**

La metodología implica para este estudio dos perspectivas: la cualitativa que determina el enfoque y la naturaleza conceptual de la monografía, y la hermenéutica como ámbito esencial toda vez que se trata de una investigación en línea interpretativa dentro de la expresión positiva del derecho en Colombia. Con base en estos preceptos el análisis comparado de normas y jurisprudencias, cuyo mayor referente está en la Ley 1751 de 2015; avanza a través del abordaje de material indexado en publicaciones científicas y el registro de prensa que se constituyen en materia de interpretación jurídica. Para ello se instrumentalizaron las fichas bibliográficas, tablas y demás instrumentos de análisis, como se proyecta desde la matriz categorial que a continuación se presenta.

## **1.2. Objetivos**

### **1.2.1. Objetivo general de la investigación**

- Analizar las garantías que prevé el Estado Colombiano para el acceso a la salud de los ciudadanos, dadas las condiciones de administración, intermediación y oferta contenidas en el sistema de salud, que reglamenta la Ley 1751 de 2015

### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Realizar un acercamiento conceptual sobre los términos: salud, derecho fundamental, el tipo normativo de ley estatutaria, Ley Estatutaria 1751 de 2015 y vida.
- Analizar el desarrollo jurisprudencial de la salud como derecho fundamental en Colombia desde la Constitución Política de 1991 hasta la Ley 1751 de 2017.
- Estudiar la conexidad del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, y su incorporación al ordenamiento jurídico como derecho fundamental a través de la Sentencia T 760 – 2008.
- Determinar el impacto de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 partiendo desde la normatividad implementada en la ley 100/93, y estableciendo los puntos relevantes de la crisis del sistema de salud en Colombia.

## **1.3. Pregunta de investigación**

- ¿Cómo garantiza el Estado el acceso a la salud de los ciudadanos, ante a los factores de administración, intermediación y oferta que caracterizan el sistema de salud en Colombia, a partir del año 2015?

## 1.4. Matriz categorial

Tabla 1. Matriz categorial - Ley 1751/15

|                   | CATEGORÍA                      | ATRIBUTO   | ALCANCE  |
|-------------------|--------------------------------|--|--|
| DERECHO A LA VIDA | SERVICIO DE SALUD              | Artículo 11 CN/1991                              | Análisis comparado de los establecimientos normativos, nacionales e internacionales, que legitiman la vigencia del Sistema Integral de Salud en Colombia.  |
|                   |                                | Derecho Fundamental                              |  |
|                   |                                | Declaración Universal de los DDHH – 1948         |  |
|                   |                                | Convenciones del derecho universal a la salud    |  |
|                   | LEY ESTATUTARIA - 1751 DE 2015 | Jurisprudencia – Corte Constitucional Colombiana | Analizar la ley estatutaria dentro del marco jurisprudencial nacional e internacional, desde la perspectiva de protección al derecho a la salud, que es así mismo, garantía del derecho fundamental a la vida. |
|                   |                                | Jurisprudencia – Corte interamericana de DDHH    |  |

Fuente: creación y diseño propio.

Los elementos descritos hasta aquí, constituyen todo el entramado metodológico con el cual se ha abordado el estudio monográfico de *La salud como derecho fundamental: desarrollo y vigencia a la luz de la ley estatutaria - 1751 de 2015*. En consecuencia hay un referente teórico que orienta el acercamiento tanto conceptual como metodológico a todo el trabajo: la perspectiva hermenéutica de Paul Ricoeur (Ricoeur, 2003), los aportes referidos a la interpretación de las garantías humanas de Ángel Papacchini, (2003), y la mirada crítica de derecho comparado divulgada por Christian Courtis (2006), en el marco del acercamiento a los objetos normativos del estado positivo en Occidente. Para C. Courtis (2006), el abordaje de la norma se presenta en dos perspectivas; una cuando la intención es cambiarla o sustituirla y dos, interpretarla, como es el caso

que ocupa a este análisis. Para el autor se habla, respectivamente de dos enfoques; *lege lata* y *lege ferenda*, y aproxima las siguientes conceptualizaciones: “Bajo este rótulo [lege lata] considero las investigaciones dedicadas a la propuesta de reformas o modificaciones del derecho positivo, la motivación de este tipo de investigación es la insatisfacción del jurista con una regulación vigente del derecho positivo –o con la ausencia de regulación de un determinado caso. La investigación de lege ferenda se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reemplazo o complementación por otra norma aun no vigente (Christian Courtis, 2006, págs. 122 - 126).

## 2. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL

La investigación, *La salud como derecho fundamental: desarrollo y vigencia a la luz de la ley estatutaria - 1751 de 2015*, se ubica en el marco de cinco conceptos centrales que derivan de la determinación categorial en los términos de la salud, la idea de derecho fundamental, la noción de ley estatutaria desde la perspectiva del derecho positivo en Colombia, la ley Estatutaria 1751 como objeto central de análisis y la vida en el escenario de los Derechos Humanos, que ingresan al ordenamiento jurídico nacional, por bloque de Constitucionalidad, Artículo 53 de la Carta Magna (1991).

- **La salud**

El concepto jurídico de la salud, es conexo con el de la vida. No obstante, el debate de si esta constituye o no derecho fundamental, se finaliza con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, donde en primera instancia se usa la palabra derecho para referirse esta como garantía, en el artículo 2º de la norma en mención, y además se especifican consideraciones de orden procesal que determinan obligaciones y formas de protección, como marco garante de dicho derecho legislado:

El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios... El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las

actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado (Ley 1751, 2015).

La salud es una garantía cuya materialización distinta a los demás derechos fundamentales que se conciben en Colombia, se percibe en los procesos. Su eficacia, función y su razón de ser es de orden práctico, para lo cual el Estado en Colombia prevé una red de instituciones (algunas de carácter público y la mayoría privadas), para dar cumplimiento a los imperativos contenidos en el artículo 49 de la Constitución que obliga a la protección de la misma:

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 (Constitución Política de Colombia, 1991).

Cabe destacar que la vigencia del artículo 49 surge con la ejecución del Acto Legislativo 02 del 2009, que en el artículo 1, bordea de derecho fundamental el concepto de salud, y este pasa a formar parte expresa y directa de la Constitución. Además, reserva para el Estado la obligación de protegerla mediante la organización y promoción de todo el sistema de salud, a lo largo y ancho del territorio nacional: “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud” (Artículo, 49).

- **Noción de Derecho fundamental**

En términos del jurista Bernardo Esperanza Martínez, “los derechos fundamentales son todos aquellos que el texto constitucional establece [y agrega refiriéndose a los mismos], aquellos que se hallan inscritos textualmente en las constituciones políticas pasan a ser derechos

fundamentales” (Esperanza Martínez, 2013, pág. 22). Un derecho fundamental, por el hecho de serlo, lo es en su naturaleza humano. La Constitución Política de Colombia se caracteriza por materializar los derechos fundamentales en el intervalo comprendido entre los artículos del 11 y 41, iniciando con la vida y atravesado un recorrido en el marco de los derechos a la libertad, igualdad, la intimidad, el trabajo, entre otros. En el artículo 1 de esta Carta Magna, el concepto de derecho fundamental se precisa la expresión filosófica que caracteriza el ordenamiento constitucional Colombiano: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Constitución Política de Colombia, 1991). En conclusión, los derechos fundamentales en Colombia son inherentes a la condición de nacional y de ciudadano, nacen con la constitución y se desarrollan en el marco de todas las prácticas sociales, culturales y políticas; estos son si se quiere, la base epistemológica de toda la inspiración garante del país que contiene la idea de dignidad humana.

- **El tipo normativo de ley estatutaria**

Manuel José Cepeda, quien fuera consejero presidencial en una de sus columnas del periódico El Tiempo de Colombia, publicada el 17 de junio de 1993, describe respecto que, “La ley estatutaria no es una ley ordinaria. Tiene un rango superior sobre las demás leyes y su estudio es de carácter prioritario. Ese rango de superioridad se lo da el hecho de que la naturaleza de los temas que trata, se constituyen en la espina dorsal de la Constitución Política. Cuando la ley está vigente, comienza a hacer parte de la Constitución política” (Cepeda, 1993). La ley estatutaria reúne tres características esenciales: la primera es que lo que jurídicamente se decida en esta, afecta la constitución; la segunda es que se desarrolla en el curso de una misma legislatura entre junio del año en que se presenta y julio del año posterior y la tercera es que su contenido debe de estar contemplado en la materia definida para el efecto, dentro de las estipulaciones del artículo 152 de la Constitución Política, que a propósito plantea lo siguiente:

Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: (a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (b) Administración de justicia; (c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; (d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana. (e) Estados de excepción. (f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

Cuando un proyecto de ley estatutaria se presenta al Congreso de la República, es fundamental que la Corte Constitucional haya hecho la respectiva revisión y garantizado su carácter de exequibilidad. En el carácter procedimental, la Constitución en el artículo 153, establece para el tipo de ley estatutaria, que esta se decide por mayoría absoluta del Congreso. El jurista Juan Carlos Cortés González, al referirse a la ley estatutaria precisa que esta podrá contener, luego del imperativo de materia que le obliga el artículo 152 (CN/91), “materias propias de ley ordinaria, las cuales podrán ser modificadas por leyes posteriores de igual carácter y sin que su adopción requiera de los formalismos especiales previstos por el artículo 153” (Cortés González, 2015, pág. 14). Estos factores hacen de este tipo, una ley de carácter especial dentro del ordenamiento legislativo nacional.

- **Ley Estatutaria 1751 de 2015**

Es esta la norma que organiza y regula todo el sistema de salud en Colombia. Su origen surge con el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia dados los antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2009, que en el artículo 1, expresa y promueve la obligatoriedad del Estado, como responsable de la salud de todos los ciudadanos en el país. Esta ley estatutaria, resulta luego de una grave crisis por la que ha atravesado la sociedad dada el colapso en el que se encontró para la época la Ley 100 de 1993, con el cual se creó el Sistema de Seguridad Social integral de Colombia (Ley 100, 1993).

La Ley estatutaria 1751, “tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección” (Ley 1751, 2015). En este orden de ideas, es una norma que conexas con varias garantías concebidas en el ordenamiento constitucional: la vida, la dignidad humana y la personalidad, entre muchas que pudieran participar de toda la integralidad, que componen el marco de garantías ciudadanas. El trabajo bien podría, en un ejercicio interpretativo formar parte de toda esa deliberación jurídica cuando la imposibilidad de tener un estado óptimo de salud, impide el ejercicio de la profesión u oficio, como lo prevé el artículo 25 de la C. N/1991.

- **La vida**

El concepto de vida en el establecimiento jurídico colombiano tiene su origen en el orden constitucional que de manera específica la reconoce como la primera garantía entre los *derechos fundamentales*, dados los antecedentes contenidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), que en su artículo 3º expresa: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (1948). La vida es, siguiendo a Ángel Papacchini, una conquista no de una nación sino de la humanidad, que aparece dentro de la concepción misma del derecho natural, hacia el siglo XVIII; al respecto el filósofo plantea: “En la ley natural se encuentra así arraigada la obligación de respetar la vida y los bienes de los demás, e incluso de asumir una actitud solidaria hacia quienes comparten el mismo rango de seres humanos dotados de razón” (Papacchini, 1998, pág. 158).

Colombia se suscribe a las Naciones Unidas en el año de 1951 y desde entonces la vida es un derecho inalienable y por su naturaleza intransferible, hasta el punto que aparece en la Constitución de 1991 definida en los siguientes términos: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte” (1991). Es decir, se ha consolidado un establecimiento ideológico que bordea la vida, afirmando toda una tradición que, aún en la Constitución de 1886, permanecía incólume y con un carácter sagrado. En la constitución de 1991, la vida se convierte más que un haber sagrado, en una garantía explícitamente pública, reconocida como derecho esencial, y es la puerta de entrada a todos los demás derechos que la carta magna reconoce a los ciudadanos.

El carácter de inviolabilidad eleva la noción de *vida* a un marco garante de alta complejidad en el interés colectivo de los constituyentes primarios. ¿Qué es lo inviolable? La respuesta al cuestionamiento, apunta a determinar que es todo aquello que, en el proceso, la posesión y el estado potencial de la vida, pone en riesgo su continuidad. La vida es una garantía continente de todas las que el sistema pueda promover, puesto que si esta falta, las demás pierden su sentido. El origen de este derecho que es a la vez un principio ontológico de tradición cristiana que, por fuerza consuetudinaria, cobra relevancia en la defensa social que las personas hacen del mismo. Esto se percibe tanto en lo ideológico como en el interés práctico de la garantía como tal, acudiendo con este concepto, a la teoría de los intereses cognitivos de los que habla Jürgen Habermas, interpretado por Shirley Grundy: “El interés práctico se basa en la necesidad fundamental de la especie humana de sobrevivir de vivir en el mundo y formando parte de él” (Shirley, 1998, pág. 30).

### **3. LA SALUD: DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA**

Acorde con los postulados analizados en este estudio, el principio que determina el concepto de salud se sitúa en que este es un derecho humano y por lo tanto forma parte de las conquistas universales de los pueblos. La salud es inherente a la vida, por lo tanto, en Colombia, tiene su origen ontológico en el artículo 11 de la Constitución nacional. Con relación a esto, el jurista Juan Carlos Cortés González, precisa que la salud, “es un derecho humano de carácter fundamental. En la declaración de Filadelfia en 1944, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconoce que una de las obligaciones de los estados americanos es “extender las medidas de seguridad para garantizar ingresos básicos a quienes lo necesitan y prestar asistencia médica completa”” (Cortés González, 2015, pág. 2)<sup>1</sup>. Colombia, a partir de la Ley Estatutaria 1761 de 2015, intenta responder a estos requerimientos internacionales, previstos con anterioridad en el artículo 49 de la Constitución Política.

---

<sup>1</sup> La referencia aparece en la página 2, en sección del Capítulo I, que precede al prólogo luego de la página 14, con la cual este finaliza. El diagramador no tuvo en cuenta las 14 cuartillas anteriores e inició en el capítulo I “Conceptos de Salud”, con la numeración de página 1.

La Corte Constitucional ha determinado en múltiples decisiones que el concepto de salud responde en todos los casos a un derecho fundamental, no obstante, su exigibilidad por acción de tutela, opera dentro de una interpretación relacionada con la vida. Es por ello, que la conceptualización de la Corte, sirve de sustento para solicitar (incluido en estos mecanismos la acción de tutela), la prestación de algún servicio por parte de las Entidades Promotoras de Salud, que en Colombia se identifica en las clasificaciones de Empresas Promotoras de Salud – EPS e Instituciones Prestadoras de Salud - IPS), formando todas estas la denominación del Sistema de Salud Nacional. El derecho a la salud como lo ha señalado la Corte es sin duda una prestación importante que debe proporcionar el Estado para garantizar la dignidad humana, en el sentido de que “cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia” (Sentencia T-926, 1999). Existir es en términos prácticos un acontecimiento, y las condiciones determinan los elementos que garantizan dicha existencia. Por lo tanto, la salud se ubica en el marco de todos los factores asociados al acontecimiento de la existencia humana, la salud es un sistema que el estado prevé para el ejercicio de la vida en todas sus formas de expresión humana.

Cada vez que se invoca la protección del derecho ante los tribunales nacionales, los preceptos de la Corte se traducen en mensaje contundentes para todos los servidores del Estado, incluyendo por supuesto a los particulares que prestan este vital servicio público. La idea es que ellos y las entidades, prioricen la atención y solucionen las eventualidades que pueden surgir cuando un ciudadano en uso de su derecho a la salud, recurre para buscar la solución a una problemática contenida en el marco garante que cubre el artículo 49 de la Constitución de 1991.

#### **4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL**

Colombia es un Estado social y democrático de derecho, así se estipula en el artículo 1º de la Constitución Política (1991): “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad

de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Art. 1º). El precepto se intenta materializar, cada vez que un ciudadano en ejercicio de sus garantías fundamentales decide reclamar la prestación de un servicio o el reconociendo de un derecho. Dentro de las formas usuales que suelen surgir de los mecanismos previstos por la Carta Magna para resolver los conflictos referidos a los Derechos Fundamentales, se encuentra la acción de tutela y los pronunciamientos generados mediante solicitudes respetuosas de derecho, protegidas por el artículo 23, de la Norma: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales” (Constitución Política de Colombia, 1991). En materia de salud, dichos mecanismos ponen en dinámica un juego estratégico y crítico para el ciudadano, que determina los desempeños de las entidades públicas o privadas encargadas de la prestación.

La salud concebida como una prestación protegida y en ocasiones prestada por el Estado, se constituye a partir la sentencia T 760 de 2008 en derecho fundamental y su conexidad es directa con la vida (Artículo 11). En términos del jurista Jaime León Gañán Ruiz (2010), la salud ha sido reconocida como una obligación a cargo del Estado, e implica: *“la garantía real a gozar de un estado físico, mental, emocional y social que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general”* (Gañán Ruiz, 2010). Estas razones han hecho que el derecho se haya ocupado de una vasta literatura jurisprudencial que, en los diversos órganos colegiados, dieron un lugar preponderante a la hora de dirimir las controversias que pueden surgir en la realidad vivencial de los colombianos, más aún cuando las inequidades caracterizan el devenir de la colectividad:

El Estado a través de su función jurisdiccional es generador de nuevas realidades y auto regulador de las tensiones existentes dentro de la sociedad, a partir de la construcción de herramientas discursivas que permitan fortalecer la cultura política y lograr un mayor engranaje entre los actores de la sociedad civil y las acciones encaminadas a implementar políticas públicas en beneficio de la comunidad (Nieves López, 2013).

El Estado generador es una función que se desarrolla al obligar a la administración, a través de mandatos perentorios, a cumplir con el deber que le asiste respecto de los derechos fundamentales y en especial el referido a la salud que es el objeto del presente análisis monográfico. La Corte Constitucional, en un marco jurisprudencial ha desarrollado el derecho a la salud, precisando que esta no es simplemente un servicio público a cargo del Estado, sino una obligación que se sustenta en la voluntad del Constituyente primario y los tratados internacionales, vigentes por bloque de constitucionalidad en el ordenamiento normativo de la nación:

“El Estado de Bienestar es un sistema basado en un contrato social escrito y tácito que garantiza la seguridad social, individual y colectiva, que promueve la justicia social y que propone fórmulas eficaces de solidaridad entre los hombres y las generaciones”. (Petrella, 1996, pág. 36)

Es claro que en Colombia existe toda una teoría encaminada a garantizar el acceso en condiciones igualitarias de los ciudadanos a la salud y todo lo que de ello deriva, para proteger su efectividad. Pero más allá de un componente teórico, el Estado cuenta con un marco legal que protege el ejercicio de la salud pública y este se regula a partir de la Ley 1751 de 2015, en cumplimiento de las estipulaciones del artículo 49 de la Constitución Política (1991).

En términos de sistema normativo, el país tiene toda una estructura clara. La problemática se cierne cuando los fines planteados normativamente en el sistema legal no coinciden con las estructuras propias de la red hospitalaria y de atención que demandan los colombianos en materia de protección a la salud y por consiguiente a la vida. El debate en *quid facti*, hace que las cortes se pronuncien, obligando a las entidades prestadoras de servicios públicos y privados del sistema de salud en Colombia a hacer efectivas disposiciones jurídicas para la atención ciudadana, dentro de las cuales se destaca el principio de continuidad y el Derecho de estar informado por parte del paciente (Sentencia T-234, 2013), Derecho al diagnóstico (Sentencia T-361, 2014), la protección especial frente a las enfermedades catastróficas o ruinosas (Sentencia T-499, 2014), la doble connotación de derecho fundamental y al mismo tiempo servicio público (Sentencia T-121, 2015), el Concepto científico del Médico Tratante (Sentencia T-345, 2013), y en especial el derecho a la

atención y suministro de medicamento, que protege la sentencia T-760 de 2008. A continuación, se presenta un análisis conceptual en estos aspectos.

La salud como condición humana, se exterioriza por cuanto es perceptible en la fenomenología o comportamiento del cuerpo. Tratándose de un intangible, la salud se integra a una continuidad biológica que se define como la vida. Cuando se presenta una situación que ponen en crisis la salud, opera el derecho y este en el marco de los procedimientos, se garantiza con la continuidad del servicio, los diagnósticos y las contingencias de protección. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana, estable que debe caracterizar el servicio de la salud por parte de las entidades promotoras de la misma, el carácter de continuidad, como prestación ininterrumpida de servicios:

Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica... su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad (Sentencia T-234, 2013).

Conexo al derecho de continuidad, está el de diagnóstico, que según la Sentencia T-361 de Corte Constitucional Colombiana, establece que éste debe ser conocido tanto por el paciente como por los galenos encargados de la prestación del servicio.

El derecho al diagnóstico como aspecto integrante del derecho a la salud, es indispensable para llegar a una recuperación definitiva de una enfermedad o a mejorar la calidad de vida del paciente. De manera que la negación del mismo, impide que se realice el tratamiento adecuado y preciso que requiere el afectado. Pero, no solo la negativa del derecho al diagnóstico vulnera los derechos constitucionales, sino cuando no se practica a tiempo o se realiza de forma negligente, complicando en algunos casos el estado de salud del paciente hasta el punto de llegar a ser irreversible su cura, eventos en los cuales, puede llegar a afectar gravemente la salud y la dignidad humana del paciente al someterlo de manera interminable a las afecciones propias de su mal estado de salud (Sentencia T-361, 2014).

La protección especial del paciente, es despierta fundamental interés por parte de la Corte Constitucional Colombiana. De esta manera, se expresa el ente frente a las enfermedades catastróficas o ruinosas (Sentencia T-499, 2014)

Las personas que se encuentran en situación de debilidad gozan de una especial protección constitucional con respecto al derecho a la salud, el cual debe reforzarse dado el alto grado de vulnerabilidad en el que estas personas se encuentran. De esta manera, las personas que padecen enfermedades catastróficas como lo es el cáncer, deben gozar de una atención médica que les garantice dicha protección (Sentencia T-499, 2014).

El médico, por su parte integra una persona jurídica sobre la cual recae la responsabilidad del tratante. De esta manera, hablar del médico implica el reconocimiento en primera instancia del principio de corresponsabilidad: el estado y la institución promotora de salud para la cual sirve, son responsables de sus decisiones y procedimientos. Por otro lado, el médico se determina sujeto en el desarrollo de la actividad profesional, por lo cual la Corte Constitucional, prevé:

Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere en una situación dada un paciente en particular, podría de buena fe, pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico (Sentencia T-345, 2013).

Los jueces en su leal saber y entender, responden a una voluntad médica que asesora y prueba la pertinencia. No obstante, hay imperativos constitucionales y jurisprudenciales que aseguran el reconocimiento de las garantías fundamentales. La problemática en Colombia se deja sentir cuando, en condición de vulnerabilidad cientos de persona y comunidades enteras, luchan contra las intermediaciones de las EPS, sin alcanzar de estas los acompañamientos, las intervenciones, los suministros y atenciones que resuelvan la salud frente a las enfermedades.

### **Derecho a la Salud en la Corte Constitucional**

Copiosa jurisprudencia como ya se destacó, ha surgido en el seno de esta corporación, desligando la salud de una simple prestación para convertirla en primera instancia como un derecho

fundamental, pero con conexidad con el derecho a la vida, para después darle el tratamiento de derecho fundamental autónomo.

En ese sentido, dos posiciones han sido destacadas desde los mismos orígenes de la creación jurisprudencial, la primera vertiente ligando el reconocimiento de este derecho por la relación de sujeción y su relación de causalidad directa con la vida del ser humano y la segunda, indicando que se trata de una prestación de carácter asistencial, que surge del contenido sistémico del Estado Social de Derecho, esta posición se resalta en entre otras decisiones en la sentencia T-484/92, donde se indica:

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 a atentar contra su propia vida. 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. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela. (Sentencia T-484, 1992)

Situación que estuvo presente en las decisiones de la Corte hasta el año 2008<sup>2</sup>, donde por primera vez se realza y desliga el derecho a la salud del de la vida, y se convierte en derecho

---

<sup>2</sup> Véase sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

autónomo, al considerar que hacía parte de las reivindicaciones sociales que han acompañado la evolución histórica del hombre, especialmente después de la segunda guerra mundial donde se empezaron a construir herramientas y mecanismos indispensables para la protección del núcleo duro<sup>3</sup> de los derechos humanos.

Mecanismos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, elevaron a la categoría supra legal la protección de la salud y su inherente conexidad con la dignidad humana, especialmente por la posibilidad que su amparo esté ligado directamente al desarrollo de su fuero interno, su expectativa social y la vida en comunidad, patrones que se circunscriben a la protección y desarrollan todo un espectro que rodea al individuo a su familia y por supuesto a la sociedad misma.

Dicha línea de la conexidad, se encuentra realizada entre otros pronunciamientos cuando la Corte desarrollo los siguientes aspectos:

- El derecho a la salud no es un derecho prestacional - Sentencias T-395/98, T-076/99, T-231/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- El derecho a la Salud puede adquirir rango de fundamental cuando se encuentra ligado al derecho a la vida y es necesario recuperar el primero (la salud) para garantizar la dignidad de las personas – Sentencias T-271/95, T-494/93, T-395/98.
- La salud es un derecho constitucionalmente protegido en los eventos en que por conexidad se pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida. Sentencias SU-111/97, SU-03998, T-236/98, T-395/98, T-489/98, T-560/98, T-171/99.
- Sentencia T-760/2008

---

<sup>3</sup> Se refiere entre otros aspectos a los derechos inalienables que no pueden ser limitados ni restringidos incluso en estados de excepción. En ese sentido véase El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público”, en El núcleo duro de los derechos humanos (A. Marzal, Ed.), K.M. Bosch editor-ESADE/Facultad de Derecho Universidad de Navarra, España, 2001; ÍD

Esto indica que su garantía, autonomía e independencia fue supeditada a la posibilidad de la afectación de la vida, situación que si bien es cierto permitía la protección del derecho por vía de tutela, imponía una carga adicional al peticionario o usuario del sistema, delegando la protección solamente a los casos más graves, situación que potencializa la concepción de prestación y no de derecho de aplicación inmediata, en ese sentido es preciso destacar lo señalado por la Corte en la sentencia SU 111 de 1997, en donde se planteó:

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 fundamentales de aplicación inmediata. (Setencia SU-111, 1997).

Lo anterior porque a la luz de la Corte, el derecho a la salud hace parte de los denominados derechos económicos sociales y culturales, donde su protección está ligada al desarrollo legal de la política pública; se reconoce la posibilidad de conexidad con la dignidad humana y por ende la vida, pero se supedita a la demostración del grado de afectación en relación con los esquemas de protección jurídica, en ese sentido se destacó:

Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial. (Setencia SU-111, 1997).

Nótese, por un lado se protege la salud, pero se impone una carga especial que va ligada a la autonomía de la prestación como requisito esencial para adquirir el derecho pretendido, en esencia la demostración especial de la vinculación de su afectación directamente con la posibilidad de perder su vida, lo cual se torna en extremista si se entiende la salud como la posibilidad armónica de convivir con dignidad en el medio en el que se desenvuelve, sin que esto conlleve necesariamente a que su vida corre peligro inminente.

Esta línea de la conexidad y del privilegio de la concepción de prestación sobre derecho, estuvo presente como se señaló hasta el año 2008 donde se reconoce prima facie la posibilidad de hilar con autonomía e independencia la salud como derecho fundamental, en todos los casos y para todas las personas, toda vez que potencializa el concepto de Estado de derecho y la dignidad humana.

Bajo esa dinámica, la Corte en los últimos años ha desarrollado sus precedentes con base en la autonomía de la salud como derecho fundamental, en ese sentido, se acuñan pronunciamientos de origen primario para entender el carácter de fundamental de un derecho, destacando dos aspectos a saber, uno formal, que implica el reconocimiento implícito en la Carta Magna por el constituyente y uno material, el carácter de esencial del derecho respecto de la persona humana. (Sentencia T-002, 1992).

Criterio que se materializó en la sentencia T-760 de 2008, donde como se indicó en precedencia por primera vez se incluyó el derecho a la salud como derecho autónomo, destacando la forma como esta corporación lo ha protegido durante los últimos años, decisiones que se convierten en instrumentos fundamentales para realzar la importancia de la tutela formal, precisamente por su indiscutible conexidad con la vida y la dignidad humana. Al respecto la Corte indicó:

(...) El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de

conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad;(...). (Sentencia T-760, 2008)

Y se desarrollan elementos esenciales que materializan el derecho; “*El derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional*”. (Sentencia T- 121, 2015). La disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de, por ejemplo, medicamentos esenciales, establecimientos de salud, médicos generales y especialistas, tecnologías de vanguardia, agua potable y demás elementos necesarios para cubrir las necesidades de la población. La aceptabilidad involucra, que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a la persona, teniendo en cuenta la cultura, etnia, filosofía, cosmovisión, genero, incluso el ciclo de vida, tomando como base el enfoque diferencial que debe caracterizar la prestación de un servicio, situación que potencializa el derecho a la igualdad.

La accesibilidad, que comprende un enfoque amplio: por un lado, la prohibición de discriminación y por el otro la disponibilidad de una infraestructura que llegue a todos los rincones del territorio, dando la posibilidad a todos los ciudadanos en especial a los grupos vulnerables de acceder a los servicios incluyendo, por ende, el factor económico y la información.

La calidad e idoneidad profesional, permite que el usuario sin distinción social, pueda tener la última tecnología disponible para curar su padecimiento, además del personal idóneo que atienda sus requerimientos, adecuando las necesidades visibles de los pacientes a los modelos, estándares y protocolos vigentes en un ley del arte de estándar internacional.

Aspectos que refulgen en las decisiones de la Corte, como ruta a seguir en el camino de la asistencia integral para el ciudadano que requiere y necesita del servicio de la salud, que deben ser constatados por el juez de tutela a la hora de solucionar una controversia que surge de la necesidad de atención frente a un padecimiento médico, que se convierten en el sustento esencial de la reforma

legal que cursó en el congreso y se materializaron en la ley estatutaria de la salud que fuera sancionada en el 2015 por parte del Presidente de la Republica. Dichos aspectos son producto de la remisión a los estándares internacionales de protección a la salud que está ligado a la vida e integridad del ser humano, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que:

Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera. (Caso vera vera y otra vs. Ecuador, 2011) .

Derecho que se potencializa cuando la persona que requiere de la atención como en el caso ya citado hace parte de grupos vulnerables, donde la prestación debe ser garantizada, por cuanto su vulneración desnaturaliza la concepción misma del Estado de derecho y vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales que sin lugar a dudas tiene en la dignidad humana su mayor exponente ya que recoge todas las expectativas visibles para que un ser humano se desenvuelva en sociedad y pueda desarrollar su mínimo vital.

## **5. LA LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015**

### **5.1. Antecedentes**

Las condiciones socio-económicas de Colombia en la década de los años 90<sup>a</sup>, caracterizaron una población por un lado afectada por el terrorismo del narcotráfico, y por el otro, las

contradicciones políticas de las corrientes internas que hicieron colapsar la economía nacional con afectación directa a la población de escasos recursos económicos, tanto en el agro como en la ciudad. Las condiciones de salud se agravaron por la falta de recursos, instalaciones y profesionales, e incluso fue necesario importar talento humano de naciones vecinas entre las que se destaca no solo el ingreso de médicos cubanos sino el convenio internacional del Estado Colombiano con universidades de la Isla para efectos de paliar la crisis interna. Sólo a manera de ejemplo, valga el siguiente concepto de la Corte Constitucional al respecto, referido al auto ejecutorio de expedición de títulos a profesionales de la salud en 1994: “*El diploma otorgado por los Institutos de Educación Superior de la República de Cuba que confieren el título profesional de Médico y el diploma universitario de Médico y Cirujano otorgado en la República de Colombia son equivalentes y dan derecho a sus titulares a ejercer la profesión*” (Sentencia C-227, 1998). Para reforzar la plataforma de asistencia médica el país requiere con urgencia una normatividad referida específicamente a la salud y ésta surge como una respuesta a la necesidad de garantizar la cobertura y el cubrimiento en salud para todos los colombianos; lo cual estaba soportado en una garantía constitucional (art. 49 CN/91).

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes.... 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 (Constitución Política de Colombia, 1991).

Nace de esta forma, sobre la base del artículo 1° de la Ley 100 de 1993, *El sistema de seguridad social integral*, que “tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten” (Ley 100, 1993). Luego vendrá el Acto Legislativo 02 de 2009, en el que la discusión de si la salud es o no derecho, cuenta con concepto de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional para que el Congreso de la República proceda a reformar la constitución en el texto mismo del artículo 49, previamente citado en este análisis,

“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes [ss]” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Entre 1993 y el 2009, se abre un intervalo de reflexión política en torno a la problemática de la salud. La Ley 100 de 1993, no responde a la alta demanda que la crisis del sistema registra, máxime cuando, el sistema nacional de salud prometía “el aseguramiento, la prestación, la participación privada-estatal, la dirección y vigilancia, la competencia, paralelo con el fortalecimiento que le propinó a los hospitales estatales”. Todas estas condiciones, llevan a un plano de reductibilidad el sistema de Salud en Colombia, y es necesario comenzar a pensar desde el legislativo en una reforma integral a la prestación del servicio de salud, que pasados seis años, se reflejará con la expedición de la ley estatutaria 1751 de 2015. El gran problema sin duda involucra concepciones, dentro de las cuales la idea de mercantilización del derecho, ha colapsado el sistema y por consiguiente se ha alejado de la expresión coherente frente a la dicotomía macroeconomía y salud, que según la Organización Mundial de la Salud se define como la suma de aquellas;

“formas de brindar apoyo a las iniciativas nacionales que procuran otorgar a la salud un espacio central en los programas macroeconómicos de los países, mediante una combinación de promoción, economía y experiencia en salud pública. El objetivo principal de estas tareas es elevar la conciencia política en el más alto nivel, así como aumentar el compromiso con los planes de desarrollo de cada país, que se llevan adelante en consonancia con tres temas principales: mejorar la salud de los pobres, aumentar las inversiones en salud eliminar progresivamente las limitaciones no financieras” (Sachs, 2001, pág. 4).

Posiblemente la problemática en Colombia, deba dar paso a ecos internacionales para devolver a la sociedad en general y en especial a las clases trabajadoras, un sistema de salud con menos intermediación, con más oportunidades de acceso, con menos restricciones humanitarias y con mayores inversiones macroeconómicas que garanticen con la salud, el derecho fundamental a la vida.

## 5.2. Un nuevo sistema de salud

Dadas las circunstancias de salud con que el siglo XXI ingresa en Colombia, es claro que se requiere una reforma con carácter igualitario, donde sea posible la protección al derecho a la vida (Art. 11, CN/1991), desde la protección misma de la salud como condición previa para la materialización de ésta, básica de todos los derechos humanos. Es así, que el origen de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, aparece con una iniciativa del Ministerio de Salud y Protección Social al lado de notables sectores de la sociedad civil colombiana.

El 19 de marzo de 2013, el Ministro de Salud y Protección Social Alejandro Gaviria Uribe, presenta al Congreso un proyecto de ley para la reforma integral de la Salud, en cuyos atributos se destacaron: *“(a) la definición del derecho fundamental a la salud. (b) la sostenibilidad en el financiamiento del plan único de salud. (c) la calidad y términos de acceso, continuidad y progresividad. (d) la eliminación progresiva de las exclusiones conocidas como servicios no POS, (e) los mecanismos para incentivar corresponsabilidad en el cuidado de la salud de los afiliados al sistema y lograr mejores resultados en la salud”* (Cortés González, 2015, pág. 51).

El proyecto inicial intentaba materializar la prevalencia ontológica de la salud como paso fundamental a la protección de la vida cuyo antecedente está dado en el marco de la inclusión nacional a la Organización de las Naciones Unidas: la vida en Colombia es un derecho. No obstante, se perciben elementos estructurales, a los cuales la ley tiene que dar respuesta puntual y esto pone al descubierto la crisis económica: ¿quiénes estarán a cargo de la sostenibilidad del sistema de salud?

La propuesta no tarda en determinar lo propio y se conciben las EPS – Entidades Promotoras de Salud, como instituciones que junto al Estado darán frente a la demanda de salud que el país registraba. Una vez aprobada la norma en el Congreso de la República, las EPS, se institucionalizarán bajo la protección y desarrollo de la ley 1751 de 2015.

El 16 de febrero de 2015, se expide la ley 1751 que reformará el sistema de salud en la nación. Como característica particular, se reconoce que ésta norma se sitúa en una amplia jurisprudencia previa cuyos principios han sido esbozados antes en este texto, desde los postulados del jurista Juan Carlos Cortez González, en su libro *Ley estatutaria de Salud: comentarios a la ley 1751 de 2015*. En este orden, Cortés, G. Reconoce que la Ley Estatutaria 1751/15:

recoge, sistematiza y reafirma criterios legales por lo que sus contenidos tienen relación directa con normas existentes... tiene un fuerte contenido principal... en la incorporación a nivel estatutaria del principio de continuidad... una vez iniciada la prestación de una atención esta no pueda suspenderse por razones administrativas o económicas... se reafirma el principio de atención inicial de urgencias de manera universal y sin barreras y el no traslado de cargas administrativas al paciente (Cortés González, 2015, pág. 77).

En el marco de los elementos que determinan la norma, el artículo 6° destaca los de *disponibilidad* (lit. a), referido al carácter de obligatoriedad para el Estado de ofrecer a los ciudadanos una logística e infraestructura amplia y suficiente para la prestación general del servicio. La *aceptabilidad* (lit. b), que protege elementos éticos y de elección por parte de los usuarios, al interior del sistema de salud. Accesibilidad (Lit. c), en el marco de la apertura de tecnologías y servicios suficientes ante la demanda de salud, priorizando en las características de vulnerabilidad y los principios de igualdad, inclusión y pluralismo. La calidad e idoneidad profesional (lit. d), referida a la protección en cuanto a personal médico competente y el respeto por el cumplimiento de estándares básicos de atención y suministro de mediaciones científicas.

Luego, la misma norma admite la prevalencia de principios fundamentales, sin los cuales el derecho a la salud, perdería su calidad de garantía fundamental. Es así que en la Ley 1751, la salud responde a un carácter de *Universalidad* (lit. a, del Artículo 6°), lo que quiere decir, que el servicio es para todos. La salud es por principio *Pro homine* (Lit. b), es decir, favorable a la condición humana en materia de normatividad y procedimientos. Es además, *continua* (Lit. d), por lo que “las personas tienen derecho a recibir el servicio de salud” de forma ininterrumpida.

Prevalece en el ejercicio de la prestación de salud, el derecho de *oportunidad* (Lit. E), donde la instrumentalización requerida en materia de servicios y tecnologías se ofrecen sin dilaciones.

En un marco de igualdad, la norma prevé la prevalencia de derechos (Art. 6º, lit. f), sobre la base del acceso integral al servicio en especial para los niños, niñas y adolescentes. En esta parte, la conexidad de la norma se establece a partir del artículo 44 de la Constitución, con los preceptos de la Ley 1098 de 2006, en el artículo 9, que establece la prevalencia de derechos para los menores en el país, “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes” (Ley 1098, 2006). Sin desconocer que son diversas las prevalencias de la Ley 1751 de 2015, esta es una entre ellas, de singular importancia.

La salud, conserva la *progresividad del derecho* (Art. 6º Lit. g); aspecto que demanda del “El Estado la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso” (Ley 1751, 2015). El Estado está obligado a modernizar y a exigir la modernización de las estructuras de salud que protegen la prestación del servicio en el territorio nacional.

Sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, son principios que el artículo 6º concibe en los literales del *i, al l*, respectivamente; y que la norma hace positivo para responder de manera contextual al postulado ontológico del contenido principalístico del artículo 1º de la Constitución Política de Nacional: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (1991). (Subrayado propio)*

En el marco de ese pluralismo, la seriación de principios contenidos en la Ley 1751/15, finaliza con la protección de los pueblos indígenas, en los literales *m* y *n*, del nombrado artículo 6º. Se trata de un aspecto prevalente donde el Estado no podrá suscribirse a la protección de las

minorías étnicas y por lo tanto es de sustancial importancia, la preservación de los sistemas de salud para esta población, altamente vulnerable que constituye patrimonio cultural intangible para la humanidad.

En conclusión, la Ley 1751/15, integra una norma especial y por ello su carácter de estatutaria. Está orientada a responder por el principio de seguridad que es el mismo que le da sentido a la existencia del estado, siguiendo los postulados de Thomas Hobbes, y de cuantos en la modernidad se han ocupado para pensar la consolidación del mismo como forma de determinación y existencia de los pueblos, donde, “se provee [como función ulterior del Estado] a la seguridad pública por un acto [superlativo] del más digno” (Rousseau, s. f, pág. 117), entre todos los bienes a los cuales la sociedad aspira.

## **6. CRISIS DEL SISTEMA INTEGRAL DE SALUD EN COLOMBIA**

La intención del gobierno nacional al reformar la Ley 100 de 1993 se materializó al momento de sancionar la Ley 1751 de 2015. Dos años después de la implementación persisten a 2017 los mismos inconvenientes que justificaron su llegada a la vida jurídica nacional: la tutela, sigue siendo el único mecanismo válido y eficaz, a través del cual los colombianos exigen los servicios en salud que requieren, y ésta a su vez, revela la precaria condición de intermediación que afecta todo el sistema. Dicha situación fue planteada por el ex presidente de la Corte Constitucional José Gregorio Hernández, en el 2016, argumento que es traído al debate por la analista Marcela Peña, al coincidir con el jurista, que:

Las EPS se siguen favoreciendo de la intermediación, esa es la grave problemática de la salud desde la Ley 100. Hace falta que el Legislador dicte normas mucho más efectivas y que el Ejecutivo cumpla su propia tarea, que no se quede en las declaraciones del Ministro de Salud, que la Superintendencia de Salud vigile que los usuarios no sean atropellados, que haya atención, no pueden seguir prevaleciendo criterios económicos; la salud no es un negocio, eso no lo ha entendido el Congreso y creo que es indispensable dar cumplimiento a las

sentencias de la Corte Constitucional, porque la tutela es la que ha servido para que muchos colombianos se hayan salvado de la muerte (Hernández, Gregorio, 2016, en Peña, Marcela).

Se hace evidente una situación que agobia a los colombianos y que viene desde la misma configuración del sistema integral en salud, la intermediación financiera, flagelo que no pudo ser suprimido por la actual legislación y que según Hernández (2016), convierte la legislación vigente en un ingrediente más para aquello que se ha denominado, en términos de Ulahy Beltrán López, obesidad normativa. Es decir, una sobre exposición normativa en torno a un asunto específico que para el caso es la Ley 1751 de 2015. Para ser más precisos, la obesidad normativa, hace que “Los colombianos casi que cada día se despiertan enterándose de la expedición de una nueva norma en el sector salud, ya sea una ley, un decreto, una resolución, además de las circulares y conceptos que las diferentes instancias nacionales y territoriales generan para este sector” (Beltrán López, 2015).

Existen innumerables normas, resoluciones, decretos, que desarrollan el sistema integral en salud en Colombia, pero que ponen en cuestión la contundencia de su sentido cuando se niega algún servicio esencial para los usuarios del sistema, situación que obliga a recurrir al *juez constitucional* para que por vía de la acción de tutela reconozca la prestación del servicio y haga efectiva la garantía negada. Es un asunto, que afecta el desarrollo del derecho fundamental y autónomo de salud.

La salud en Colombia, responde a un diseño de aseguramiento pluriestructurado, donde la intermediación financiera de las EPS, concurre a la utilización de los recursos destinados por el gobierno nacional, mediante recaudo de las tasas porcentuales y aranceles fiscales. Con lo propio se financian actividades administrativas dirigidas a terceros que ven, en la prestación del servicio de salud un negocio. La intermediación es una estrategia escalonada del modelo de gerencia que privilegia la rentabilidad monetaria frente a la necesidad asistencial. Si bien es cierto que se integró la atención, ésta no llega en forma de servicios, agilidad y pertinencia a las zonas declaradas por el Estado de *difícil acceso*: riberas de los ríos, asentamientos en el interior de las selvas y los páramos,

periferia afectada por el conflicto armado en las ciudades metrópolis del país, entre otras. En esos lugares, resulta precaria la extensión del servicio tanto para las EPS, como para el Estado. Esta problemática la hace evidente Iván Alberto Díaz Gutiérrez (2013), al cuestionar la ley estatutaria de salud y sus bondades cuando afirma:

En circunstancias de alta siniestralidad, no podrá esperarse otra cosa que la afectación de las ganancias acumuladas en el tiempo, cuando el valor de las reservas no sea suficiente para afrontar esa magnitud excepcional de siniestros. Pero, aun así, se requiere de una información técnica adecuada para concluir si el sistema está realmente en crisis o si ha sido tan exitoso, en su gestión y planeación, que es capaz y suficiente para afrontar los picos o pluses inesperados, sin tener que afectar ni su patrimonio ni sus utilidades. No está por demás recordar que el sistema de reaseguramiento disminuye los impactos negativos en una situación de crisis como la anotada, sin mencionar las necesarias compensaciones que el sistema político promueve para equilibrarlas. (Díaz Gutiérrez, 2013, pág. 111).

Los argumentos expresados, dejan sin efecto las palabras pronunciadas por el presidente Juan Manuel Santos a la hora de sancionar la ley 1751/15, al precisar que:

“estamos partiendo la historia de la salud en dos... con la Ley Estatutaria que sancionamos se acaban varias cosas... el ‘paseo de la muerte’, se acaban las excusas para interrumpir tratamientos de los pacientes, se acaban los abusos de los precios de los medicamentos. Y en adelante serán los médicos, no las EPS (Entidad Promotora de Salud) los que decidirán sobre el tratamiento que recibirán los pacientes. Hoy es 16 de febrero y este día quedará en la historia como el día que consagramos la salud como un derecho fundamental. Es la primera vez desde la Constitución del 91 que se reglamenta un derecho fundamental”. (Presidencia, 2015)

Esta afirmación surge de tres posturas que fueron recopiladas en un artículo por la Revista Dinero (2016), personas autorizadas que realizan un diagnóstico de lo que hoy por hoy constituye la nueva Ley 1751/15, sus implicaciones en el devenir nacional y los verdaderos alcances de la misma, que sin duda se quedan cortos a las expectativas promulgadas por el Presidente cuando exaltó las bondades de la reforma. Para Juan Camilo Giraldo, Director General de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, (ACHC) *“ha seguido la inercia del sistema de salud colombiano como venía de tiempo atrás. La Ley Estatutaria fue aprobada y sancionada con una gran puesta en escena y como el cambio trascendental del sistema de salud, pero, aparte de la declaración de principios de que la salud es un derecho fundamental autónomo, que es una noticia buena, la realidad no ha cambiado mucho”* (Editor Revista Dinero, 2016).

En el Informe al Congreso presentado por el Ministerio de Salud, el ente administrativo asegura que la crisis en salud se ha acrecentado en los periodos que van del 2010-2013 y del 2013-2014. Describe que la cartera de los servicios médicos de las IPS adscritas a la organización que preside, superó los 5.8 billones de pesos, cifra que si se compara con la del año inmediatamente anterior ascendió a 1.38 billones (Ministerio de Salud, 2014), y supera el presupuesto previsto para la cartera en salud. En el tema específico de los medicamentos, en ente administrativo reconoce allí una crisis que no ha sido resuelta y que requiere intervención del Estado: *“La Política Farmacéutica Nacional, apunta a resolver dificultades basadas principalmente en tres componentes como son acceso, uso adecuado y calidad de los medicamentos, dando alcance a los lineamientos definidos. El Ministerio de Salud y Protección Social, ha venido realizando reformas y dando nuevos lineamientos para regulación del sector, los cuales se relacionan a continuación”* (Ministerio de Salud, 2014, pág. 129).

El perjudicado directo en todo esto es el usuario, ya que las IPS, no tienen los insumos suficientes y adecuados para garantizar la prestación del servicio. Aspectos como la reducción de nómina general y especializada, acrecienta la problemática en lugar de menguarla. La Decana de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana, Doctora Mary Bermúdez, manifiesta en una entrevista para el editor de la Revista Dinero, que durante su primer año, la ley estatutaria antes de

propiciar los cambios estructurales tan necesarios para proteger las garantías contenidas en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, lo que ha hecho es incentivar el debate:

Los avances no han sido muchos y los cambios sustanciales aún no se han visto. Ha sido un periodo de análisis que ha generado muchos escenarios de discusión alrededor del tema, especialmente en lo relacionado con la autonomía médica, la formación del recurso humano para ejercer esa autonomía, el significado de la salud como derecho fundamental y el uso racional del recurso, en lo cual ha habido una participación importante de la academia. (Editor Revista Dinero, 2016)

Los aspectos relevantes de la reforma aún están por instrumentalizarse, de acuerdo con los postulados constitucionales. No obstante, la autonomía médica, es limitada por la injerencia de las EPS, en los procesos de intermediación. Es por ello que la vía de tutela resulta la más expedita para la aplicación de procedimientos, entrega de medicamentos (muchos de estos que podrían ser recetados desde el mismo consultorio sin necesidad de acudir a fuentes exógenas), aspecto que es objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, cuando analizó el principio de autonomía al interior de la norma: “Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica” (Ley 1751, 2015). En Colombia la tutela es quizás la acción más recurrente en materia de salud, asunto que es ampliamente demostrable desde las prácticas del servicio médico ofrecido por las EPS.

En materia procedimental, para la Corte Constitucional Colombiana, como lo señala el jurista Jaime Calderón (2015), el ejercicio médico se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales:

(...) capacidad técnica del médico y consentimiento idóneo del paciente”.  
Además, “la autonomía es una expresión indispensable de la libertad... de tal

modo, que al pretender correlacionar los deberes y derechos de los médicos frente a pacientes, la autonomía y su regulación, son criterios forzosos para delimitar recíprocamente los ámbitos de actuación de unos y otros...el considerar a la persona autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”. (Calderón, 2015)

En una situación que siendo benéfica para los profesionales de la salud, encuentra obstrucciones en el plano procedimental, ya que la realidad muestra un panorama en el que los presupuestos contenidos en el artículo 2 de la ley estatutaria y que fueron exequibles para la Honorable Corte Constitucional, resultan burlados por el sistema:

En cuanto al enunciado normativo contenido en el artículo 2º, cabe decir, en primer lugar, que caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (Sentencia C313, 2014)

Según Félix León Martínez, presidente de la Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Salud y la Seguridad Social (Fedesalud), se hace evidente la existencia de un escenario donde el sistema de autorizaciones sigue vigente, salvo en caso de urgencia, lo cual según su sentir ya

estaba establecido en codificaciones anteriores, incluso en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, que por vía de sentencia de constitucionalidad ya habían introducido dichos imperativos en la normatividad colombiana. León Martínez, aseguro en la Revista Dinero (2016), que “desde su aprobación por el Congreso, señalamos públicamente que la Ley Estatutaria no iba a cambiar de manera sustancial la operación del Sistema de Salud, pues no modificaba el incentivo perverso dado por el Estado a las EPS para que su ganancia dependiera de la negación, postergación o restricción de servicios a sus afiliados” (León Martínez, 2016). Sin embargo, en mayo 6 de 2016, el Gobierno, a través del Ministerio de Salud, expide el Decreto 780/16, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” (Decreto 780, 2016).

La disposición jurídica de orden ministerial pone en manos del Ministerio de Salud y Protección Social, la responsabilidad de “formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, promoción social en salud, así como, participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales” (Decreto 780/16, Artículo 1.1.1.1). Hay una corresponsabilidad del Estado que se pone en cuestión, cada vez que el sistema de salud presenta dificultades de tipo estructural, instrumental o financiero, para garantizar la salud y por consiguiente la vida de los ciudadanos en Colombia. De esta forma, no se admite la congestión judicial ocasionada por el incremento en las acciones de tutela, es muestra de lo mal que anda el sistema de salud, “La ley aprobada no hace cambios estructurales al sistema de aseguramiento y permite que la solidaridad económica siga siendo un posible negocio que no beneficia o poco beneficia al sistema general de seguridad social en salud.” (Díaz Gutiérrez, 2013)

En materia de sostenibilidad financiera, queda sugerido un tema álgido para el sistema de salud en Colombia: la deuda que tiene el Estado con las EPS y estas a su vez con las IPS. Es una crisis, que pone en cuestión la idea de liquidarlas, transformarlas, intervenirlas. En todos los casos los usuarios del sistema, diariamente encuentran obstáculos insalvables cuya única tabla de salvamento no es otra que la Acción de Tutela. Para Néstor Álvarez, presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -Acemi, un año después de la sanción presidencial

de la LEY 1751/15, la crisis de salud no se resuelve como se prometió al principio. Se han expedido decretos que contradicen lo pactado en la reforma, relacionados con el tema de pagos y continuidades en el sistema por parte de los usuarios. Como problemáticas factuales es evidente la demora en la asignación de citas, la congestión en las salas de urgencias, la lentitud en el calendario de cirugías y procedimientos de alta medicina. En entrevista realizada por el periódico el Nuevo Siglo señaló,

Han sacado circulares que van en contra de la misma ley estatutaria, como el decreto único de afiliación donde se deja éste como requisito para poder acceder a los servicios de salud cuando la ley dice que la salud es un derecho para todos los colombianos independientemente de sus condiciones, como la suspensión de los servicios de salud cuando el empleador se demora en hacer los aportes. El Gobierno y las EPS siguen aplicando decretos de la Ley 100 que en este momento son totalmente contradictorios a la ley estatutaria (Álvarez, 2016).

Todo lo anterior, adquiere fundamento de garantía, cada vez que se ha plasmado dentro del ordenamiento jurídico, el derecho a la salud como fundamental, para todos los ciudadanos en el país. Sin embargo, el sistema integral, el gobierno nacional, las EPS e IPS, parecen que no han entendido el alcance de esta denominación, “fundamental” significa prioritario, básico, esencial, sinónimos que distan mucho de la realidad vivencial de los ciudadanos, usuarios del sistema de salud. Cogestión, desigualdad, inequidad, restricción, parecen ser los adjetivos más adecuados para denominar lo que diariamente viven las personas que llegan a los diferentes establecimientos médicos, la ley parece que no fue la solución proclamada por el ejecutivo.

La crisis del sistema de salud en Colombia es evidente: clínicas y centros médicos atiborrados de usuarios, escases de medicamentos, demora en la asignación de citas con los especialistas, hacen que se tenga que recurrir constantemente a la acción de tutela. Es así que la Ley 1751 del 2015 y sus decretos ministeriales entre estos el 780 (2016) , distan de constituirse en solución. A dos años de promulgada la norma (Ley 1751, 2015), el sistema de Salud, es un tema

que demanda del congreso una nueva legislación para la protección del artículo 11 y su conexo en el 49 de la actual Constitución Política (1991).

## CONCLUSIÓN

La Ley 1751 de 2015, fue presentada por el gobierno nacional como normatividad innovadora, frente a la crisis registrada en los primeros 25 años de la Constitución Política de Colombia (1991). Ésta se planteó como una idea para solucionar política, administrativa y gubernamentalmente las fallas que presentaba en su estructura el sistema de salud que a la fecha regía.

Luego del análisis jurisprudencial se logra avizorar a los Jueces de la República como los únicos que han entendido el derecho a la salud como un Derecho Fundamental, ya que así lo consignan en todas las sentencias que diariamente profieren obligando a las EPS a la prestación de un servicio, por lo cual los usuarios deben acudir en forma permanente al mecanismo constitucional de la acción de tutela; pero mientras que el gobierno las EPS y las entidades de control entienden la naturaleza de lo contemplado en el artículo 1 y 2 de la reforma, se continuará acudiendo a los tribunales, sin que por ahora se aviste una solución próxima a la problemática que persiste después de dos años de la sanción presidencial.

En un segundo plano está la incongruencia fáctica entre el ideario de la Ley 1751 de 2015, con la realidad de las comunidades. Con la saturación de los juzgados a lo largo y ancho del territorio nacional, se evidencia que entre la norma y la infraestructura del sistema hay profundos vacíos. La consecuencia de todo esto es la agudización de la problemática, degenera en un desacato a la norma, lo que conlleva a la puesta en riesgo de la vida para la población más vulnerable. Colombia, a dos años de expedida la que sería su legislación marco de cara a la crisis histórica de los servicios de salud, se encuentra en una encrucijada con una población que reclama seguridad en la esfera de dicha garantía. La efectividad del artículo 49 de la Constitución Política, se torna obtusa, cada vez que la institucionalidad no responde.

Con este panorama, se evidencia que hay una problemática estructural que afecta el sistema nacional de salud. El problema no está en el tipo de norma que se expida sino en cómo se logre el cumplimiento de la misma. Existe, como se ha demostrado en esta monografía que hay suficiente

jurisprudencia; la norma es modelo para otros sistemas en otras naciones, pero lo que falta es orientar la estructura que rige el sistema.

A lo largo de toda esta disertación, se encontró que uno de los palos entre la rueda es la intermediación. Colombia tiene una ley referente, la 1751/15, la cual es amplia y suficiente. Pero hay de por medio una burocracia que regula la actividad médica instaurada en el sistema de salud. Dicha intermediación en materia de insumos, equipos hospitalarios, servicios e incorporación de profesionales médicos es en gran medida responsable, cada vez que los recursos se quedan en esta esfera del proceso.

En consecuencia, Colombia requiere un gran debate nacional en torno a la salud, para hacer de esta un bien y conquista de carácter social, toda vez que es imperativo alejar la salud; de toda aspiración de mercantilización. El hecho que multinacionales, instituciones privadas y particulares se hagan con los recursos de la salud y vida de los pueblos en el país, el hecho que esto sea así, conlleva a la criminalización de las prácticas médicas y la negación indirecta de la vida, que es una garantía constitucional.

## Referencias

- Álvarez, N. (16 de Febrero de 2016). La salud sigue en cuidados intensivos pese a ley estatutaria. *El nuevo siglo*. (E. N. Siglo, Entrevistador) Obtenido de <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/2-2016-la-salud-sigue-en-cuidados-intensivos-pese-a-ley-estatutaria>
- Beltrán López, U. (23 de febrero de 2015). Obesidad a la "colombiana". *Opinión&salud.com*. Obtenido de <http://www.opinionysalud.com/obesidad-a-la-colombiana/>
- Calderón, J. (2015). Autonomía médica y ley estatutaria de salud. *Acta medica Colombiana*, 40(1), 51-53. Obtenido de <http://actamedicacolombiana.com/ojs/index.php/actamed/article/view/610/187>
- Caso vera vera y otra vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Mayo de 2011). Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_226\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf)
- Cepeda, M. J. (17 de Junio de 1993). Que es una ley estatutaria. *El tiempo*. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-138592>
- Christian Courtis. (2006). *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (primero ed.). Madrid, España: Trotta.
- Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 1991).
- Cortés González, J. (2015). *Ley estatutaria de Salud: comentarios a la ley 1751 de 2015*. Bogotá, Colombia: Legis.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) (Naciones Unidas 10 de diciembre de 1948).

Decreto 780 (Ministerio de Salud 6 de Mayo de 2016). Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf)

Díaz Gutiérrez, I. A. (junio de 2013). Comentario crítico de la reforma a la ley estatutaria de salud de 2013. *Criterio jurídico*, 13(2), 103-125. Obtenido de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1023/1597>

Editor Revista Dinero. (3 de Marzo de 2016). ¿Cambió algo con la ley estatutaria de salud? *Revista Dinero*(502), Tendencias. Obtenido de <http://www.dinero.com/vacio/articulo/ley-estatutaria-de-salud-en-colombia/220988>

Editorial Caracol Radio. (10 de julio de 2014). *Clínicas y hospitales denuncian que EPS y el Estado le deben \$5 billones*. Obtenido de Caracol Radio: [http://caracol.com.co/radio/2014/07/10/nacional/1404995040\\_315215.html](http://caracol.com.co/radio/2014/07/10/nacional/1404995040_315215.html)

Esperanza Martínez, B. (2013). *Derechos Fundamentales: jurisprudencia constitucional penal*. México, D. F, México: Inacipe - Instituto Nacional de Ciencias Penales. Obtenido de [http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/temas\\_selectos/Derechos.fundamentales.pdf](http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/temas_selectos/Derechos.fundamentales.pdf)

Gañán Ruiz, J. L. (2010). *Los muertos de la ley 100: prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud una razón de su ineficacia caso del plan obligatorio de salud del régimen contributivo. (Tesis doctoral)*. Obtenido de <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/1437/1/JAIME%20LE%20C3%93N%20GA%20C3%91%20RUIZ.pdf>

Giraldo, J. C. (13 de Marzo de 2016). ¿Cambió algo con la ley estatutaria de salud? *Dinero*(502), Tendencia. Obtenido de <http://www.dinero.com/vacio/articulo/ley-estatutaria-de-salud-en-colombia/220988>

León Martínez, F. (03 de Marzo de 2016). ¿Cambió algo con la ley estatutaria de salud? (R. Dinero, Entrevistador) Obtenido de <http://www.dinero.com/vacio/articulo/ley-estatutaria-de-salud-en-colombia/220988>

Ley 100 (Congreso de la República 23 de diciembre de 1993). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>

Ley 100 (Congreso de la República 1993). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>

Ley 1098 (Congreso de la República 2006). Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)

Ley 1751 (Congreso de la República 16 de febrero de 2015). Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf)

Ministerio de Salud. (2014). *Informe de Actividades 2010-20113 y 2013-2014*. Ministerio de Salud. Bogotá: Oficina Asesora de Planeación y Estudios Sectoriales. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/INFORME%20CONGRESO%202014.pdf>

Nieves López, J. (2013). El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho. *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, 13-19. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a02.pdf>

Papacchini, A. (1998). Los Derechos Humanos a través de la historia. *Revista Colombiana de Psicología*, 7, 138-200. Obtenido de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/16061/16942>

Papacchini, A. (2003). *Filosofía y Derechos Humanos* (3 ed.). Cali, Colombia: Universidad del Valle.

Peña , G. (15 de Febrero de 2016). *A un año de ser sancionada la ley estatutaria de salud aun no nace*. (J. Maldonado R, Ed.) Obtenido de Opinion y Salud.com - Revista digital: <http://www.opinionysalud.com/a-un-ano-de-ser-sancionada-la-ley-estatutaria-de-salud-aun-no-nace/>

Petrella, R. (1996). *Los Límites de la Competitividad: Cómo se debe gestionar la aldea global*. (U. N. Quilmes, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Suramericana.

Presidencia. (16 de Febrero de 2015). *Presidencia de la República*. Recuperado el 23 de Marzo de 2016, de [http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Febrero/Paginas/20150216\\_06-Palabras-Presidente-Santos-sancion-Ley-Estatutaria-para-la-Salud.aspx](http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Febrero/Paginas/20150216_06-Palabras-Presidente-Santos-sancion-Ley-Estatutaria-para-la-Salud.aspx)

Ricoeur, P. (2002). *Del Texto a la Acción. Ensayos de hermenéutica II* (2, abreviada ed.). (P. Corona, Trad.) México, D. F, México: Fondo de Cultura Económica.

Ricoeur, P. (2003). *El conflicto de las interpretaciones: ensayos hermenéutica*. (A. Falcón, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Rousseau, J.-J. (s. f). *El Contrato Social*.

Sachs, J. (2001). *Macroeconomía y salud : Invertir en Salud para el Desarrollo Económico*. Obtenido de [http://www.who.int/macrohealth/background/cmh\\_spanish.pdf](http://www.who.int/macrohealth/background/cmh_spanish.pdf)

Sentencia C-227 (Corte Constitucional Colombiana 1998). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-227-98.htm>

Sentencia C313 (Corte Constitucional 29 de Mayo de 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.html>

Sentencia SU-111 (Corte Costitucional 6 de Marzo de 1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97.html>

Sentencia T- 121 (Corte Constitucional 26 de marzo de 2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-121-15.htm>

Sentencia T-002 (Corte Constitucional 08 de mayo de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.html>

Sentencia T-121 (Corte Constitucional 2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-121-15.htm>

Sentencia T-234 (Corte Constitucional Colombiana 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-234-13.htm>

Sentencia T-345 (Corte Constitucional 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-345-13.htm>

Sentencia T-361 (Corte Constitucional 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-361-14.htm>

Sentencia T-361 (Corte Constitucional 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-361-14.htm>

Sentencia T-484 (Corte Constitucional 11 de Agosto de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-484-92.htm>

Sentencia T-499 (Corte Constitucional 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-499-14.html>

Sentencia T-760 (Corte Constitucional 31 de julio de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.html>

Sentencia T-926 (Corte Constitucional Colombiana 18 de Noviembre de 1999). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-926-99.html>

Shirley, G. (1998). Tres intereses humanos fundamentales. En G. Shirley, *Producto o praxis del currículum* (pág. 280). Madrid, España: Morata. Obtenido de <http://www.fhumanas.com.ar/archivos/Shirley%20Grundy-%20Tres%20intereses%20humanos%20fundamentales%20.pdf>