

RESPONSABILIDAD POLITICA DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991



ANGELICA CAROLINA HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BARRANQUILLA
2018

RESPONSABILIDAD POLITICA DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991



ANGÉLICA CAROLINA HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo

DIRECTOR DE TESIS: Felipe Andrés Heras Montes

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BARRANQUILLA
2018

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

Presidente de tesis:

Jurado No. 1:

Jurado No. 2:

Barranquilla, Julio de 2018.

DEDICATORIAS

Antes que nada a Dios, por ser mi guía en cada meta realizada en mi vida.

A mi madre y mis hermanos, por estar atentos a mis logros.

A mi padre, que a pesar de no estar presente yo sé que donde esté se encuentra vigilando cada uno de mis pasos.

A mis familiares y amigos, por darme la fuerza de luchar cada día por todo lo que me propongo.

A cada una de las personas que han dejado huella en mi vida con su sabiduría.

AGRADECIMIENTOS

A cada uno de mis maestros, pues sin ellos no habría sido posible la guía en los conocimientos adquiridos.

A mis familiares, por el apoyo en todo momento.

A mis amigos y amigas, quienes estuvieron pendiente de mis logros sin desesperarse si me alejaba de ellos debido a los estudios y al trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	10
1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	12
1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.4 JUSTIFICACIÓN Y PERTINENCIA DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.5 OBJETIVOS	15
1.5.1 Objetivo General	15
1.5.2 Objetivos Específicos	15
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	15
CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	17
2.1 LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	17
2.2 CARACTERÍSTICAS Y ALCANCES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	19
2.3 BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA	21
2.4 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)	24
CAPÍTULO III. LA SALUD COMO UN DERECHO EN COLOMBIA	27
3.1 ANTECEDENTES	28
3.2 TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA SALUD EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	32
CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA	38

	Pág.
4.1 PRIMERA ETAPA. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD (1992-1993)	38
4.2 SEGUNDA ETAPA. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993	42
4.3 TERCERA ETAPA. DOS ESFUERZOS FALLIDOS POR DESMONTAR EL POS JURISPRUDENCIAL	52
4.4 CUARTA ETAPA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL. LA EXPLOSIÓN DEL LITIGIO EN SALUD	65
CAPÍTULO V. MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA	73
CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	77
CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA	82
7.1 DERECHO FUNDAMENTAL POR CONEXIDAD (TRATAMIENTO ANTERIOR A LA LEY ESTATUTARIA Y A JURISPRUDENCIAS)	83
7.2 DERECHO FUNDAMENTAL DIRECTO	87
CAPÍTULO VIII. ANALISIS DE LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 EN LA RESPONSABILIDAD POLITICA DEL ESTADO FRENTE A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD	89
BIBLIOGRAFÍA	96
REFERENTES JURISPRUDENCIALES	98
CIBERGRAFÍA	99
ANEXO. TEXTO CONCILIADO AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 209 DE 2013 SENADO – 267 DE 2013 CÁMARA	101
ANEXO. TEXTO LEY 1751 DE 2015	112

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación es el resultado del análisis jurídico en torno al tema de la responsabilidad del Estado en la protección constitucional y legal en cuanto al derecho de la salud en Colombia, investigación en la que se profundiza abarcando enfáticamente el recorrido evolutivo jurisprudencial de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Además, establece su relación con los derechos fundamentales y la acción de tutela como eventual mecanismo de protección, lo cual tiene como objetivo hacer referencia a un tema directo y estrechamente relacionado con los derechos humanos como lo es el derecho a la salud, el cual reviste una extremada preocupación debido a que, por diversos factores socio-jurídicos, en nuestro país no se cumple con los presupuestos del sistema de seguridad social en salud como lo son, entre otros, la equidad y la solidaridad.

Se evidencia a lo largo de este trabajo la información jurisprudencial de la Corte, desde que entra en vigencia la Constitución Política de Colombia de 1991 hasta el año 2014. Específicamente se aborda cómo se ha venido fallando, cuál es la línea jurisprudencial, los cambios en los esquemas jurisprudenciales, la evolución del tema y cuál es la posición reinante en la actualidad, todo ello con argumentos doctrinales y legales.

El trabajo de investigación está dividido en cinco puntos esenciales así: En el primer punto se habla sobre derechos humanos, para conocer de donde proviene el derecho a la salud, cuál es su contenido y su balance. En el segundo punto se profundiza sobre el derecho a la salud, su evolución, marco legal y constitucional. En el tercer punto se analiza la evolución del tratamiento jurídico y por vía jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia. En el cuarto punto se hace un análisis del tratamiento que se le ha dado en la Corte Constitucional al derecho a

la salud en Colombia. Y en el último punto se analiza la Responsabilidad que el Estado ha asumido frente al Derecho a la Salud.

La autora espera que este proyecto de investigación ofrezca un referente jurídico para consulta de interesados en el tema de la responsabilidad del Estado con relación al sector de atención en salud, como también de plataforma para futuras investigaciones que profundicen esta temática.

CAPÍTULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El Derecho a la Salud tiene su génesis en el Estado Liberal Europeo del siglo XIX, que excluía a la mayoría de la población porque el estado de insalubridad de vida y trabajo producto de la Revolución Industrial sólo garantizaba una mínima atención. En Alemania, a finales del siglo XIX, se implementa el “*Modelo Bismark*” para dar inicio a la protección de las personas como base de un sistema de seguridad social, con la cotización obligatoria de los trabajadores para constituir un fondo común para su atención y la de su familia.¹

En la etapa de la Segunda Postguerra, Inglaterra experimenta el “*Modelo Beveridge*” como sistema nacional de salud, el cual no era contributivo sino financiado por impuestos generales, y por primera vez en el mundo se acepta la responsabilidad del Estado sobre la salud de sus ciudadanos.²

A partir de esta experiencia, la salud como derecho es reconocida en el ordenamiento jurídico constitucional de México (1917), la Constitución de Weimar (1919) y la de España (1931) bajo la denominación de “*Derechos de Segunda Generación*”, llamados así por analogía de los derechos reconocidos en los Estados Unidos con las diez primeras enmiendas de la Constitución (derechos económicos, sociales y culturales). Al fin de la Segunda Guerra Mundial, la ONU crea en 1946 la Organización Mundial de la Salud (OMS) con los parámetros de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XI, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 12, el Protocolo del Salvador en su artículo 10 y un

¹ CORTÉS, C. (2009). *Derecho a la Protección Social*. Bogotá: Legis, p. 33.

² PAREDES, N. (2003). *El Derecho a la Salud*. Bogotá: GTZ, CINEP, p. 43.

sinnúmero de tratados y convenios producto de la progresiva internacionalización del Derecho Público y de los Derechos Humanos.³

En las primeras décadas del siglo XX aparece el Estado Benefactor que establece las prestaciones sociales a cargo del Estado, la atención en salud como garantía ciudadana sectorizada para proteger la población más desfavorecida y con una lógica de beneficencia o caridad. La asistencia social se convierte entonces en un deber jurídico del Estado, y la asistencia médica es gratuita en los hospitales financiados por el Estado para los sectores más vulnerables.⁴

En la segunda mitad del siglo XX el Derecho a la Salud de los ciudadanos se reconoce cuando la mayoría de Estados occidentales se constituyen como Estados Sociales de Derecho.

En Colombia, la Constitución de 1886 define el Estado de Derecho, que reconoce los derechos de los ciudadanos, pero que sufre múltiples modificaciones y reformas, como la de 1936 que tiene una clara tendencia social del Estado, incorporando cláusulas que consagraban algunos derechos sociales de prestación.

La Constitución de 1991 define el Estado Social de Derecho, garantizando derechos fundamentales y libertades públicas como fundamento y finalidad del orden jurídico-político del Estado. De esta manera, el Derecho a la Salud en Colombia ha sido regulado por la Constitución Política y los Tratados y Convenios Internacionales. La creación de la Corte Constitucional ha sido uno de los grandes aciertos de la Constitución de 1991, la cual en cumplimiento de sus funciones

³ ESTADA, J. (2000). *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

⁴ OLEA, A. (2008). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Ediciones Civitas, p. 66

judiciales ha otorgado a este Derecho un amplio margen de protección, ampliando su concepto al de Derecho Fundamental.⁵

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La importancia de la salud como valor primordial del ser humano se consagra en la proclamación de los Derechos Fundamentales, y conduce inexorablemente a un papel activo del Estado para velar y procurar por una prestación eficiente del servicio de atención, como lo contempla la expedición de la Constitución Política Colombiana de 1991 que en diferentes artículos hace mención a la vida y a la salud como valores sujetos a protección por parte del Estado mediante la eficiente prestación del servicio público.

De esta manera, la Constitución Política de 1991 ofrece lineamientos generales para determinar si el Estado debe responder ante determinadas situaciones, y desarrolla de esta manera una concepción moderna del Estado Social de Derecho como expresión de una responsabilidad jurídica y patrimonial que conlleva a la protección de las garantías mínimas para todos los asociados. Sin embargo, es preciso analizar y valorar el actual contexto legal para clarificar los nexos y límites de la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de estos deberes, teniendo en cuenta que desde 1991 se incluyó el Derecho a la Salud con la connotación de derecho colectivo, por vía jurisprudencial adquirió la modalidad de Derecho Fundamental por conexidad, hasta convertirse en Derecho Fundamental Autónomo en el año 2015 por vía legal, cambio que representa la importancia del Derecho a la Salud en Colombia.

El Derecho a la Salud es un derecho de segunda generación, consagrado en la Constitución Política en los artículos 42 al 77, que definen los derechos sociales, económicos y culturales. Por tanto, todos los cuidados y tratamientos previstos por

⁵ ARANGO, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis, p. 29ss.

el Estado deben estar encaminados a garantizar la protección del Derecho a la Salud, que se fundamenta en la dignidad humana, basándose en criterios razonables que tienen como fin la efectividad y vigilancia del control estricto de este derecho, así como se protegen todos los derechos fundamentales.

Es pertinente anotar que la fundamentalidad de un Derecho Constitucional no depende de su inclusión al capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución sino de otros elementos, tal como ha venido estableciendo la Corte Constitucional, tema que es el motivo de la presente investigación que plantea la revisión y análisis de los referentes jurídicos y jurisdiccionales de la responsabilidad del Estado en el Derecho a la Salud en Colombia.

La preocupación sobre la efectividad de la protección del Estado para garantizar el Derecho a la Salud de los colombianos se genera por el incremento del número de tutelas en el sector Salud que, según la Defensoría del Pueblo, para el 2015 alcanzó un total de 118.281, lo que representa el 23.7% del total de este tipo de acciones jurídicas interpuestas por los ciudadanos, y evidencia un aumento del 25.2% en tres años. Las peticiones hechas a través de tutelas se refieren a tratamientos (26%), medicamentos (15%), citas médicas (11%), cirugías (9%) y prótesis e insumos médicos (9%). El 30% restante reclaman otros servicios relacionados con la salud, como son viáticos, pago de incapacidades, licencias de maternidad y transporte, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo. Este panorama conlleva a los jueces de la República a coadministrar la salud a través de los fallos de tutela.⁶

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

⁶ OTÁLORA, Jorge Armando (2016). *Informe en la Conmemoración del Día Mundial de la Salud*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Abril 7 de 2016.

Lo anterior posibilita la formulación de un interrogante que resume el problema descrito y orienta la investigación, a saber:

¿Cuál es la responsabilidad política del Estado en la protección constitucional y legal del derecho a la salud en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991?

1.4 JUSTIFICACIÓN Y PERTINENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Los Derechos Sociales Fundamentales son de aplicación progresiva y tienen un alto grado de importancia. El Derecho a la Salud hace parte de este grupo, y conforma en su naturaleza jurídica un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques, a saber:

- El primero lo identifica como la forma de atentar contra la propia vida (Constitución Nacional, artículo 49 inciso 1), y se trata de manera concurrente con los problemas de la salud.
- El segundo bloque de elementos sitúa al Derecho a la Salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del Estado Social de Derecho en razón de uno de sus principales objetivos, para asegurar el goce no solo de los servicios de asistencia médica sino también en los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos. Es por esta razón que guarda una estrecha relación con el derecho a la vida, pues de lo contrario cada vez que un Derecho Social Fundamental sea vulnerado no sería procedente la acción de tutela como mecanismo para protegerlo de manera inmediata.

La importancia de la investigación se justifica por la intención de determinar los criterios que establecen el Derecho a la Salud como un derecho social con un componente normativo de obligación jurídica, características que lo califican como

fundamental y, por consiguiente, accesible a las garantías directas de protección que la Constitución Política de 1991 le confiere.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo General. Determinar la responsabilidad POLITICA del Estado frente a la protección constitucional y legal del derecho a la salud en Colombia a partir de la Constitución de 1991.

1.5.2 Objetivos Específicos. Se formulan los siguientes:

- Identificar los elementos del Estado Social de Derecho en Colombia, en relación con la noción de Derechos Fundamentales y Derechos Sociales.
- Establecer cuál ha sido la protección que ha recibido el Derecho a la Salud en Colombia en relación con la idea de Derechos Fundamentales y Derechos Sociales.
- Conocer las características de la justiciabilidad del Derecho a la Salud en Colombia en relación con la idea de Derechos Fundamentales y Derechos Sociales.

1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación es Documental, porque cuenta con particularidades propias para la obtención de información, para el análisis e interpretación de datos y porque combina fuentes primarias y secundarias de información. Según Alfonso (1994), la Investigación Documental *“es un procedimiento científico y sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema. Su particularidad es la de utilizar documentos escritos o impresos, electrónicos o audiovisuales, consultas*

*bibliográficas, aunque también se recurre a testimonios de los protagonistas de los hechos, testigos calificados y especialistas en el tema”.*⁷

La investigación tiene un enfoque Descriptivo, que según Meyer & Van Dalen (1998) es “*la investigación que describe de modo sistemático las características de una población, situación o área de interés. Este enfoque permite a los investigadores recoger los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento*”.⁸ No se trata, entonces, de una simple recolección de datos, sino la identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables o categorías de análisis. Además, permite un conocimiento de la realidad en estudio en cuanto a la manera cómo se comportan las variables, factores y elementos objeto de investigación.

Para esta investigación se utilizó la recolección de datos de forma cualitativa, describiendo la forma en que los doctrinantes y juristas establecen criterios propios con relación a la responsabilidad del Estado en la protección del Derecho a la Salud, utilizando para ello las publicaciones, comunicaciones o notificaciones y las actuaciones administrativas para toda la comunidad.

Para la recolección de datos se utilizan fuentes secundarias, que ofrecen información previamente elaborada, que ofrece la ventaja de evitar la dispersión de datos. Como técnicas se manejó la revisión de bibliografía pertinente al tema estudiado, navegación en Internet, análisis de la legislación vigente y de la jurisprudencia

⁷ ALFONSO, I. (1994). *Técnica de Investigación Bibliográfica*. Caracas: Contexto Ediciones, p. 39.

⁸ MEYER, W. & VAN DALEN, D. (1998). *Manual de Técnica de la Investigación*. México: Paidós, p. 58.

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

2.1 LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Hablar de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es relativamente reciente. Estos fueron reconocidos formalmente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la cual se desprenden una serie de tratados que contienen las normas y mecanismos que buscan garantizar su respeto y cumplimiento. No obstante, es importante anotar que la lucha de los Derechos es un proceso que viene de tiempo atrás, y que se expresa en todas las manifestaciones humanas que han buscado liberarse de alguna opresión o injusticia, que han tratado de satisfacer una necesidad o han querido mejorar las condiciones de vida de las personas.

A este respecto, Pisarello muestra el reconocimiento de todos los Derechos como el resultado de una serie de luchas religiosas, políticas, penales, laborales, educacionales y culturales, por lo cual surge la idea de que su conquista ha consistido en *“el reconocimiento de espacios que representan una amenaza para la autonomía individual y colectiva de las personas, sobre todo de los miembros más vulnerables de la sociedad”*.⁹

El sentido de estas luchas se puede encontrar en la necesidad de reivindicar la dignidad humana, entendida como un valor inherente a todos los seres humanos, que se basa en el respeto y la libertad de los hombres. Se puede afirmar categóricamente que la dignidad es el fundamento de los Derechos Humanos, y que éstos buscan la plena realización de los seres humanos a través de la

⁹ PASARELLO, Gerardo (2004). *Derechos sociales, democracia y constitucionalismo*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 40.

conquista de condiciones de vida que le permitan mejorar su entorno y su propio desarrollo. Los Derechos Humanos implican, por tanto, una visión de sociedad que está en contra de la injusticia social, económica y política, y que se encuentra arraigada en prácticas y procesos que sistemática e históricamente han generado la exclusión de determinados grupos sociales.¹⁰

Es por eso que hay que decir que las luchas sociales por los Derechos no son un proceso acabado, y que el reconocimiento formal de ciertos Derechos no puede verse como un agotamiento de estas luchas ni su fin último. Así, los Derechos de Primera Dimensión derivaron de *“las luchas entre la burguesía y el Estado Absolutista. El lema de la Revolución Francesa del siglo XVIII (igualdad, libertad y fraternidad), además de expresar en tres principios todo el contenido posible de los Derechos Fundamentales, profetizó la cronología histórica de su reconocimiento”*.¹¹ Su influencia fueron el iusnaturalismo, el racionalismo iluminista, el contractualismo y el liberalismo, y se refieren a las libertades de carácter individual: derecho a la vida, a una nacionalidad, a la libertad de movimiento, libertad religiosa, libertad política, libertad de opinión, el derecho de asilo, a la prohibición de tortura o tratamiento cruel.

A comienzos del siglo XX surge el Estado de Bienestar, y se produce una ampliación de los Derechos llamados de Segunda Dimensión, a fin de garantizar unas mínimas condiciones para la población como preocupación del bienestar del ciudadano. Es la institucionalización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales sólo pueden disfrutarse con el auxilio del Estado.¹²

¹⁰ HERNANDEZ, Diego (2007). *Los Derechos económicos y culturales en Colombia. Plataforma de derechos humanos*. Bogotá: Universidad de los Andes, p. 52.

¹¹ FERREIRA, Gilmar (2002). *Teoría general de los Derechos Fundamentales*. Brasilia: Ediciones Jurídicas, p. 102.

¹² FARÍA, José Eduardo (2004). *Derechos Humanos en una sociedad cosmopolita*. Río de Janeiro: Revista Record, Vol. I, N° 2, p. 15.

2.2 CARACTERISTICAS Y ALCANCES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La definición de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha estado enmarcada en dos debates: El primero insiste en considerarlos como simples orientaciones de la acción de los Estados, y el segundo los considera realmente como Derechos Humanos, lo que permite exigirlos ante el Estado en términos jurídicos y políticos.

La primera postura frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) corresponde a la perspectiva neoliberal, que le quita a éstos su condición de Derechos y los redefine como normas programáticas cuyo cumplimiento está condicionado por el crecimiento económico, lo que no permite a las personas su exigencia inmediata.

La segunda postura los define como verdaderos Derechos Humanos, pues éstos son necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticas, así como que sus vidas se realizarán en las mejores condiciones, gracias al acompañamiento y cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en esta materia.

Estos Derechos pueden ser identificados en la vida cotidiana a partir de la ubicación de aquellas condiciones fundamentales que hacen falta o se requieren para vivir de manera plena, es decir, aquellas condiciones que cuando se cumplen le permitan al ser humano su realización en condiciones dignas. Esto reviste a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) del carácter de Derechos Humanos.

Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y de carácter progresivo. Lo primero quiere decir que pertenecen a todos los seres

humanos en igual medida, que se aplican a todas las personas sin importar su edad, raza, su género, su religión o su nacionalidad. Lo segundo se refiere a que los Derechos no se pueden fraccionar o priorizar unos frente a otros, porque el cumplimiento del proyecto de vida de las personas implica la realización de todos los Derechos en su conjunto. Además, apunta a que como los Derechos están intrínsecamente relacionados, la realización de cada uno de éstos es indispensable para el pleno goce de los demás Derechos.

Lo anterior puede verse por ejemplo cuando se cometen violaciones a los Derechos Humanos. Si no se garantiza el derecho a la alimentación y a la salud no puede hablarse de ejercicio pleno del derecho a la vida, lo que hace que el bienestar (nivel de vida adecuado al proyecto de vida) y la dignidad humana sean entonces condiciones indispensables para el pleno ejercicio de la libertad.

Lo tercero tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones que tienen los Estados frente a los Derechos Humanos. Las medidas adoptadas deben ser de carácter permanente, sucesivo y expansivo en el tiempo, y frente a éstas no es admisible ningún tipo de regresividad. Es este el objeto de la presente investigación.

No obstante, el reconocimiento formal de los DESC como Derechos Humanos fue objeto de largas disputas. A pesar de ser derechos que provienen de Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU- PIDESC (1966) y de normas promulgadas por organismos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el reconocimiento formal de estos se vio enmarcado en una fuerte pugna ideológica en la época de la guerra fría, circunstancia que dividió los Derechos en tres categorías y jerarquizó unos sobre otros.

2.3 BREVE APROXIMACIÓN HISTORICA

La historia de la lucha por la dignidad humana se remonta a mucho tiempo antes de que los Estados iniciaran su reconocimiento a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU hace más de medio siglo (1948). Aunque no de manera formal o jurídica, históricamente las luchas por los Derechos han surgido como consecuencia del malestar en una sociedad por alguna injusticia y por el afán de cambiar la situación económica, social o política que reproduce esta situación.

Desde 1776 con la Independencia de los Estados Unidos y 1789 con la Revolución Francesa, hasta 1910 y 1917 con las Revoluciones Mexicana y Rusa, respectivamente, se fueron configurando las reivindicaciones que más tarde se reconocerían como los Derechos Civiles y políticos (DECIPO), y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

Hacia 1948, la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que consagra todos los Derechos Humanos, tanto los Derechos Civiles y Políticos como los DESC, lo que pone a ambos en una misma línea de importancia. Sin embargo, la Declaración fue considerada por la Comisión como un “ideal común” que los Estados pretendían alcanzar, por lo que no contaba con un status jurídico de obligatorio cumplimiento para éstos. Por esta razón, pidieron la creación de los instrumentos jurídicos necesarios que establecieran las obligaciones de los Estados en relación con los Derechos.

Sin embargo, la elaboración de estos documentos tardó más de lo esperado (20 años), pues en el proceso de negociación influyeron fuertemente los problemas políticos que trajo la guerra fría y que se manifestaron en la ONU y, en particular,

en la Comisión a través de la disputa de poderes por la prevalencia del sentido político sobre los Derechos que cada bloque enfrentado defendía.

La guerra fría se reflejó en el terreno de los Derechos Humanos a través de la disputa entre los bloques socialista y occidental por la “*prioridad de ciertas categorías de Derechos Humanos y el método de aplicación*”.¹³ Por una parte, el bloque socialista defendía los DESC, pues los encontraba más cercanos a los ideales de una sociedad socialista. Además, abogaba por que la supervisión del cumplimiento debía estar en manos de un organismo político no jurídico. Por otro lado, el bloque occidental defendía la prioridad de los Derechos Civiles y Políticos pues era los que encontraban más cercanos a su causa de libertad de democracia y defendían la conformación de un tribunal que se encargara de vigilar el cumplimiento de éstos.

Como consecuencia de esta disputa, no se pudo adoptar un tratado único que recogiera todos los Derechos. En 1966 la ONU adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECIPO) y el Pacto Principal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). El principal argumento para adoptar dos Pactos se centraba en que ambas categorías de Derechos imponían obligaciones de diferente naturaleza al Estado, es decir, que mientras los Derechos Civiles y Políticos eran de aplicación inmediata y demandaban una especie de no actuación por parte del Estado (no coartar la libertad, por ejemplo), los Derechos Económicos, Sociales y Culturales implicaban una aplicación progresiva en el tiempo y una actuación de hecho por parte del Estado (como utilizar recursos para la construcción de escuelas o de hospitales, por ejemplo).

Después de la adopción de los Tratados, la comunidad internacional comprendió la problemática que traería la división de los Derechos en estos dos Pactos. En

¹³ DE OLIVEIRA, Alexandre (2011). *Protección Internacional de los Derechos Humanos. Justificaciones técnico-jurídicas*. Madrid: Universidad Carlos III, p. 43.

1968, a través de la proclamación de Teherán, como resultado de la Primera Conferencia de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se reconoció el carácter de integralidad de todos los Derechos, el cual sería reafirmado en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos a través de la Declaración y Plan de Acción de Viena (1993), que establece lo siguiente:

*“Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los Derechos Humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.*¹⁴

Estos no han sido los únicos espacios del reconocimiento del principio de integralidad de los Derechos Humanos. Existen documentos realizados por expertos que se han convertido en referentes para el cumplimiento de los DESC y que recogen este principio. Entre otros, se encuentran los siguientes instrumentos:

- Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC (1986)¹⁵
- Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (1997)¹⁶
- Declaración de Quito (1998)¹⁷
- Los principios de Montreal: El derecho de la mujer al goce equitativo de los DESC (2002)¹⁸

¹⁴ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena. 20 años trabajando por tus Derechos*. Viena: Secretaría General de las Naciones Unidas, párrafo 5°.

¹⁵ Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-culturales-2.pdf> (consultado en Enero 25 de 2017)

¹⁶ Disponible en: http://hrlibrary.umn.edu/instree/SMAastrichtguidelines_.html (consultado en Enero 25 de 2017)

¹⁷ Disponible en: <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/270/5/RCE5.pdf> (consultado en Enero 25 de 2017)

2.4 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.¹⁹ Este Pacto, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), componen la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos

El PIDESC está compuesto por 31 artículos contenidos en el preámbulo y cinco partes, a saber:

- El Preámbulo reconoce la importancia de estos Derechos para la realización de la dignidad humana.
- La Primera Parte (artículo 1) proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos.
- La Segunda Parte (artículos 2 al 5) contienen las obligaciones de los Estados frente a los Derechos y disposiciones sobre el alcance de éstos.
- La Tercera Parte (artículos 6 al 15) consigna los Derechos Protegidos: trabajo, seguridad social, nivel de vida adecuado, alimentación, salud, educación, cultura, entre otros.
- La Cuarta Parte (artículos del 16 al 25) establece los mecanismos de control y garantía para el cumplimiento de los Derechos.
- La Quinta Parte (artículos 26 al 31) contiene aspectos generales como firma, ratificación y otros.

¹⁸ Disponible en: https://www.escr-net.org/sites/default/files/Montreal_Principles_ESPANOL.doc (consultado en Enero 25 de 2017)

¹⁹ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consultado el 26 de Enero de 2017)

El encargado de la supervisión del cumplimiento de los Derechos es el Comité de DESC (CDESC). Este organismo fue creado en 1985, pues no estaba previsto dentro del Pacto y fue establecido por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) con el objeto de cumplir las funciones que el PIDESC le asignaba en la cuarta parte.

El CDESC está conformado por 18 expertos independientes, que son elegidos por ECOSOC por un periodo de 4 años mediante una votación secreta. Esta votación se basa en una lista de personas que son nominadas por los Estados partes. El Comité se reúne en Ginebra, realiza dos periodos de sesiones al año y elabora comentarios generales al pacto y a su contenido, mejor conocido como observaciones generales. Las principales funciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son:

- Asesorar al Consejo Económico y Social con la lectura de informes presentados por los Estados partes, formular sugerencias y recomendaciones generales sobre cómo pueden cumplir mejor sus deberes para con el Pacto.
- Designar relatores que consulten en los Estados partes, las agencias especializadas y expertos en la materia, y formulen propuestas sobre proyectos de asistencia económica y técnica que podrían contribuir a superar las dificultades experimentadas por los Estados.
- Evaluar el cumplimiento de las obligaciones prescritas en el Pacto, haciendo uso de indicadores que faciliten la medición de los progresos obtenidos en la realización de determinados derechos.
- Mantener una comunicación permanente con la Comisión de Derechos Humanos, para que al tratar su agenda se incluyan ternas relacionadas con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Instar a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales, dedicadas a la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

a adoptar medidas adecuadas para fomentar la aplicación del Pacto y asistir a las reuniones del Comité.

- Crear conjuntamente en otras organizaciones intergubernamentales, organizaciones no-gubernamentales e instituciones de investigación, un sistema común para registrar, archivar, y facilitar el acceso a la jurisprudencia y otros materiales interpretativos, relacionados a los instrumentos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Interpretar las disposiciones del Pacto en forma de Observaciones Generales.

CAPÍTULO III. LA SALUD COMO UN DERECHO EN COLOMBIA

La organización Mundial de la Salud (1946) define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de afecciones o de enfermedades, y entiende igualmente que el goce del máximo grado de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.²⁰

En Colombia, La Constitución Política de 1991, consagró el derecho a la salud dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Ley 100 de 1993 con sus decretos y reformas aparece como el primer cuerpo normativo llamado en la actualidad a regir lo concerniente a la estructura del Sistema de Salud, así como reglamentar la prestación del mismo.

A manera de comentario, como premisa de este aparte, se anota que el Derecho a la Salud, como principal protagonista del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha sido golpeado con el incumplimiento de algunas de las obligaciones propias de los sujetos intervinientes en él, especialmente el referido al no pago de los aportes por parte del empleador dentro del régimen contributivo, pues, a la larga, es el aseguramiento del citado derecho a través de la prestación del servicio lo que realmente se ha visto vulnerado.²¹

Lo anterior, genera como consecuencia la inquietud sobre la identificación de los mecanismos de protección ofrecidos por el ordenamiento jurídico para tal situación, aún más cuando a pesar de su diversidad en formas y naturaleza parece no lograr su cometido esencial y teleológico de evitar situaciones que

²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra: Documentos Básicos, Edición N° 45, p. 1.

²¹ ARANCO, Rodolfo (2006). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis, p. 39ss.

obraron en su momento como antecedentes y motivos de origen para el propio Sistema de Seguridad Social en Salud.

3.1 ANTECEDENTES

La aparición del sistema de seguridad social en Colombia se remonta a los años 1945 y 1946, cuando se creó la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y el instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS). Simultáneamente, se crearon las Cajas de Previsión Departamentales y Municipales en todo el país. Las bases conceptuales de este Sistema se apoyaron inicialmente en la Ley del Seguro Social Obligatorio, emitida en Alemania hacia 1883. Se contó, además, con el auspicio de la OIT y del denominado Plan Beveridge.²²

Con la Ley Sexta de 1945, se generalizaron los derechos a pensiones, salud y riesgos profesionales de los trabajadores. Pero sólo con la Ley 90 de 1946, por medio de la cual se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), se instauró un sistema de Seguro Social propiamente dicho, como patrimonio autónomo para el reconocimiento de las prestaciones.

El actual Sistema de Salud tiene como antecedentes la siguiente normativa:

- Decreto 056 de 1975, por el cual se reglamenta el Sistema Nacional de Salud, que avanza en materias como el ordenamiento conceptual, técnico y administrativo que se encontraba disperso hasta entonces en diferentes reglamentos. Se logró diferenciar entre la atención a las personas y al ambiente, y estableció niveles de atención. Pero esta legislación no respondía eficazmente a las demandas en este campo por lo que la necesidad de transformarla se hacía aguda y crítica.

²² BEVERIDGE, William (1941). *Las Bases de la Seguridad Social*. Londres: Escuela de Economía. Disponible en: http://www.ajugartodos.org/maquina-del-tiempo/documentos/plan_beveridge.pdf (consultado en febrero 23 de 2017)

- Ley 10 de 1990. Establece el nuevo Sistema de Salud, que trató al máximo de no caer en los errores de la anterior norma. Sus objetivos fueron: lograr eficacia en la utilización de los recursos públicos y estimular el esfuerzo fiscal local y regional; descentralizar competencias asignando el primer nivel de atención a los municipios, y el segundo y tercer nivel a los departamentos, con lo que se trata de territorializar la organización y gestión de la salud; definir la naturaleza jurídica de los hospitales; eliminar los auxilios a las entidades privadas y autorizar la prestación de servicios sociales mediante la contratación de servicios; otorgar autonomía administrativa y financiera a las entidades públicas prestadoras de servicios; profesionalizar a los servidores públicos de la salud mediante la carrera administrativa; institucionalizar la participación comunitaria, elevar a rango constitucional los Comités de Participación Comunitarias (COPACOS); ordenar el mercado de los servicios de salud mediante la creación de un sistema tarifario, y definir el ámbito de la intervención estatal en la regulación de los servicios de salud, y en particular de la medicina prepagada.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se produjo una coyuntura nacional, sumada a las dificultades a nivel financiero, político y procedimental, lo que posibilitó otro tipo de propuesta: El Derecho a la Salud fue consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, como un derecho colectivo y como un servicio público. Esta formulación constitucional implica el análisis de los alcances de este derecho frente a otros derechos constitucionales y la obligación correlativa del Estado para garantizar este servicio en general a las personas que lo requieren y, en particular, a aquellos grupos de personas en condiciones de debilidad manifiesta. Así lo previó el Constituyente en los siguientes artículos de la nueva Constitución de los colombianos: artículo 13, protección especial a los débiles; artículo 44, derecho a la salud de los niños; artículo 49, salud y el saneamiento ambiental como servicio público a cargo del Estado; artículo 64,

acceso progresivo de los trabajadores agrarios a los servicios de salud; y el artículo 78, protección de la salud de los consumidores. En la Constitución Política de Colombia se encuentra dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), pero la reciente ley estatutaria declarada exequible por la Corte Constitucional lo declara un Derecho Fundamental, sin tener necesidad de alegar conexidad (aunque ya una sentencia la T-760 de 2008 de la Corte lo había establecido así, pero faltaba una ley para esto).

Las reglamentaciones posteriores a la Constitución Política se resumen de la siguiente manera:

- Ley 100 de 1993. Por la cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Esta norma nace en medio de la implantación sistemática del modelo neoliberal en Latinoamérica que conlleva la privatización de los servicios antes prestados por el Estado. El artículo 152 determina el objeto del SGSSS que es desarrollar los fundamentos que rigen el Sistema, determinar su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control, además de las obligaciones que se deriven de su aplicación. El objetivo de esta norma es regular el servicio público esencial de la salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención.
- La aparición de la Ley de 2001 deroga la Ley 60 de 1990, descentraliza la administración de la salud y de los recursos, y define las competencias y responsabilidades de los entes territoriales en materia sanitaria. Además, posibilita la operación del sistema de manera más flexible y autónoma, y convierte de manera gradual los recursos de la oferta hacia el subsidio a la demanda para alcanzar mayor niveles de cobertura.

- El Decreto 2309 de 2002 define el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad (SOGC) de la atención de salud. Es una plataforma que redefine los criterios de calidad que deben cumplir los administradores (EPS, ARS) y los prestadores del servicio (IPS y profesionales independientes). Se reglamenta este Decreto a través de las Resoluciones 1439 de 2002 y 581 de 2004. El Decreto 515 de 2002 define el Sistema de Habilitación para las ARS.
- El Decreto 050 de 2003 adopta medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado, estableciendo obligaciones para los encargados de generar, presupuestar, recaudar, girar, administrar, custodiar, proteger y aplicar estos recursos del SGSSS.
- El Decreto 3260 de 2004 deroga algunos apartes del Decreto 050 de 2003 y adopta medidas para optimizar el flujo de recursos en el sistema de subsidios a través del giro directo de los recursos que permitan al asegurador recurrir a la demanda directa para el abono de sus pagos.
- El Decreto 515 de 2004 define los estándares de calidad necesarios para demostrar la capacidad e infraestructura administrativa, técnica y financiera para las condiciones de operación y permanencia en la administración de riesgos y recursos del Sistema.
- La Ley 1438 de 2011 intenta una reforma del SGSSS en lo que se refiere a la sostenibilidad financiera del Sistema, fortalecer la gestión, corregir fallas operativas y crear nuevos organismos sin suprimir los actuales.
- La Ley 209 de 2013 es considerada como la Ley Estatutaria de Salud. Su objeto es garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Considera el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, mejoramiento y promoción de la salud. Las políticas del Estado deben 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. Se considera como servicio público esencial obligatorio, y se ejecuta bajo la dirección, supervisión, organización, regulación y control del Estado.

3.2 TRATAMIENTO JURIDICO DEL DERECHO A LA SALUD EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es necesario ubicar el Derecho a la Salud dentro del ordenamiento jurídico colombiano desde su perspectiva de fundamento, basado en los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, consagrados en la Constitución Política de Colombia, en la legislación correspondiente al tema y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien además de ser la máxima autoridad judicial encargada de la protección de la Carta Política y de la tutela en los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos, es el organismo que ha sentado los criterios hermenéuticos que han permitido desarrollar muchos de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, especialmente, el Derecho a la Salud.

La Organización Mundial de la Salud (1946) declara que el goce del máximo grado de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Por consiguiente, el Derecho a la Salud está comprendido no solo por los niveles de atención de patologías o tratamientos, sino también por actividades de prevención, promoción y protección, dentro de todos los niveles, tanto individuales como sociales, que permitan a las personas llevar una vida sana.²³

En el ordenamiento jurídico colombiano, el Derecho a la Salud está establecido en la Constitución Política en el artículo 49, como un derecho de segunda generación

²³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra: Documentos Básicos, Edición N° 45, p. 1.

o de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero la nueva legislación estatutaria de salud lo establece como un Derecho Fundamental.

Así, pues, el Derecho a la Salud es entendido primeramente como un Derecho Social que se adquiere porque las personas se encuentran incluidas dentro de una sociedad, independientemente del hecho del derecho a la salud de la persona y, por tanto, tiene que estar desarrollado previamente por la ley para ser aplicado. Pero esta definición en torno al Derecho a la Salud ha evolucionado en Colombia respecto de que ya no es un derecho fundamental por conexidad sino directo, como lo establece la legislación estatutaria.

En este contexto, aparece la ley 100 de 1993 con sus Decretos y Leyes complementarios, como el primer cuerpo normativo llamado en la actualidad a regir lo concerniente a la estructura del Sistema de Salud, así como a reglamentar la prestación del servicio de salud en sí mismo. Es así como el Derecho a la Salud está previsto como un servicio público esencial a **cargo del Estado**, de orden gratuito y obligatorio en cuanto a los servicios básicos, y administrado en asocio con las entidades territoriales, sus entes descentralizados y las personas privadas autorizadas para tal efecto.

La siguiente es una consideración de la Corte Constitucional antes de que la Sala Plena de ésta declarara exequible la Ley Estatutaria de Salud, y establece, en principio, que el Derecho a la Salud es un Derecho Fundamental:

*“El Derecho a la Salud es un Derecho Fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana desde la concepción hasta la muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales y poner todos los medios ordinarios para la prevención de enfermedades y para la recuperación”.*²⁴

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL (1994). *Sentencia T-447 de 1994. Expediente N° T-38359.* Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

En tal sentido, si se sigue el criterio de la Corte según el Derecho a la Salud como Derecho Fundamental, los mecanismos de protección de estos derechos, como la acción de tutela, se pueden ejercer en todos los casos en que se vulnere o se ponga en peligro. Sin embargo, dicho criterio, a lo largo de estos años ha cambiado, y la Corte ha venido reconociendo a la salud como un derecho y un servicio público de amplia configuración legal y no como un derecho fundamental en sí mismo, en la medida que la Constitución, en el citado artículo 49 difiere en la ley el desarrollo del derecho a la salud, tendiendo como punto de partida **el sistema que organice el Estado para cumplirlo.**

Por tal motivo, la doctrina ha establecido que el Derecho a la Salud no es un derecho fundamental, que no puede ser protegido directamente por vía de tutela, ya que está ligado al desarrollo político, económico y social de un país y que dentro del ordenamiento existen diferentes entes, tanto administrativos como judiciales para velar por su protección.

En Sentencia T-304 de 1998, la Corte precisa que los derechos prestacionales pueden transformarse en derechos subjetivos expresando que:

*“La constitución meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tienden a transmutarse en un derecho subjetivo, en la medida que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar la prestación determinada, consolidándose entonces el deber asistencial de una realidad concreta a favor de un sujeto específico”.*²⁵

Por consiguiente, en la medida que el Estado da aplicación al principio de progresividad de los derechos económicos y sociales y crea una estructura tanto administrativa como financiera para su especial protección, éstos van convirtiéndose en derechos subjetivos que pueden ser protegidos por el juez constitucional mediante las garantías consagradas en la Carta Magna.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-304 de 1998. Expediente T-152982*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

A partir de la subjetividad de los derechos económicos y sociales, la Corte estableció tres criterios para determinar el fundamento, a saber:

- El Derecho a la Salud como un Derecho Fundamental por conexidad, entendiendo por aquel que no siendo denominado como fundamental en la Carta Constitucional, le es comunicada esta relación en virtud de la íntima relación con otro derecho fundamental como el derecho a la vida y a la dignidad humana; de tal manera que si el primero no es protegido de forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.
- El derecho a la salud se presenta como fundamental y autónomo frente a sujetos de especial protección. La Carta Política, con fundamento en el principio a la igualdad en sentido material propia del Estado Social de Derecho, identifica sujetos que merecen especial protección, los cuales los ha denominado la jurisprudencia como “*protección del derecho a la salud reforzada*”, tal como los adultos mayores los discapacitados, los menores de edad, las personas con enfermedades catastróficas, entre otros.
- Por consiguiente, respecto al Derecho a la Salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial, la Corte ha sostenido que el Derecho a la Salud es fundamental como lo estableció la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias. En lo referente al Plan Obligatorio de Salud se entiende funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana, lo cual se traduce en Derecho Subjetivo.²⁶

Por lo anterior ya no es necesario declarar el Derecho a la Salud como fundamental por conexidad sino directamente, ya que el artículo 1° de la Ley Estatutaria 209 de 2013 establece: “*La presente ley tiene por objeto garantizar la salud como un derecho humano constitucional fundamental*”.²⁷

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia T-1081 del 2003. Expediente T-764029*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷ CONGRESO DE COLOMBIA (2013). *Ley 209 de 2013, Ley Estatutaria de Salud*. Bogotá: Gaceta del Congreso VLEX-465817154.

Sin embargo, en este contexto pueden encontrarse varios eventos en los cuales se les puede negar el servicio de salud a los afiliados, como, por ejemplo podría mencionarse la multifiliación, la falta de los requisitos de fidelidad al sistema, la mora en pago, o cuando el empleador se encuentra incumplido en pago de los aportes. Lo anterior queda claramente establecido por la Corte, al establecer que el principio de continuidad busca evitar que se deje de prestar un servicio básico para todas estas personas pero no pretende resolver la discusión económica de quién debe asumir el costo del tratamiento y hasta cuándo.²⁸

Inclusive, la Corte ha señalado algunos eventos en que es aceptable constitucionalmente que se suspenda la prestación de servicio de salud. Por ejemplo, cuando el tratamiento fue eficaz y cesó el peligro para la vida y la integridad, el principio de continuidad del servicio público no exige que exija un tratamiento inocuo ni tampoco ordena que pasados varios meses de haberse terminado un tratamiento por una enfermedad se inicie uno nuevo y distinto por otra enfermedad diferente. Sin embargo, estas circunstancias han de ser apreciadas caso por caso mientras no exista una regulación específica de la materia. Este criterio da a entender que cuando el derecho a la salud no se encuentra enmarcado dentro de las posiciones enunciadas anteriormente, sino que se presenta como un derecho netamente prestacional al usuario y sus beneficiarios, sólo le quedan los mecanismos de defensa judicial o administrativa para poder defender su derecho a la salud, lo cual obliga a activar el sistema judicial para la protección de un derecho con la acción de tutela.

No puede entenderse la acción tutelar como una garantía, ya que en virtud a su eficacia puede ir en desmedro de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico nacional, pues de ser ese el caso no tendría ningún sentido

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia C-800 de 2003. Expediente D-445*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

que exigiera una estructura administrativa, financiera y de control reglada por el Derecho, cuando es el juez constitucional quien autorice la supresión de los requisitos exigidos por la Ley, haciendo innecesarios e ineficaces los supuestos sobre los que descansa y funciona la prestación del servicio de salud.

Es preciso tener en cuenta que el derecho a la seguridad social, como género, así como el derecho a la salud, como especie, requiere una compleja estructura gerencial, administrativa, logística y financiera para su adecuado funcionamiento. Por estos motivos se ha considerado el derecho a la salud como un derecho prestacional, que a pesar de su evidente protección constitucional, debió ser reglamentado por una ley estatutaria.

CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

4.1 PRIMERA ETAPA. FUNDAMENTALIZACION DEL DERECHO A LA SALUD (1992-1993)

En Europa, el tema de los derechos sociales conllevó la implementación de amplias estructuras administrativas y financieras del Estado de Bienestar, que cumplieron con relativo éxito la función de aseguramiento social que la visión constitucional exigía de ellas. Los derechos se tradujeron rápidamente en sistemas administrativos autónomos. En América Latina, por otra parte, se establecieron sistemas de pensiones y salud similares a los exigentes en el Estado de Bienestar europeo, pero terminaron ofreciendo una cobertura muy baja y segmentada, con enormes problemas de equidad social. Estos sistemas todavía estaban en vigencia cuando la Constitución de 1991 empezó a implementarse.

La Corte Constitucional entendió, por tanto, que el nuevo Estado Social de Derecho exigía mucho más que las prestaciones del precario Estado de Bienestar colombiano que se había construido en el periodo de 1948-1990. Es bajo esta idea general que empieza a activarse el concepto según el cual los derechos sociales son fundamentales. Por tanto, los sistemas legales de prestación de salud y seguridad social pueden ser evaluados en sede judicial por violación de derechos de un usuario. Es por eso que la “fundamentalización” de los derechos sociales permitió la judicialización y arbitraje de controversias dentro de los sistemas de prestación de servicios de salud y otras formas de seguridad social.

Así, pues, y desde el comienzo de su actividad adjudicativa en 1992, la Corte opta por sostener una posición amplia de la noción de “derechos fundamentales”, contra la posición más tradicional que sostenía que la Constitución, como texto pre-interpretado, sólo ofrecía justiciabilidad a los derechos liberales contenidos en los artículos 11 a 41.²⁹ La Corte, desde su segunda sentencia (T-02/92, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Cabalero), se dispuso a sostener la fundamentalidad (y por tanto la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede jurídica) de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), tales como la educación la salud o el trabajo. En la Sentencia T-402/92 (Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón), la Corte asume que el derecho a la educación es, tanto como los derechos civiles y políticos más tradicionales, un título o reclamo inherente a la naturaleza y dignidad humana y que, por tanto, su restricción sobre argumentos literalistas (basados en los artículos 85 y 86 de la Constitución Política) no es de recibo. Esta sentencia, sin embargo, no expresa una visión especialmente radical del asunto porque, primero, declara la fundamentalidad de la educación (un DESC no particularmente polémico) y, segundo, lo hace en un caso donde se respalda el derecho a continuar la educación mediante la financiación privada del propio demandante.³⁰

La Corte, pues, construye la plataforma que le permite cumplir con funciones de arbitraje al interior de los sistemas que prestan derechos sociales. Es en los años 1992 y 1993 (y, por tanto, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993) que la Corte empieza a hablar del derecho a la salud como derecho fundamental. La precariedad y debilidad del sistema de salud existente en este entonces, le suministran suficientes casos para justificar esta intervención jurídica. Así, por

²⁹ CHINCHILLA, Tulio E, (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Medellín: Editorial Temis, p. 92.

³⁰ Un derecho como la educación puede ser considerado, al mismo tiempo, como una libertad clásica o como una prestación social. Es en el primer sentido en que la Sentencia T-02/92 declara fundamental el derecho a la educación interpretado como un derecho liberal clásico de autonomía para auto-financiarse una educación. Mucho más controversial hubiera sido declarar fundamental un derecho específico prestacional a obtener educación más allá de las posibilidades económicas personales (Nota de la autora)

ejemplo, en la Sentencia T-406/92 (Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón) se insiste que el derecho al saneamiento público y a la salud puede ser fundamental por su conexidad con intereses como la vida, la integridad personal o la dignidad humana. En esta sentencia la Corte estira la protección de los DESC's a la aceptación de un reclamo colectivo costoso (la terminación de un alcantarillado como condición de la protección de la salud de barrios de Cartagena), y a la identificación directa del Estado como deudor de la prestación. La Corte trabaja aquí con la idea implícita que una cobertura universal de salud y alcantarillado son obligaciones constitucionales directas.³¹ Así, mientras en la T-402/92 la Corte rompe con la posible interpretación literalista del capítulo 2°, en la T-406/92 la Corte muestra su voluntad por fundamentalizar verdaderos reclamos de bienestar social que implica el arbitramiento, por parte del Estado, de cuantiosos recursos y, todo ello, sin que sea necesario mediación administrativa o legislativa. Esta Sentencia, evidentemente, le da jurisdicción a la Corte para que arbitre el derecho social a la salud con consecuencias económicas directas.

Abierta esta brecha, la Corte inicia un proceso de “fundamentalización” de prestaciones más específicas de salud, debido a constantes reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud³² por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en Sentencias como la T-522/92, la T-571/92, la T-484-92, la 499 de 1992, la T-505/92 y en la T-548/92. En todas estas Sentencias se observa, mediante procesos judiciales, algunos de los problemas fundamentales del sistema de salud previo a la Reforma del 1993. En estas Sentencias, el condenado casi siempre es el Estado, bien sea el Instituto de los Seguros Sociales o alguno de los Fondos de Previsión existentes para aquel

³¹ Hay que anotar, que en la actualidad esta visión ha sido también adoptada por las Ramas Ejecutivas y Legislativas (Nota de la autora)

³² El derecho a la salud ha sido el derecho específico en que la Corte Constitucional ha debatido, desde un punto de vista más estructural, el problema de la fundamentalidad de los DESC's. Por esta razón, resulta privilegiado en la reconstrucción de la línea estructural.

entonces. Los problemas señalados en las Sentencias son evidentes: en uno de ellos, por ejemplo, la Corte condena al sistema por su incapacidad de ofrecer tratamiento a un persona enferma de SIDA, incapacidad además que, para la época, estaba fuertemente contaminada de incomprensión y discriminación contra los pacientes. En otras Sentencias, de otro lado, se denuncia la incapacidad de respuestas del sistema (excesiva mora en la programación de cirugías, por ejemplo) frente a enfermedades graves de las personas que afectaban su calidad de vida y su capacidad de trabajo. Finalmente, en otras, la Corte denuncia la desprotección en la que se encuentran grupos sociales específicos tales como niños y ancianos.

La Jurisprudencia de esta Primera Etapa está fuertemente influenciada por consideraciones de equidad y, sólo al final de la misma la Corte hace referencia a su potencial impacto sobre el sistema (así, por ejemplo, en la T-548/92). En este primer momento la Corte se da cuenta que su intervención puede modificar claramente la demanda de servicios, aunque no se preocupa particularmente por la financiación de la oferta judicial que se está creando ya que en realidad piensa que éstos son servicios que el Estado tenía la obligación financiar, bien sea porque los había prometido a los afiliados en los sistemas de seguridad social existentes para entonces y que la Corte consideraba como deudores sistemáticamente incumplidos, o porque son áreas de salud pública indeclinables dentro de un Estado Social de Derecho.

La intervención judicial se quiere justificar porque la Corte encuentra que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el de la vida y, por tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce efectivo de ese derecho prestando atención en salud. La regla jurídica concreta, sin embargo, no resulta clara del análisis jurisprudencial, y por esta razón parece ser una jurisprudencia de equidad, a veces en defensa de los trabajadores públicos que están perdiendo de manera irremediable sus esquemas de seguridad social, en los que no encuentran

respuesta a casos graves postración por enfermedad, a veces en defensa de grupos vulnerables y discriminados (como los pacientes de SIDA o los niños). Más allá de la fundamentalidad del derecho a la salud, la Corte no ha acuñado aun, expresamente, las reglas que permitan predecir cómo habrá de intervenir en el sistema. Por eso, la regla de “fundamentalidad” de derecho a la salud tiene como consecuencia una garantía que abre la oportunidad para que los jueces empiecen a intervenir en las actuaciones de los moderadores del sistema en el que, hasta el momento, no participaban de manera significativa organizaciones privadas.

El tema de salud, por tanto, requiere de mecanismos adecuados y eficiente resolución de conflictos. La ley 100 de 1993 no los contempló de forma adecuada y por eso la Jurisdicción Constitucional ha encarado ese desafío para responder en parte a esta falta de previsión legal. Este déficit de capacidad adjudicativa y conciliatoria en la resolución de conflictos dentro de la salud no es exclusivo del caso colombiano: su presencia ha sido frecuentemente anotada en el Derecho Comparado³³

4.2 SEGUNDA ETAPA: LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993

La Ley 100, expedida el 23 de diciembre de 1993, contiene las características generales que permiten el uso eficiente de recursos, la contención de costos y la distribución racional de recursos que se examinaron más arriba en este texto. Con la promulgación de esta Ley se establece el Sistema General de Seguridad Social

³³ La lucha entre pacientes y EPS es universal, y no debería sorprender. Legislaturas más populistas, como la de los Estados Federales de la Unión Americana, han intervenido con frecuencia en el sistema para ofrecer protección a los consumidores (Rich 2005). Estas intervenciones han generado una verdadera batalla constitucional entre Estados y Gobierno Federal por regular la “industria de la salud”. El legislador colombiano ha sido mucho más parco en general ya que hasta la expedición de la ley 1122 de 2007 se abstuvo de regular las relaciones consumidor-prestador del servicio de salud. Su intervención ha sido más activa, por ejemplo, en protección del consumidor-pensionado. La labor de interpretar y ajustar las cargas del complejo sistema ha recaído en la Jurisprudencia Constitucional (Nota de la autora)

en Salud (SGSSS). Este Sistema recoge las líneas principales del “pluralismo estructurado” que analizó anteriormente. Como pieza central de los incentivos para el uso eficiente de recursos, se estableció el Plan Obligatorio de Salud (POS), como paquete esencial de servicios de salud que se ofrece a todos los afiliados del sistema. La ley 100 de 1993, sin embargo, tan sólo estableció algunos principios generales que habrán de guiar la conformación del POS. La definición técnica del mismo correspondió a las primeras disposiciones reglamentarias que se dictaron en la materia. En éstas, sin embargo, sobresale una característica esencial: el POS fue concebido a nivel reglamentario como un listado cerrado y fijo de procedimientos y medicamentos a los cuales podían acceder los afiliados al Sistema.

En el Acuerdo 008 del 6 de julio de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud (CNSSS), se afirmó que se adoptaba *“como principio guía de orientación del Plan Obligatorio de Salud, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana, y costo-efectividad”* (artículo 6°). En el artículo 7° de igual forma se autorizaba a *“aprobar las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud que no construyan el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, como aquellos que sean considerado como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación. (...)”*³⁴

Estas normas, pues, buscaban volver realidad la necesidad de contener costos mediante la definición precisa de los tratamientos y medicamentos que debían ser

³⁴ El Acuerdo 008 de 1994 fue reglamentado por el Decreto 1938 de 1994, por el cual se reglamenta el Plan de Beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Más tarde este Decreto fue derogado por el Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, y como servicio de interés general en todo el territorio nacional.

considerados esenciales (el principio de “*lo mejor para todos*” al que se refería Juan Luis Londoño).³⁵ Este listado fue consolidado de manera muy precisa mediante la resolución 5261 de 1994, y en ella se afirmó en su artículo 13 que la receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéuticas, sin que por ningún motivo se admitan e secciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario. No se reconocen recetas que contengan artículos suntuarios, cosméticos y complementos vitamínicos.

De igual forma, en su artículo 29 establece que los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sean de uso hospitalario o ambulatorio, deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el Manual de Medicamentos y Terapéuticas establecidos por el Plan Obligatorio de Salud. Esta consolidación estricta del POS, de hecho, era una de sus características técnicas más importante: la tendencia en los sistemas de salud contemporáneos es que los planes se vuelvan cada vez más explícitos y contengan criterios de costo-efectividad.³⁶ Desde otro punto de vista, la consolidación del POS pareció algo prematura. Así, pues, desde el punto de vista de los Aseguradores y Promotores de Salud, la claridad del POS era característica esencial de la estrategia de racionalización de recursos de contención de costos. En cambio, desde el punto

³⁵ LONDOÑO, Juan Luis (2000). *La consolidación del Capitalismo Moderno*. Bogotá: Banco de la República, p. 33.

³⁶El proceso técnico de elaboración de los Planes puede describirse, en general, de la siguiente manera: la mayor parte países con financiación pública de la salud asumen el costo de los servicios mediante la codificación de los servicios asociados a los diagnósticos a incluir, de los cuales se calcula una frecuencia esperada (ya sea por estimación de enfermos o de utilización de servicios), se establecen los costos esperados para cada intervención (basados en tarifas, reportes de prestadores o estudio del precio de mercado) y se establece un valor del costo total esperado de los servicios, el cual por lo general se expresa en unidades de población expuesta o población objetivo (costo per cápita). Dentro de las estimaciones, es fundamental garantizar la calidad de información por factores que puedan afectar la demanda de los servicios, por su valor o la operación de los servicios, entre otros. La operación final es la comparación del costo per cápita de la sumatoria de costo de los partes diagnostico-intervención prioritaria y el presupuesto disponible, definiendo lo que puede ser financiado. En Colombia también se contempla que el Plan es un conjunto de servicios limitados, cuya modificación debe estar acorde con las prioridades en salud y el presupuesto disponible (Nota de la autora)

de vista de los consumidores, de los profesionales de la salud y del Estado, la rigidez del POS abría uno de los boquetes más amplios para su crítica. Resumiendo este proceso que es muy complejo, podría decirse que médicos y pacientes empezaron a articular la opinión que el POS, como había quedado reglamentado, no ofrecía el paquete esencial de servicios (*“lo mejor para todos”*) que se había prometido a sus usuarios. En la misma dirección también militaban, aunque por razones muy diferentes, los intereses de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), casas farmacéuticas, laboratorios y, además, proveedores de insumos y dispositivos.

Es aquí donde empiezan los choques entre el “sistema de salud” (como mecanismo de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios) y el “derecho a la salud” como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato.³⁷ Los diseñadores del Sistema habían buscado la conciliación afirmando que el POS debía tener la parte esencial de protección y recuperación de la salud (*“lo mejor para todos”*). Los casos que llegaron a las Cortes empezaron a mostrar, sin embargo, una tendencia preocupante (desde el punto de vista constitucional)³⁸ en la interpretación que del POS hacían las EPS: en primer lugar, se amparaban en la definición del POS, que implica renunciar a tratar los casos de enfermedades incurables, porque esgrimían que su tratamiento no era costo-eficiencia y, por tanto, debían ser excluidos del paquete general. De otro lado, la excesiva rigidez del POS empezó a chocar con la libertad profesional y científica de los médicos, quienes veían en el sistema un celo excesivo en homogenizar el tratamiento de enfermedades que, según los protocolos de la

³⁷ Ni siquiera el más fundamentalista de los defensores de los derechos humanos argumenta que derecho a la salud exige implementación inmediata del principio “todo para todos”. Si se piensa, en cambio, que el “derecho a la salud” es una plataforma que permite el control y la discreción permanente de que nivel de protección, se exige del sistema cuando éste ordena “lo mejor para todos”. El derecho a la salud, por lo tanto, no es sino una prestación óptima de servicios, pero sin poner presión para su optimización en sede judicial por la razones que se examinen en el texto (Nota de la autora)

³⁸ Desde el punto de vista legal y reglamentario, sin embargo, la exclusión está plenamente justificada en la definición del Manual de Procedimientos y Actividades del POS (MAPIPOS) (Resolución 5261 de 1994, artículo 18).

medicina, se basa en la eficiencia. Los intereses de los métodos en este conflicto tiene una gama amplia que van desde la sincera opinión profesional sobre la eficiencia de un tratamiento alternativo (no incluido en el POS) hasta los incentivos tangibles que reciben de parte de los laboratorios para la prescripción de medicamentos de marca, o de parte de proveedores para la utilización de tecnología nueva o alternativa. Esta complejidad en las motivaciones de los profesionales es, por tanto, uno de los más sensibles y difíciles en la estabilidad del POS como mecanismo de racionalización de los recursos del Sistema.

La definición del POS, pues, generó estos dos reparos serios que se empezaron a expresar en demanda de aumento de la calidad del paquete básico: en primer lugar, resultaba realmente preocupante que un sistema de salud abandonara a los demás enfermos por argumentos de costo-eficiencia; y en segundo lugar, resultaba difícil lograr el apoyo de los médicos en la contención de costos cuando ésta era interpretada como una planilla demasiado rígida de conductas profesionales a adoptar.³⁹ La Jurisprudencia, pues, reflejó un problema de antropología médica y social que está relacionada con la concepción del “derecho a la salud”. Aunque parece demasiado abstracta, la Jurisprudencia estaba respondiendo a una discusión muy amplia sobre el papel de los médicos y las formas como practican la medicina. De un lado, está la idea del practicante individual que tiene, a partir de su experiencia clínica, conocimientos y creatividad, la capacidad individual de aplicar medicina a sus pacientes con resultados excelentes dentro del contexto del caso individual. De otro lado, está la idea del médico como aplicador rutinario de protocolos completamente estudiados con resultados pre-definidos, que establecen preferencias casi ineludibles de tratamiento por un análisis costo-beneficio.

³⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia SU-43 de 1995 y las otras sentencias de su progenie (Nota de la autora)

Esta aproximación empezó, pues, a generar choques al interior del Sistema de Salud en Colombia. Muchas de las demandas presentadas ante los jueces también presentaban, ya no tanto divergencias alrededor de la competencia técnica de los médicos o de las EPS, sino ejemplos de “incompetencia interpersonal”,⁴⁰ como la denomina la literatura especializada. La restricción técnica a los médicos (que, por tanto, a veces se volvieron abogados de los derechos de sus pacientes para lograr tratamientos alternativos por fuera del POS), los desencuentros “interpersonales” entre pacientes y prestadores de salud, todo aunado a los defectos sistémicos de exclusiones jurídicas y políticamente insostenibles, abrieron la puerta para la intervención judicial. Todas las circunstancias empezaron a traducirse en críticas constitucionales por parte de demandantes y, posteriormente, por los jueces.

Pero aquí no cesaban los problemas: de forma sorprendente, el Sistema de la Ley 100 de 1993 también buscó contener gastos mediante la exclusión de la terapéutica del SIDA, cuando ya era claro, tanto en la política pública⁴¹ como en la jurisprudencia anterior a 1993, que esta exclusión no era jurídica ni socialmente aceptable.⁴² El POS, pues, era la pieza esencial de la estrategia de contención de costos, pero empezó a chocar contra la percepción, desde el punto de vista de la demanda, pues alguna de estas exclusiones no eran aceptables dentro de un sistema bien concebido.⁴³ Un sistema que excluyera estas formas de enfermedad parecía insensible, defectuoso y, por tanto, violatorio del “derecho a la salud”.

⁴⁰ Desde el punto de vista de los pacientes, la “competencia interpersonal” es definida como el manejo de la interacción social y psicológica entre el cliente y el médico (Nota de la autora)

⁴¹ El Sistema, de hecho, había sido diseñado para soportar las “presiones epidemiológicas” contemporáneas, de las cuales el SIDA era quizás el ejemplo más notorio (Nota de la Autora)

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL (1995) *Sentencia T-271 de 1995. Expediente N° T-6271*. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴³ El diseño legal y reglamentario del POS, igualmente prohíbe la incorporación de algunas técnicas de contención de costos que serían muy eficientes pero que desvirtuarían su función política y social. Así, por ejemplo, en el mundo de la medicina y en la socialización del POS no pueden funcionar las “preexistencias”. Véase al respecto el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-112 de 1998 (Nota de la autora)

Las primeras sentencias de este periodo muestran esta tendencia decisional hasta culminar finalmente en la SU-043 de 1995, cuando la Corte hace esta tajante afirmación:

“Las entidades públicas o privadas encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del Plan Obligatorio de Salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente. Subsiste en favor de aquellos (niños beneficiarios) el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado”⁴⁴

Esta afirmación tiene dos componentes esenciales para entender la jurisprudencia de la Corte: en primer lugar, resulta fundamental entender las razones o motivos que llevaron a la Corte a la extensión jurisprudencial del POS. No se avanzaría mucho en la discusión de estos temas si no se hace un esfuerzo por comprender dichos motivos, y por incorporarlos como crítica al Sistema desde la perspectiva de los derechos. Muchos articuladores de políticas públicas no están acostumbrados a considerar las relaciones que hay entre “sistemas” y “derechos” y cómo dichos discursos pueden reforzarse a través de un aprendizaje mutuo. Del otro lado hay que reconocer que el cumplimiento de los derechos depende de la existencia del Sistema y que los abogados frecuentemente comenten el error inverso de lo segundo. Así, pues, la extensión jurisprudencial del POS tiene que ver con la percepción presente en el litigio, que el diseño del paquete esencial de prestaciones del Sistema generaba unas rigideces inaceptables.

La segunda proposición fundamental que surge de esta jurisprudencia en los años 95-96 es la siguiente: la Corte prestó un relativo nivel de atención a cuestiones relacionadas con “el equilibrio financiero” del Sistema. El núcleo de las reglas financieras de la Corte en materia de salud puede describirse de la siguiente manera: en un primer momento, la Corte consideró que las fallas del Sistema

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL (1995). *Sentencia SU-043 de 1995. Expediente N° T-45127*. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

tenían que ver con derechos inmediatamente exigibles a la red de seguridad social del Estado y, por tanto, lo condenó a realizar de manera directa y con cargo a su presupuesto general o al de sus entidades descentralizadas por servicios las intervenciones en salud y saneamiento público que llegó a conceder. En ese sentido, la Corte no consideró que sus reglas tuvieran que preocuparse por los mecanismos de financiación de la ampliación de la oferta que su jurisprudencia generaba. Luego, en un segundo momento y cuando las condenas empezaron a afectar a los operadores privados de la Ley 100 de 1993 (y no solamente al Estado), la Corte buscó mecanismos para trasladar la carga financiera de su jurisprudencia al Sistema en su conjunto, y no a las EPS individualmente consideradas. Entendió, de un lado, que el POS jurisprudencial extendido era exigido por imperativos basados en su interpretación del “derecho a la salud”, pero consideró, al mismo tiempo, que esta extensión no era producto de la culpa o negligencia directas de las EPS, sino por la rigidez del Sistema. Por tal razón, ordenó que los tratamientos y medicamentos no-POS que ordenaba fueran reembolsados por el sistema a cada una de las EPS en la medida en que éstas prestaran los servicios.⁴⁵ La Corte, pues, confió en la capacidad de ahorro del Sistema (que desde su diseño original tenía un amplio margen financiero destinado a la solidaridad) para corregir los defectos constitucionales que en su opinión tenía el POS y que resultaban una agresión jurisprudencial muy lenta de los casos que le llegaban. Estos defectos fundamentales tenían que ver, como ya se ha dicho, con la idea inaceptable que el POS podía, bajo la pretensión de contener costos, (i) dejar rezagados a pacientes que padeciesen enfermedades graves incurables, (ii) a personas con SIDA, o (iii) restringir excesivamente las

⁴⁵ Antes de la Sentencia SU-480 de 1997, la Corte Constitucional había establecido un camino tentativo en el tema relacionado con la posibilidad del recobro de los gastos en que incurren las EPS cuando brindan medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS. Las formulas anteriores a la SU-480 de 1997 que más se acercaban a considerar este asunto, establecían la posibilidad de obtener el reembolso de los costos en los que incurre una EPS privada, que brinda medicamentos y tratamientos para el cáncer, en los siguientes términos: “Los gastos adicionales en que incurra la EPS demandada, podrá revertirse contra la Nación, con cargo al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud o, en último caso, con los asignados en el presupuesto al Ministerio de Salud Pública” (Ver por ejemplo, Sentencia T-114 de 1997) (Nota de la autora)

opciones profesionales y técnicas que los médicos tenían a su disposición. El derecho a la salud, pues, es un reclamo que contra el Sistema hacen los pacientes con mucha frecuencia a instancia de sus propios médicos tratantes. En tales casos, los médicos inician el proceso de reclamo de prestaciones no-POS mediante un consejo profesional al paciente, bien sea porque de esa manera aumentan sus opciones de tratamiento⁴⁶, o bien sea, por la razón más pertinente, pues de esa manera ayudan a los pacientes a “navegar” las complejidades del Sistema. La Corte, de otro lado, no fue tan cuidadosa en la financiación de tratamientos no-POS para los afiliados del régimen subsidiado. Entendió que en estos casos la responsabilidad final caía en manos del Estado y de las EPS, de prestar directamente los servicios.⁴⁷

De manera implícita, pues, la Corte ha aceptado que el Sistema depende de su capacidad de contener costos y de financiar las prestaciones que se dan a los usuarios; pero, de igual manera, ha buscado ponerle límites a las estrategias de contención de costos. Ese arreglo institucional parece adecuado: si la ley 100 de 1993 tiene un defecto ampliamente aceptado, que consiste en que los sistemas de regulación estatal, la auto-regulación cedidas a las propias EPS y la regulación por vía de ligas de consumidores, han sido insuficientes para darle al sistema balance y legitimidad durante los años críticos de implementación del mismo. Las EPS tienen todos los incentivos para contener costos y aumentar la eficiencia del Sistema, tal y como se pedía en el sistema teórico del “pluralismo estructurado”. Sin embargo, no ha resultado muy claro cómo funcionan los incentivos para contener al contenedor de costos ya que la agregación de los intereses difusos de

⁴⁶ En Estados Unidos, los aseguradores han pretendido imponer, por vía contractual, “gag rules”, esto es, mordazas a los profesionales de la salud que les impiden discutir con los pacientes alternativas de tratamiento que estén por fuera del Plan Básico que su seguro les cubre. Médicos y pacientes rechazan estas “mordazas” contractuales porque consideran, y no sin razón, que con ello se restringe indebidamente la libertad profesional y la transparencia en el ejercicio de la profesión. En Colombia, de otro lado, no existen “mordazas” contractuales, pero las EPS dan incentivos fuertes a los médicos para que realicen los tratamientos dentro de los estrictos parámetros de costo-eficiencia que predefine el POS (Nota de la autora)

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL (1995). *Sentencia T-478 de 1995. Expediente N° T-103182*. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

los usuarios ha probado ser excesivamente costosa y dificultosa. La Jurisprudencia Constitucional, por tanto, puede ser vista como la creación judicial de alianzas de médicos y pacientes en búsqueda de reglas para frenar la contención de costos que, como es obvio, les interesa de manera más directa a ellos que a las EPS.⁴⁸ Esto constituye, evidentemente, un ejemplo de regulación mediante litigio difuso o desconcentrado.⁴⁹ El punto de conflicto que requiere arbitraje vinculante radica en el nivel óptimo de eficacia de recursos que no impliquen una rebaja del paquete esencial de derechos que reciben los afiliados al Sistema. Este equilibrio entre costos y servicios no es estático sino dinámico: corresponde a una discusión social extendida en el tiempo y, en ese sentido, los jueces han ofrecido un foro esencial de discusión y legitimación del Sistema que no se hubiera dado al interior de las otras Ramas del Poder Público. El derecho judicial es, en este sentido, mucho más abierto y democrático en la medida en que tiene mayor flexibilidad para seguir las opciones de usuarios y consumidores en sistemas altamente dinámicos. A los ciudadanos les es inmensamente más fácil participar en el proceso de formulación del derecho judicial, ya que las demandas y quejas que interponen tienen costos bajos y los jueces que las escuchan están ampliamente extendidos por todo el territorio nacional.

⁴⁸ Ahora bien, el Sistema siempre fue pensado como un sistema de colaboración, no como un sistema de contenedores limitados por los intereses de los otros. Por esa razón, el Sistema y la Corte han buscado “internalizar” dentro de los operadores conductas cooperativas. En la Ley, por ejemplo, los que serían meramente “aseguradores” de riesgos son denominados “empresas promotoras de salud”. La integración vertical entre EPS e IPS debería reforzar la naturaleza médico- asistencial de las EPS, sin volver a las IPS parte del mecanismo de seguros. En esto consiste, entre otras cosas, la discusión al interior del sistema en relación con la integración vertical de EPS e IPS (Nota de la autora)

⁴⁹ Este tema es particularmente complejo y sobrepasa el propósito del presente documento. Al respecto, pueden consultarse la muy sucinta presentación del fenómeno que hace Langer (2001) y la evaluación del papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos de los últimos años (Rosen, 2008) (Nota de la autora)

4.3 TERCERA ETAPA. DOS ESFUERZOS FALLIDOS POR DESMONTAR EL POS JURISPRUDENCIAL

La tercera etapa de la Jurisprudencia Constitucional sobre salud se desarrolla en el periodo que va del año 1997 al 2000. En este periodo se empieza a sentir con particular fuerza la presión del “Sistema” frente a lo que se consideró en su momento como la excesiva y anti-económica extensión del “Derecho”. Frente a varios esfuerzos del Sistema por restringir el POS Jurisprudencial, se terminó por conservarlo con algunas cualificaciones y precisiones que han seguido operando hasta el día de hoy. Aunque ya se ha dicho que la Corte mostró sensibilidad ante el equilibrio financiero de las EPS’s privadas, permitiendo el recobro de la jurisprudencia No –POS contra los recursos del FOSYGA, ello no había ocurrido así siempre en relación a los prestadores de salud del sector público. La Corte había extendido de manera significativa el rango de servicios, y nunca había adoptado criterios muy estrictos para examinar el incumplimiento, culpa o negligencia de los prestadores. El análisis de la Corte había tendido a enfocarse en la prestación y no en la culpa o responsabilidad del prestador. En términos jurídicos, su análisis constitucional era basado, aunque opacamente, en teorías de responsabilidad subjetiva que, de haber sido adoptadas, hubiesen sido supererogatorias para el tipo de conflicto que la acción de tutela puede resolver adecuadamente. La jurisprudencia constitucional se ha enfocado, más bien, en la situación personal del enfermo y en la “insensibilidad” concreta que el sistema manifestó cuando le deniega una prestación. Por estas razones, se trata de una jurisprudencia de equidad más enfocada al caso concreto. En el año 1997 la Corte pareció entender que su jurisprudencia amenazaba la sostenibilidad del sistema y, en particular, aquella parte del mismo sometido a la gestión de entes públicos; de igual forma se entiende que una focalización excesiva de equidad en casos individuales fomentaban la posibilidad de que existieran fugas fraudulentas en el sistema y que, a través de casos bien presentados y argumentados obtuvieran las mismas decisiones equitativas que estaban obteniendo grupos desaventajados.

Aunque no lo menciona explícitamente, la sentencia SU-111 de 1997 toma nota judicial de las posibilidades de corrupción que el POS jurisprudencial estaba abriendo. Así, pues, las constantes extensiones de oferta asistencial que hace la Corte con base puramente constitucional eran continuamente criticadas como un atentado contra la seguridad jurídica y la rentabilidad y predictibilidad económicas que deben presidir las relaciones entre Entidades Promotoras de Salud (EPS's), el ISS y las demás cajas y fondos estatales, de un lado, y sus usuarios, del otro.⁵⁰

La Sentencia SU-111/97⁵¹ denuncia este estado de cosas y trata de redefinir y sistematizar la justiciabilidad del Derecho a la Salud. Con esta Sentencia la Corte en pleno parece abandonar lo que ahora considera la indisciplinada e impredecible jurisprudencia de equidad que había promulgado hasta ese entonces, y opta ahora por tecnificar la línea jurisprudencial, ocasionando así una sustancial restricción a la interferencia que el “Derecho a la Salud” puede ocasionar en el “Sistema”. La jurisprudencia de la equidad se había basado sobre una lectura amplia de la conexidad de la salud con la vida, la integridad personal y la vida humana. Bajo esta lectura, el criterio de conexidad ofrecía un amplio (y potencialmente indiscriminado) puente para la fundamentalización de reclamos de salud. En la Sentencia SU-111, este criterio de conexidad es visto como demasiado amplio y, además, anti-técnico. Las premisas de la nueva posición jurisprudencial son claras: la salud es ciertamente un derecho fundamental por conexidad, pero no con las nociones abiertas e imprecisas de vida, integridad personal o dignidad humana sino con el criterio, más exigente, de “*mínimo vital*”. El nuevo criterio⁵² es

⁵⁰ Una de las características económicas deseables de la acción de tutela es que reduce implícitamente la complejidad del análisis jurídico basado en la evolución de cumplimiento del Derecho (responsabilidad objetiva), sin sentarse en los temas probatoriamente más complejos de si el remedio judicial pedido depende de la “culpa” o “ilicitud” del comportamiento de algún actor (responsabilidad subjetiva). En las teorías objetivas, como es obvio, se pierde algo de la capacidad de discriminación de conductas que tienen las teorías subjetivas. En la sentencia SU-111 la Corte se da cuenta de esta realidad y busca remediar la situación.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL (199). Sentencia SU-111 de 1997. Expediente; T-107601. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵² La noción de “mínimo vital” ya había sido utilizada desde mucho antes en Colombia. En T-426/92, (Magistrado Ponente: Dr. Cifuentes), se empieza a desarrollar el concepto en relación con

una forma de cerrar la fundamentalización indiscriminada de costosos reclamos de salud y reducirlas a casos donde la pretensión es absolutamente imprescindible para la conservación de la vida de personas que no pueden auto-financiarse la prestación. Pero eso no es todo. Adicionalmente, la Corte anuncia que la concesión del Derecho a la Salud no puede hacerse por fuera de los marcos legales y contractuales establecidos para las EPS's; por ello, entonces, las pretensiones de salud deben ser estudiadas con referencia a las normas sub constitucionales que regulan la materia. De esa manera, una persona usualmente debe mostrar algún incumplimiento grave de un derecho legal o contractual ya existente a la salud para que la Corte le tutele ese derecho. El mínimo vital-salud se convierte así en la protección constitucional de pretensiones urgentes de salud cuando es posible demostrar, de alguna manera, el incumplimiento parcial total de al menos la apariencia de un derecho subjetivo nacido bajo la reglamentación sub-constitucional (legal o contractual). Esta reglamentación, como ya se ha visto, exigía una comprensión estricta y literal de los paquetes mínimos de servicios concebidos a los usuarios. En ese sentido, la noción de mínimo vital- salud sirve fundamentalmente como un proceso ejecutivo en salud (y no uno declarativo), en donde la morosidad o inexacto cumplimiento de la EPS genera un riesgo inminente para la vida del reclamante. Además, en este nuevo esquema, según la Corte, se fortalecen los valores del control democrático y la predictibilidad financiera en el sistema: la salud es ciertamente un derecho, pero uno que depende de la reglamentación que se le dé en los escenarios de la democracia representativa y de la consensualidad contractual entre EPS y usuario.⁵³ Correspondían a esos mismos escenarios la definición de los paquetes esenciales de servicios, sin posibilidad que los jueces entren a terciar en su configuración. La

la fundamentalidad del salario para la subsistencia. En la SU-111, sin embargo, el concepto es utilizado para referir restrictivamente el criterio de conexidad entre salud y vida. Para Arango la noción de mínimo vital liga, de manera todavía vigorosa, la idea de subsistencia (por debilidades de salud o de dinero) con la noción de fundamentalidad tutelable (Rodolfo Arango, Rodolfo, en "*La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*")

⁵³ Este diagnóstico general es confirmado por Luis C. Sotelo, en "*Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas*", consultoría BID, noviembre de 1999.

declaración judicial del derecho, sin consideración de los mandatos de la ley, del reglamento o del contrato, es una intrusión indebida en un derecho constitucional político dependiente en su implementación de la medición legal y contractual. En la Sentencia SU-111/97 se expresó, pues, una posición jurídica donde el equilibrio financiero del sistema depende de la intangibilidad de los paquetes esenciales de servicios definidos para el sistema de salud colombiano. En las sentencias anteriores la Corte se había preocupado ciertamente por la sostenibilidad del Sistema, pero pensaba que ésta era compatible con la extensión mesurada de los servicios a partir de una crítica constitucional al contenido de dichos paquetes mínimos.

La Sentencia SU-111/97 tenía, pues, el potencial de haber cambiado de manera radical la relación entre derecho y sistema. Sin embargo, la dirección sugerida por la Corte en la SU-111 de 1997 probó ser inestable dentro de la Corte porque al muy poco tiempo de su expedición se siguió insistiendo en la protección judicial del derecho a la salud y cómo este quedaba estrictamente subsumido en los paquetes mínimos expedidos por ley o reglamento. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-251/97, la Corte declara la constitucionalidad del protocolo de San Salvador, y con ella manifiesta con gran entusiasmo la posibilidad de que los DESC sean derechos fundamentales y, por tanto, directamente justiciables.⁵⁴ A pesar de la Sentencia SU-111/97, pues la rigidez reglamentaria del paquete esencial de servicios siguió naufragando en los mismos escollos constitucionales de siempre. Así, por ejemplo, la Corte criticó la insuficiente protección (¡una vez más!) a pacientes con SIDA (Sentencia SU-480/97)

⁵⁴ En la Sentencia C-251/97 (en la que se revisa la incorporación al derecho interno del protocolo de San Salvador), posterior a la Sentencia SU-111/97, la Corte expresa todavía gran entusiasmo frente a la idea de considerar como fundamentales los DESC's. En dicha oportunidad, se señaló que *"en efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico"*. Así, la Corte ha señalado que el *"el estado social de derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las negaciones básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas"*.

La conservación del POS jurisprudencial es posible, de otro lado, porque la Corte a su vez sistematizó el conjunto de condiciones bajo las cuales ella entendía que su intervención judicial en el Sistema era legítima y mesurada. Para que ello fuese así, la jurisprudencia debía conservar el equilibrio financiero del sistema y ello se lograba, de un lado, imponiendo restricciones precisas para el acceso al POS jurisprudencial y, por el otro, permitiendo siempre el recobro al FOSYGA. Se entendía que, bajo estas dos condiciones, el Sistema podía financiar las exigencias del Derecho. Con relación al primer componente de la ecuación y para poder conceder a un usuario la extensión judicial de su paquete mínimo de servicios, se requiere (hasta el día de hoy) el cumplimiento de cuatro condiciones: en primer lugar, se exige que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; en segundo lugar, se requiere que el medicamento o tratamiento en cuestión no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente; en tercer lugar, se requiere que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y, finalmente, exigía que el medicamento o tratamiento hubiese sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.⁵⁵

La tercera de las condiciones de la Corte muestra su precaución por lograr que la jurisprudencia POS sea realmente redistributiva y termine por beneficiar realmente a quienes son realmente pobres por oposición a quienes tienen mayor capacidad

⁵⁵ Estas sub-reglas se han mantenido en el tiempo en las Sentencias, T-239/04, T-756/05, T-1020/06, T-202/07, T-779A de 2007.

de defensa judicial de sus derechos.⁵⁶ La cuarta condición, de otro lado, muestra la relación que tiene la extensión jurisprudencial del POS con la libertad profesional de los médicos dentro de los protocolos de la medicina basada en la evidencia, y no tanto con las necesidades asistenciales de la población. Aunque este aspecto de la jurisprudencia es esencial, no ha recibido atención explícita por los comentaristas.

Ahora bien: ¿Por qué mantiene la Corte su polémica doctrina del POS jurisprudencial cuando la misma era ya objeto de oposición muy intensa al interior del sistema? Un breve análisis politológico podría ayudar a entender este punto, en apariencia paradójico. Es claro que a la altura de 1997 la Corte ya ha tomado atenta nota del equilibrio financiero que el Sistema debe guardar. En la Sentencia SU-111/97, de hecho, parece abandonar su extensión jurisprudencial del POS a favor de una visión más estricta de sus contenidos. Sin embargo, la doctrina del POS a favor jurisprudencial extendido terminó siendo defendida por un grupo cada vez mayor y heterogéneo de intereses: pacientes, médicos, IPS's, farmacéuticas y demás proveedores. Como es evidente, formaban el núcleo de esta defensa; pero más allá resulta interesante ver cómo las autoridades moduladoras del Sistema y, en particular, el Consejo Nacional De Seguridad Social en Salud empezó a tener, al menos parcialmente, una concepción más abierta del POS, hasta el punto de adoptar el Acuerdo 83 de 1997 en el que se recogía la noción jurisprudencial de POS abierto. Así, en su artículo 8° se reconoció expresamente que para *“garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrían formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo”*. Para conservar el equilibrio del Sistema, además, se adoptó en el reglamento la provisión jurisprudencial de financiación: *“si el precio máximo al*

⁵⁶ A pesar de este esfuerzo doctrinal, es claro al día de hoy que los jueces no pueden discriminar adecuadamente entre los usuarios del Sistema. El efecto redistributivo de las Sentencias debe estudiarse más detenidamente, pero parece claro, en todo caso, que la doctrina de la Corte no es suficiente para lograr la diferenciación clara entre población con capacidad y sin capacidad de pago de tratamientos por encima de POS.

público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del igual al precio máximo al público de los tratamientos que reemplazaran a su similar, serán suministrados con cargo de la EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía. En el caso de que a la formulación de dichos medicamento se asocie patologías que correspondan a las clasificadas como de alto costo, éstos harán parte del recobro al reasegurado". Estas decisiones administrativas al interior del Sistema, en algún sentido recogían la jurisprudencia constitucional.

Al mismo tiempo, se estaba dando un nuevo desarrollo dentro de la estructura del Sistema. La inclusión de un POS fijo tiene el potencial de generar enormes conflictos, tanto con los usuarios como con el personal médico. Esto resultaba tan claro, que muchas tutelas terminaban siendo discusiones impulsadas por los médicos contra la camisa de fuerza que el POS les imponía cuando ellos tenían otra opinión sobre la mejor forma de tratamiento de una patología. Para la resolución de estos conflictos frecuentes, de hecho se buscó internalizar dentro del Sistema su resolución mediante la creación de los llamados Comités Técnico-Científicos (CTC's),⁵⁷ donde se buscaba el arbitraje profesional de la opinión médica frente a las opciones costo-eficientes preferidas por el POS dentro de su Manual de Terapéutica. Así, pues, los CTC's son concebidos dentro de las EPS's para establecer *"las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos Comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios"*. En la Resolución 5061 del 23 de diciembre de 1997 se reglamentaron los CTC's y se les asignó como responsabilidad la resolución de reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS's, en relación, entre otras cosas, *"al procedimiento para la prescripción de medicamentos esenciales con*

⁵⁷ La resolución 5061 de 1997 se encargó de reglamentar los *"Comités Técnico-Científicos dentro de las Entidades Promotoras de Salud, Administradora del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud"*.

criterio de costo-efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.” La misma Resolución 5061 de 1997 en su artículo 4° especifica los criterios que deben seguir los CTC’s para recetar estos medicamentos No-POS. En ellos, en general, la regulación asume como propios los criterios que la Corte Constitucional había desarrollado en su interpretación del Derecho de la Salud:

Los criterios para la autorización: el comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, los siguientes criterios: (a) la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, sólo podrá realizarse por el personal autorizado. (b) debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva. (c) la prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que este consagran, sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque exista contraindicación expresas sin alternativa en el listado. Pero anterior deberá dejar constancia en victoria clínica. (d) sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y excedido en el país. (e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamiento hospitalario o ambulatorio, éstos deben ser asumidos por las entidades de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas”. El consejo nacional de seguridad social en salud- CNSSS, bajo la influencia del ejecutivo⁵⁸, abrió de manera muy controlada el POS y permitieron un mecanismo de solución de controversias técnicas sobre su contenido en los

⁵⁸ Es necesario tener una concepción de “ejecutivo plural” y no necesariamente “unitario”: no existe unidad de criterios en temas como el del tamaño del POS. La dirección adoptada por el ministerio de protección social muestra una relativa voluntad de abrir el POS para permitir tramitar los conflictos que en médicos usuarios tienen con el sistema. Por opción, los ministerios de hacienda y del interior han tenido razones económicas, el primero, e ideológicas, el segundo, para oponerse a la extensión judicial del POS.

CTC's. los jueces, de otro lado, continuaron escuchando reclamo de los usuarios. Deben observarse, sin embargo, que los CTC's funcionan para casos concretos: ellos sirven fundamentalmente para resolver conflictos de criterios médicos. No afectan, en este sentido, la configuración global ex antes del POS. Aunque las reformas administrativas de 1997 abrieron el POS para facilitar la resolución de desacuerdos médicos (que con frecuencia se 19 de junio que Tramitaban ante los jueces), también es preciso reconocer que el sistema, en su conjunto, mantuvo la definición del POS sin mayores cambios hasta el año 2006. El ejecutivo, en diversas ocasiones, reconoció que la actualización del POS estaba rezagada de manera muy importante.⁵⁹ Solo hasta el año 2006 empezaron a hacerse los estudios técnicos necesarios para la actualización ex ante el POS. Mientras ello ocurría en el CNSSS, la dinámica rutinaria de los CTC'S y de los casos constitucionales seguía incluyendo medicamentos y tratamientos para casos particulares. La lentitud administrativa en la actualización del POS llevo a que en el acuerdo 232 de 2005 se crearon mecanismos técnicos necesarios para una actualización social y técnicamente responsable del POS.⁶⁰ El mecanismo no ha funcionado en la forma en que se esperaba: la revisión integral del plan de beneficios, al día de hoy, continúa sin realizarse la modificación administrativa del POS es la única forma con que el sistema cuenta para que la apertura del POS sea completamente previsible para las EPS's. El esfuerzo remedial de la jurisprudencia es importante pero tiene el defecto de ser siempre ex post, esto es, de depender de los casos concretos en que el derecho se conceda. Desde el

⁵⁹ “según David palacios Valero, Director de la gestión en la demanda en la salud del Ministerio de la Protección social, el plan obligatorio de salud (POS) no se ha actualizado desde que se implementó la ley 100, por la no disponibilidad de información que permita hacer los estudios técnicos necesarios; la estructura misma del Ministerio que no ha sido acondicionada para ello en términos técnicos, y la falta de voluntad política que no permite comprender que un plan desactualizado distorsiona el equilibrio financiero y la posibilidad de satisfacer las necesidades de los pacientes “.

⁶⁰ Esta afirmación aparece confirmada en el informe 2005-06 del ministerio de la protección social al congreso de la república: “[c]omo parte fundamental para el proceso de actualización de los planes de beneficios, se creó [...], el comité técnico de medicamentos y Evaluación de Tecnología [...], como un organismo asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social, cuyo objeto es el de apoyar al Consejo en el ajuste y actualización del plan Obligatorio de Salud (POS) usando la evolución de tecnología y medicamentos como mecanismos para que el POS responda a los principales problemas de salud de la población colombiana.”

punto de vista de las EPS's esta intervención resulta inadecuada porque tienen el potencial de destruir la efectividad del principal mecanismo de contención de costos: el listado finito y claro de servicios y médicos que se deben prestar a cada uno de los aseguradores dentro del sistema. El POS jurisprudencial, por tanto, abre el listado y lo vuelve incierto por que la jurisprudencia, finalmente, genera doctrina constitucional y no ordenes medicas: ha creado un "estándar" de ampliación del POS que, aunque resulta jurídicamente claro, es financiera y medicamente incierto porque depende del número de demandantes, de sus dolencias específicas y del resultado jurídico que obtengan dentro de sus procesos judiciales

Las órdenes de las jurisprudencias podrían ser entendidas como reglas claras en las que los tratamientos ordenados en un caso deberían ser incorporados por vía general a cualquier paciente, sin necesidad de que los reclamase por la vía judicial. En este orden de ideas, cada sentencia generaría un cambio real del POS y, por tanto, generaría un cálculo actuarial de las prestaciones de todo el sistema y, en consecuencia, de la UPC. Sin embargo, la jurisprudencia, al menos en este tema, no funciona como si se tratara de reglas con capacidad de influenciar el comportamiento ex post ante los aseguradores de salud. De hecho, la Corte Constitucional ha dejado dos puertas abiertas en su jurisprudencia para no apretar demasiado a los aseguradores del servicio: la primera, para que puede haber recobro al FOSYGA, para que no se afecte la ecuación financiera del servicio; la segunda, para que el comportamiento de las EPS's pueda ser ex post, esto es, que sólo están obligadas a ampliar las prestaciones POS para aquellos pacientes que hayan logrado una declaración judicial específica de violación de su derecho a la salud. Bajo esta técnica, pues, no se requiere variar los cálculos actuariales de las EPS's, excepto en lo concerniente al impacto financiero por el tiempo que se requiere para recuperar los recursos que han sido pagados a los prestadores. Algunas de ellas, sin embargo, empiezan a tener algún tipo de comportamientos ex ante: como el número de tutelas en casos individuales es inmenso, se pueden

hacer estudios de los principales tratamientos y medicinas que los jueces están reconociendo así como cálculos del número afiliados que dentro de la población reclamaría esos beneficios extra POS por vía judicial.

La jurisprudencia, como es obvio, no está diseñada ni capacitada para atender discusiones técnicas entre el personal médico del sistema. Por esta razón, las demandas no se presentan ante los jueces de esta manera aunque, con mucha frecuencia, esa es la causa primaria del conflicto. En el proceso de demandar, pues, el conflicto sufre una traducción: se presenta más bien un reclamo expresado como exclusión ilegítima del servicio basado en teorías de discriminación, desprotección de sectores vulnerables o, finalmente, exclusiones muy graves del POS que amenazaban la justicia global del sistema. El tamaño del POS ha venido creciendo, en este sentido, de la mano de la jurisprudencia constitucional. Cuando las autoridades administrativas han tratado de ampliar el POS bajo los dictados de la jurisprudencia, ésta usualmente no ordena la inclusión de medicamentos específicos, sino que habla preferentemente de personas individuales o de grupos de personas que, en situaciones específicas de vulnerabilidad y falta de capacidad de pago, deben ser atendidas. Las autoridades administrativas y médicas, del otro lado, deben hacer la traducción de la ideología constitucional a los términos del vademécum médico. Esta traducción ciertamente no refleja con la claridad deseable las luchas constitucionales y sociales que se dan en la discusión jurídica.

Una breve revisión de los acuerdos complementarios del POS en los últimos tres años muestra esta característica de la jurisprudencia. Así, por ejemplo el Acuerdo 289 de 2005 reconoció como componente del POS todas aquellas prestaciones de cirugía plástica reconstructiva, tales como la cirugía reparadora de seno, el tratamiento para paladar hendido y labio fisurado y el tratamiento para gran quemado. El acuerdo 008 de 1994 había confundido peyorativamente los tratamientos meramente “cosméticos, estéticos o suntuarios”. El acuerdo 336 de

2005 incorpora al POS tratamientos esenciales en la enfermedad renal crónica así como medicamentos fundamentales en la terapéutica del VIH-SIDA.⁶¹ Más adelante, en el acuerdo 350 del 2006 (CNSSS 2007) se ordenó la inclusión en el POS y en el POS-S el procedimiento de “evacuación por aspiración del útero para terminación del embarazo” como alternativa a la técnica de legrado o curetaje que ya está incluido en el Plan Obligatorio de Salud para los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusiva o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto. Incluye los medicamentos para este procedimiento que no se encuentren cubiertos en el POS. Con esta norma el POS incorporaba a su interior la enorme discusión constitucional y legal que se había dado en el país entorno a los casos en el que el aborto fue reconocido como derecho constitucional de las mujeres.

En el artículo 356 del 2007 se incluyó la “cobertura de la vasectomía o esterilización masculina como método definitivo de planificación familiar”. Evidentemente estas extensiones administrativas del POS respondían, al menos parcialmente, a procesos jurídicos autónomos de constitucionalización de libertades reproductivas contenidos, por ejemplo, en la sentencia C-355 de 2006. La rama administrativa del poder, encargada de la modulación del sistema, estaba respondiendo con lentitud (o muy parcialmente) a la naturaleza dinámica del POS.

⁶¹ Ver, al respecto, la Sentencia SU-480 de 1997 que refunde la línea jurisprudencial en esta materia. En tema de SIDA, el Ministerio de la Protección Social reconoció en su informe de 2005-2006 que *“se ha procurado de una parte aclarar aspectos a fin de favorecer el acceso a los servicios y de otra ajustar los contenidos, garantizando el mejoramiento de la calidad de salud a través de los procesos para el diagnóstico, la atención, el control, la rehabilitación y la medicación de los afiliados, lográndose la más inclusión en el POS de los procedimientos y medicamentos que garantizan una mejor y más oportuna atención a los pacientes de VIH e IRC en concordancia con el avance técnico científico, a partir del consenso realizado con las Sociedades Científicas respectivas”*.

La Corte Constitucional y el CNSSS parecían ahora estar de acuerdo, al menos en principio, en un POS moderadamente abierto que le diera suficiente flexibilidad a los jueces de tutela y a los CTC's para hacer incorporaciones de medicamentos en casos particulares. De la misma forma, al menos en el año 2005-2007, el CNSSS empezó a hacer alguna actualización del POS, reflejando alguno de los temas jurisprudenciales más frecuentes y apremiantes. Esta convergencia política y técnica se ha cimentado de manera muy lenta dentro del sistema en el periodo 1997-2005. Sin embargo, en el año 2000 se dio el último intento fuerte por regresar a una concepción cerrada del POS. Aquí intervino el ejecutivo tratando de reformar de manera directa la Ley 100 porque en ella no se había tomado ninguna decisión concreta con relación al tamaño y al nivel de "apertura" del POS. De hecho, la Ley originalmente sólo incluía una noción dinámica del POS en el parágrafo 2° de su artículo 162: *"Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema."*

Esta norma original fue modificada mediante el artículo 98 del Decreto 266 de 2000 para decir ahora que

"Con el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y de conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones de Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional conforme a la tecnología apropiada disponible en el país, según se dispone en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes Público y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben presentar el plan obligatorio de salud dentro de los parámetros que el mismo estado ha fijado. En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, autorizará mediante trámites especiales que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido

por este organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquier que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamenten el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

La norma, como es evidente, buscaba disminuir del impacto de la tutela en la solución de conflictos al interior del Sistema. Se aceptaba la necesidad de una cierta apertura del POS para lidiar con situaciones donde “*estuvieran de por medio el derecho a la vida*”, pero las mismas debían tramitarse como incidentes administrativos, estrictamente al interior del Sistema de Salud y no ante jueces constitucionales. A pesar de su mal disimulada animosidad contra la jurisprudencia constitucional, la norma revela en todo caso un principio jurídico y moral que ya parece estar suficientemente consolidado en todos los actores del POS, y con ella se pretende que personas con enfermedades o condiciones muy graves puedan ser simplemente abandonadas a su suerte. Este principio no significa que el Sistema puede reconocer el principio “todo para todos”. Pero, por otro lado, el POS rígido no puede responder a los casos graves en los cuales el tratamiento no resulta costo-eficiente para todo el Sistema. Este abandono consciente de los más enfermos viola, como lo había dicho la Corte desde el año 1992, el derecho a la salud de los colombianos.

4.4 CUARTA ETAPA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL. LA EXPLOSIÓN DEL LITIGIO EN SALUD

Después de los efectos fallidos de reconfiguración del Derecho a la Salud en la SU-111/97 y el Decreto 266/2000, es claro que la Corte mantiene un POS jurisprudencia relativamente abierto. A partir de 1999, se da un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999, de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país, el 24.6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000 el número de tutelas aumentó a 131.77 y el 18.9% (24.913)

fueron de salud. En el año 2001, el número de tutelas aumentó un poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud si aumentó, pues alcanzó el 25.6% (34.226). En el año 2002 la tendencia continuó, incrementando levemente. Para el 1° de diciembre de 2002 se habían presentado 140.095 tutelas, de las cuales tan sólo el 25.03% (35.072) eran de salud. Datos más recientes de la Defensoría del Pueblo muestran que esta tendencia al aumento se ha mantenido para el período de 2003-2006, hasta el punto en que las tutelas en salud llegaron a ser, para el último año del período, superiores a 75.000.

El impacto de estos datos muestran una nueva situación, que podría describirse de la siguiente manera: finalizada, de alguna manera, la “guerra ideológica” en torno a la jurisprudencia POS que se libró entre los años de 1997 a 2000, la interpretación jurisprudencial terminó por estabilizarse y, finalmente, ratificarse. Salvo que se trate de un caso de aspecto novedoso, tan sólo se requiere aplicar las reglas y reiterarlas. La mayor parte de los fallos de tutela en Salud son “sentencias de reiteración”, en la que de manera muy breve la Corte reitera las condiciones en las que el POS se flexibiliza para proteger el Derecho a la Salud. En un texto que ha llegado a ser canónico, la Corte afirma que las prestaciones del POS del Régimen Contributivo, por ejemplo, actualmente pueden ser extendidas, pues las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tiene la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) cuando: a) La falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; b) El medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; c) El paciente no puedan sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizadas para cobrar está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y d) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

Ahora bien, decir que la guerra ideológica en torno a la jurisprudencia en materia de salud había terminado no es completamente correcto. En el año 2002 se volvería a desafiar su estabilidad, pero esta vez de manera masiva, cuando el Ministerio del Interior propuso una reforma constitucional que buscaba eliminar el papel que los jueces constitucionales habían construido como adjudicadores del Sistema de Salud. El ataque, sin embargo, no estaba redactado en términos específicos al Sistema de Salud sino que proponía, en general, la eliminación por vía constitucional de la “fundamentalización” de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en efecto, el Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002 ordenaba explícitamente que los jueces solo podían tutelar los derechos del Capítulo I del Título II de la Constitución, excluyendo así los DESC’s que están consagrados en el capítulo II. La norma propuesta, además, impedía que los jueces pudieran expedir sentencias que impusieran obligaciones “que supongan alterar las leyes”. En la estocada final, el proyecto limitaba considerablemente la posibilidad de interponer tutelas contra particulares, doctrina que, como es evidente, ha sido esencial en tema de la salud donde mucha de las EPS’s ostentan precisamente esa condición. En la Exposición de Motivos del Proyecto, el Gobierno afirmó expresamente que *“de la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue la intención inequívoca”*

Por medio del Constituyente de 1991, su extensión por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el constituyente no les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando a los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante tutela se han impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales de Derecho.

Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales o de cárceles o de vías o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia en partes esenciales del poder ejecutivo. Por eso, yendo a la Doctrina y a la Legislación Universal en la materia, el derecho de tutela, llamado de amparo en otras naciones, debe limitarse a la protección de los derechos de contenido absoluto, es decir, de los que se ejercen erga omnes, y no de los derechos de segunda y tercera generación, imponiéndole al Estado cargas y gravámenes que no están en condiciones de atender.

El Proyecto de Reforma Constitucional fue finalmente archivado, pero revela de nuevo la resistencia política e ideológica que la justiciabilidad de los DESC's seguía teniendo en el país. Frente a esa resistencia, es muy llamativo cómo la Doctrina haya tenido la tenacidad suficiente para mantenerse a pesar de los intentos constitucionales, legales y jurisprudenciales por cambiarla. Podría decirse hoy en día que la Doctrina goza de un periodo de relativa estabilidad gracias a la interacción de factores poderosos. En primer lugar, y en estricto derecho, la doctrina esta en sincronía muy clara con las tendencias de fortalecimiento de la justiciabilidad de los DESC's en la interpretación que se hace de documentos constitucionales e internacionales. Podría decirse que en Derecho, hoy en día, la justiciabilidad de los DESC's es una frontera muy dinámica y enérgica que constituye una tendencia innegable. Su fuerza se ha hecho sentir en la jurisprudencia colombiana que, además, tiene un liderazgo internacional indudable en el tema. Este liderazgo genera un cierto compromiso con la comunidad interna e internacional en el sentido de que la Corte sabrá mantener la justiciabilidad de los DESC's a pesar de los enormes conflictos, resistencia y costos que la Doctrina puede generar en los distintos campos que toca.

En segundo lugar, y en plano más politológico, la Doctrina tiene un importante nivel de legitimidad social que se fundamenta en los diversos tipos de alianzas

políticas y sociales que las respaldan en los diversos derechos específicos cuya judicialización permite. En materia de salud, en particular, se ha visto que hacen parte de esa alianza el Estado (tanto como la jurisdicción constitucional como algunas dependencias de la rama ejecutiva, fundamentalmente el Ministerio de la Protección Social), los pacientes y los médicos. Y, finalmente, las compañías farmacéuticas, IPS's y proveedores que ven en el POS jurisprudencial una manera de expandir su mercado. Esta alianza, a su vez, no tiene los enemigos poderosos que en otros campos han detenido la expansión de doctrinas constitucionales: en el tema de la salud, en particular, la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no han presentado resistencia a la jurisdicción constitucional. De hecho, la tendencia marcada parece mostrar una armonización de la Doctrina entre las jurisdicciones.

Finalmente, la Doctrina ha cumplido una serie de funciones importantes e innegables en el Sistema de Salud. En ese sentido, su impacto ha sido benéfico incluso para aquellos que se oponen a su actual definición porque, más allá de la distribución de recursos que hace entre “ganadores” y “perdedores”, la justiciabilidad de la salud en sede constitucional ha permitido la resolución de conflictos al interior del Sistema que ninguna de las otras instituciones moduladores podrían estar en capacidad de asumir. La Doctrina, en fin, ha tenido una función jurisdiccional en la que casi todos los actores han resultado “ganadores” (con la posible excepción de los aseguradores, aunque incluso para ellos la sola tarea de resolución de conflictos es necesaria).

Este déficit de capacidad judicial, de hecho, ha generado una reforma legislativa reciente mediante la expedición de la Ley 1122 de 2007 en la que se fortalece la capacidad de la Superintendencia Nacional de Salud para que intervenga, tanto como conciliador y como juez, en las relaciones entre consumidores,

aseguradores y prestadores de servicios.⁶² La Ley, de hecho, fue declarada exequible en la sentencia C-117/08. La siguiente batalla jurídica, muy probablemente, se centrará en el tema de si la ley 1122 de 2007 estableció un “juez natural” para las controversias emanadas del Sistema que impedirá en el futuro la actuación directa de la jurisdicción constitucional. Aunque el texto de la Ley no tiene ninguna disposición específica al respecto, sí se afirma que, al menos para los casos concretos de los que conozca la Superintendencia, sus decisiones tienen “carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”. Lo más probable parece ser, sin embargo, que esta norma genere a los quejosos y reclamantes la posibilidad alternativa de acudir ante la justicia administrativa o ante la justicia constitucional. Luego, finalmente, habrá que ver si la justicia constitucional asume alguna forma de supervisión sobre la justicia administrativa o si adopta, en su lugar, el principio de cosa juzgada que le impedirá entrar a revisar el fondo de las decisiones profesionales por la Superintendencia. En su conjunto, pues, la ley 1122 de 2007, al otorgar competencia judicial a la Superintendencia Nacional de Salud y al incentivar fuertemente la presentación ante los CTC’s de los conflictos relacionados a medicamento en enfermedades de alto costo, debe tener el efecto de generar una fuerte “desjudicialización” de las controversias.

Del análisis anterior pueden resultar dos resultados muy evidentes. El primero, que la doctrina de la justiciabilidad de los DESC está vigente y ha dado señales de estabilidad en el mediano y futuro plazo; en segundo lugar, y conectado con lo anterior, es claro que la ciudadanía está haciendo un uso masivo de la doctrina

⁶² El artículo 41 de la Ley de Competencias concede funciones muy amplias a la Supersalud en el tipo de controversias que ha venido atendiendo la jurisdicción constitucional. Es importante notar cómo la definición legal ya muestra una mayor sensibilidad a clasificar los tipos de conflictos que el Sistema ha venido generando. Dice así el artículo 41: “*Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del Derecho a la Salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los asuntos allí establecidos*”.

hasta el punto que las tutelas en salud son, sin duda, la principal causa de jurisdicción constitucional de conflictos.

El volumen de estas Sentencias, aunado el crecimiento exponencial de decisiones emanadas de los Comités Técnico Científico, ha generado un costo financiero imprevisto al comienzo de la línea jurisprudencial cuando la protección judicial del Derecho a la Salud fue considerada como un fenómeno de excepcional ocurrencia. En este panorama, el costo directo, de hecho, fue juiciosamente resuelto por la Corte Constitucional cuando ordenó que las prestaciones extra-POS concedida con fundamento en el Derecho a la Salud tenían que ser reembolsadas a las EPS's por el FOSYGA, lo que implica que la sostenibilidad del sistema se ve afectada por dos fenómenos sobrevivientes que los actores y moduladores del Sistema apenas han advertido hace poco. El primero y más importante, es que el FOSYGA terminó cumpliendo con una serie de funciones de naturaleza administrativa y financiera para las cuales no fue originalmente diseñado. La disfuncionalidad resultante se ha vuelto evidente: en su diseño original, el FOSYGA estaba encargado de mantener el flujo de recursos, con base en unos cálculos muy generales y estandarizados en el que los ingresos estaban conectados a porcentajes de nómina y los egresos a afiliaciones y unidades de pago por capitación. Sin querer trivializar la complejidad de esta función de articulación del Sistema, es evidente que estos cálculos son estándares y requieren del FOSYGA una capacidad financiera general sin las presiones administrativas que la jurisprudencia constitucional le ha generado. Bajo la jurisprudencia extra-POS, sin embargo, el FOSYGA ha entrado a administrar miles de expedientes individuales de recobro y, de manera justificada, ha tenido que establecer requisitos exigidos en resoluciones del Ministerio de la Protección Social. Sin embargo, pueden resultar excesivos, ya que parecen operar no como defensas eficaces contra la corrupción sino como formas de dilatar injustificadamente el pago de los recobros que las EPS's reclaman por

prestaciones de salud ya suministradas a los afiliados del Sistema. Las formas jurídicas, en este caso, han resultado excesivas y disfuncionales.

La manifestación de la jurisprudencia extra-POS KH...^00IH a generado, pues, una asimetría constitucional importante. Es relativamente claro que la Corte ha definido, al menos desde 1997, el principio de equilibrio financiero del Sistema al permitir el recobro de las prestaciones extra-POS al FOSYGA. Este remedio pareció relativamente eficiente hasta el año 2000 cuando comenzó la explosión de litigio en Salud que no da señales aún de amainar. La multiplicación de tutelas y el establecimiento legal de los CTC's ha multiplicado el número total de prestaciones extra-POS que el Sistema debe otorgar. Este aumento ha generado una presión administrativa al FOSYGA que éste no ha estado en capacidad de tramitar. Un número cada vez más creciente de sentencias judiciales, pues, se han convertido en títulos ejecutivos de los cuales dependen las EPS's para el recobro al FOSYGA. El solo aumento del volumen de las acreencias, el aumento de los periodos de pependencias de tales recobros y los problemas administrativos de un FOSYGA y de una judicatura sobrecargados de expedientes, han generado consecuencias imprevistas: la prestación de los servicios extra-POS está generando un costo financiero que, por sí solo, ya es preocupante.

CAPÍTULO V. MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Tras haberse señalado los diferentes criterios tanto legales como jurisprudenciales y doctrinales del desarrollo del Derecho a la Salud, es pertinente analizar los mecanismos propuestos, tanto por la ley como por la jurisprudencia, para lograr la salvaguarda del derecho a la prestación del servicio de salud, a partir de su real contenido y alcance.

La regulación se establece por la Leyes 100 de 1993 (establece el Sistema General de Seguridad Social), 643 de 2001 (regula los juegos de azar y la participación que tiene que ir al sector salud), 712 de 2001 (por la cual se reforma el Código procesal del trabajo, que en adelante se llamará código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), 1122 de 2007 (reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, modificada por el artículo 36 del Decreto Nacional 126 de 2010 en lo relativo a las multas, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud). Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 en el Senado y 267 DE 2013 en la Cámara de Representantes (por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones. Esta Ley deroga todas las que le sean contrarias)

El Sistema de Salud está bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno Nacional (Ministerio de Salud) y atiende las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno en la lucha contra las enfermedades y en el mantenimiento, educación, información y fomento de la Salud. A grandes rasgos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, está proyectado para que tenga aplicación y cobertura a toda la población en el territorio nacional, a través de los

dos regímenes de afiliación que lo conforman: el Contributivo y el Subsidiado. El Régimen Contributivo (artículos 201 y siguientes de la Ley 100 de 1993), al cual se encuentran afiliados los ciudadanos con capacidad de pago, ya sea como trabajadores dependientes o independientes, mediante el pago de un aporte mensual al cual contribuyen el trabajador, el patrono y el Estado. El segundo es el Régimen Subsidiado, al que se encuentra afiliado el sector más pobre de la población (artículos 211, 213 y 157 de la Ley 100 de 1993)

Estos Regímenes coexisten para su financiación y administración con el Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, encargado de la administración general de los recursos del Sistema (artículo 201 de la Ley 100 de 1993). La prestación de los servicios de salud se hace a través de EPS, quienes pueden prestar los servicios a sus afiliados y beneficiarios mediante instituciones de asistencia sanitaria propias, o a través de la contratación de los servicios de salud a IPS.

Desde el punto de vista del contenido material de la atención en salud en Colombia, la Ley prevé para los beneficiarios del Régimen Contributivo el Plan Obligatorio de Salud POS y para los del Régimen Subsidiado el POS-S. El sistema establece seis planes de atención, a saber

:

- El Plan de Atención Básica en Salud PAB.
- El Plan de Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional ATEP.
- El Plan de Atención en Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos.
- POS.
- POS-S.
- Planes de Atención Complementaria en Salud PAS.

Por excepción, el Sistema de Salud no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de

1990, con excepción de aquel que se vinculó a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y a los pensionados de la misma (Ley 100 de 1993, artículo 279). Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en la salud en los aspectos no cobijados en la ley 100 de 1993 se regirán por las disposiciones legales vigentes. La regulación de medicamentos se regirá por lo dispuesto en la ley 100 de 1993.

Los Organismos de Dirección, Vigilancia y Control para el sector salud se establecen de la siguiente manera:

- Ministerio de Salud.
- La Comisión de Regulación de Salud (CRES), adscrita al Ministerio de la Salud. El actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) seguirá funcionando, pero sólo como instancia de consulta y con un carácter de asesor. La instancia de decisión será de CRES.
- Superintendencia Nacional de la Salud.
- Organismos de Administración y Financiación:
- Entidades Promotoras de Salud EPS. Cumplen funciones de gestión (procesos de afiliación, registro y recaudo de las cotizaciones del Sistema), aseguramiento y protección (a través del Plan Obligatorio de Salud POS). Son intermediarias, no prestan el servicio sino gestionan la afiliación al Sistema y pueden hacerse cargo de la prestación de algunos servicios de salud. La financiación se realiza por medio de las unidades de pago de capitación que son cuotas que garantizan el equilibrio del Sistema.
- Direcciones Seccionales Distritales y Locales de Salud.
- Fondo de Solidaridad y Garantía.

- Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS. Pueden ser entidades oficiales, privadas, mixtas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de servicios de salud de los afiliados del SGSSS que pueden estar dentro o fuera de las EPS.
- Empresas Sociales del Estado. Es una nueva clase de institución estatal que adquiere un carácter mixto, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Es decir, prestan el servicio de la salud como servicio público a cargo del Estado pero a nivel contractual se rigen por el derecho privado.

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A continuación se destaca la opinión de la Corte en uno de los apartes de la sentencia SU-111 de 1997, acerca del contenido y alcance de estos derechos, ya que esta providencia brinda, en forma resumida y completa, sus características y alcances:

"El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante, la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad (como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores), las exigencias que de ellos surgen no puede cumplirse al margen del proceso democrático y económico".

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 surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

Lo anterior no le resta fuerza jurídica a esta categoría de derechos, ya que el legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está

vinculado por mandato del Estado Social de Derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad. Por el contrario, la politización forzosa del tema de las prestaciones materiales a cargo del Estado, amplía el horizonte del debate democrático. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta.

Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado Social de Derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales.

La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado Social de Derecho, en cada momento histórico, en cierta medida es una variable de la participación ciudadana

y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado Social de Derecho que para su construcción prescindiera del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino. Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado Social, baste señalar que es principalmente a través del presupuesto y del proceso de planificación, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, cómo progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario.

Ciertamente, todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal - en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.

La cláusula del Estado Social de Derecho (Constitución Política, artículo 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización.

La actualización concreta del Estado Social de Derecho corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado, y abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la Ley. No se ve cómo pueden dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado Social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado Social de Derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una

persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado Social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la Ley y de las posibilidades financieras del Estado, pues el legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución.

CAPÍTULO VII. ANALISIS DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA

En síntesis, con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ley 100 de 1993), y más concretamente el Régimen Contributivo, se presenta una relación tripartita entre los sujetos que la conforman es decir: trabajador dependiente-empleador, empleador-entidad promotora de la salud (EPS) y EPS-trabajador dependiente y beneficiarios del mismo. Se destaca que en esta red correlacional cada parte tiene una serie de obligaciones que obran como fundamento para el cumplimiento de las demás relaciones. Así, la principal obligación del trabajador dependiente es verificar que su empleador le descuenta de su salario el porcentaje que le corresponde aportar al sistema. La del empleador es realizar dicho descuento y pagar oportunamente los aportes que le corresponde. Y en el caso de la EPS, la principal obligación es brindar el servicio de salud a los trabajadores y a sus beneficiarios a través de las IPS con que contrate.⁶³

El régimen de financiamiento adoptado por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) dentro del Régimen Contributivo está basado en la confianza, ya que el trabajador confía que el momento en el que su empleador le haga el descuento de su pago de nómina, éste pagará el aporte. Además, el SGSSS confía que el empleador va a realizar el pago de los aportes mediante el sistema de autoliquidación. Con ello, lo que se pretende, siguiendo la tendencia general a reducir la intervención del Estado, es que el sistema sea autónomo y auto sostenible.⁶⁴

⁶³ RODRÍGUEZ, Joaquín (2005). Administración de recursos. Bogotá: McGraw Hill, p 78.

⁶⁴ LEÓN, Víctor (1997). Seguridad Social. Desarrollo a través del tiempo. Medellín: Universidad de Antioquia, p. 22.

Sin embargo, el principio de la confianza y de la buena fe que irradia el Sistema no lo hace completamente invulnerable. Se presenta en la actualidad una serie de dificultades tanto jurídicas como económicas y de salud pública, por el incumplimiento de una de las partes dentro de esta relación jurídica, tal como sería el caso del incumplimiento en el pago oportuno de los aportes por parte del empleador a las EPS escogidas por sus trabajadores. Esto en el caso de trabajadores dependientes, ya que los independientes necesitan cotizar a través de la famosa PILA. No obstante, para las personas pertenecientes a estratos bajos, el Estado debe garantizar su acceso al Sistema de Salud de Régimen Subsidiado.

Bajo este contexto, es importante analizar los diferentes mecanismos legales y jurisprudenciales para garantizar el real y efectivo restablecimiento del Derecho a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado para los trabajadores dependiente y sus beneficiarios. Para cumplir con tal cometido, es importante partir de un entendimiento básico del Derecho a la Salud, eje y finalidad central del Sistema General de Seguridad Social, pues, las herramientas legales y jurisprudenciales a las que se hará referencia giran en torno a vacíos que parecieran desconocer en algunas ocasiones el real contenido del citado derecho en sus diferentes aceptaciones y alcances.

7.1 DERECHO FUNDAMENTAL POR CONEXIDAD (TRATAMIENTO ANTERIOR A LA LEY ESTATUTARIA Y A JURISPRUDENCIAS)

Los derechos fundamentales constituyen la base de todos los derechos constituidos en el ordenamiento jurídico y son los únicos que pueden ser objeto de control de la tutela. Sin embargo, en circunstancias generales de orden económico y social se permiten ampliar los espacios de la libertad y de los derechos inherentes a la persona, o que circunstancias particulares así lo permitan para un caso en especial.

Pese al carácter irrenunciable que le atribuye el artículo 48 de la Constitución el derecho a la seguridad social no tiene carácter de fundamental, excepto en los casos de conexidad directa, con los derechos de tal naturaleza que puedan ponerse en peligro por la ineficaz o deficiente prestación de aquélla (antes de la Ley Estatutaria de Salud).

El contenido material de la seguridad social consiste, pues en un sistema de prestaciones que se concreta en cabeza del sujeto protegido dentro de condiciones fijadas por la Constitución y por la Ley, dadas ciertas situaciones previstas por la normatividad y el previo cumplimiento de los requisitos que ésta contemple.

Así, el derecho a la salud antes de la Ley Estatutaria podía ser visto desde dos ámbitos como anteriormente se mencionó: el primero, lo relaciona con el derecho a la vida, de manera que atentar con el derecho a la salud de las personas equivale a atentar contra la vida y la entidad personal y, por consiguiente, atentar contra un derecho fundamental. El segundo sitúa el derecho a la salud en un carácter asistencial. *“la frontera entre el derecho a la salud fundamental y como asistencial es imprecisa y sobretodo cambiante, según la circunstancia de cada caso (Constitución Nacional, artículo13), pero en principio puede afirmarse que el derecho a salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida”.*

Al respecto se ha dicho:

“Además de su estructura prestacional, los Derechos Sociales Económicos y Culturales tienen una dimensión de libertad e igualdad que por sí misma les determina un significado intocable y siempre tutelable. Los derechos asistenciales, a pesar de su progresividad, protegen siempre un mínimo vital de las personas que, por sus condiciones de desprotección, debilidad o total abandono no tienen ninguna probabilidad de supervivencia digna. Sentado que los derechos asistenciales no son de aplicación inmediata sino supeditada al desarrollo legal y en términos de

la Ley, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha desarrollado la tesis del mínimo vital como contenido esencial básico de los derechos sociales y económicos o derechos de prestación; como criterio iluminador del Juez en dos hipótesis:

1. Al momento de amparar el derecho mediante la aplicación de las leyes y reglamentos que precisan las prestaciones exigibles como derechos subjetivos.

2. Cuando, frente a situaciones desesperadas de peligro inminente de la vida o la integridad sea necesario amparar el derecho, sin referencia a leyes o reglamentos que regulen derechos subjetivos exigibles. En la primera, el comentado concepto opera como instrumento corrector de normatividad desviada, poco fiel, poco sintonizada, con el significado profundo del derecho. En la segunda es una herramienta judicial supletiva de la ley omitida.”

A pesar de que el Derecho a la Salud es un derecho colectivo y prestacional, existen varios casos en los que se sostiene que el Derecho a la Salud adquiere el carácter de Derecho Fundamental cuando se encuentra en relación de conexidad con otros derechos que tienen el mismo rango. El sistema constitucional no opera con una lista taxativa de derechos fundamentales tutelables. Es por esto que los jueces en sus sentencias de tutela deben referirse a los criterios establecidos por la Corte Constitucional y aplicarlos según el caso concreto. Según la Corte Constitucional esto se puede entender como: *“Aquellos que siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.”*

Para la Corte, entonces, el Derecho a la Vida abarca no sólo la supervivencia física, sino también una serie de condiciones que le hacen digno del ser humano y fomentan su bienestar. Por consiguiente, *“toda situación que haga de la existencia del individuo un sufrimiento es contraria al derecho constitucional fundamental a la*

vida (entendiéndolo como el derecho a existir con dignidad), por más que no suponga necesariamente el deceso de la persona.”

Es por esto que el Derecho a la Salud, cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales en cualquier grado y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave, procede la acción de tutela. Sin embargo, también ha señalado la Corte que no toda la afectación de la salud se considera una violación al Derecho a la Vida, por lo que serán las circunstancias de cada caso concreto las que determinen el grado en que el derecho a la Vida se ve afectado por la salud del tutelante.

Una interpretación formalista de la Carta Política no tiene en cuenta la función de los derechos fundamentales como límites a las actuaciones u omisiones del Estado. El Derecho a la Salud (artículo 49 de la Constitución Política),, cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, o está relacionado íntimamente con la protección de éstos, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela. Cuando no lo es, por el contrario, no puede ser amparado a través de este mecanismo (esto ha cambiado con la nueva Reforma a la Salud del 2014)

Todo lo anterior permite concluir que en la Constitución Política de 1991 la salud de los colombianos es por conexidad un derecho fundamental, cuya efectividad corresponde en buena medida garantizar al Estado, tomando muy en cuenta las específicas necesidades de su titular y los recursos existentes para satisfacerlas. *“La Salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente en aras de una igualdad real en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta. Este derecho busca además, y en forma primordial, el aseguramiento del derecho*

fundamental a la vida, por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en procura de su efectiva protección”.

Finalmente, es clara la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho acerca del derecho a la salud consistente en extender el concepto de derecho fundamental para aplicarlo a los derechos prestacionales. Esta interpretación se conoce como derecho fundamental por conexidad, la cual argumenta que un derecho prestacional puede convertirse en derecho fundamental cuando de su negación se deriva la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

Otro concepto ha sido el de derecho fundamental autónomo. Esto implica que si a un plan de beneficios que el Estado ha diseñado para desarrollar el derecho a la salud como derecho prestacional, el individuo adquiere el derecho a lo que este plan de beneficios incluye. En este caso, no es necesario demostrar la relación con un derecho fundamental, pues la negación del derecho a algo incluido en el plan de beneficios es un derecho fundamental autónomo.

.7.2 DERECHO FUNDAMENTAL DIRECTO

En el punto anterior se trató el tema de la protección del derecho a la salud por conexidad con derechos fundamentales, noción que en Colombia ha ido evolucionando.

Para tratar un poco el tema de Derecho Fundamental Directo, es necesario recordar la noción de Derechos Fundamentales, que son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto.

Ya teniendo esta definición, se puede decir que a pesar de que en la Carta Magna se estableció el Derecho a la Salud dentro de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, éste es en sí un derecho fundamental. Así lo ha ratificado la Corte a través de las jurisprudencias anteriormente vistas y ahora la nueva Ley Estatutaria a la Salud en su primer artículo. Es por este motivo que es más efectiva la acción de tutela ahora.⁶⁵

⁶⁵ http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales (consultado el 15 de mayo de 2017)

CAPÍTULO VIII. ANALISIS DE LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 EN LA RESPONSABILIDAD POLITICA DEL ESTADO FRENTE A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD.

Pese a que la Corte Constitucional ha venido reiterando que el Derecho a la Salud es un Derecho Fundamental, tratada antes como un servicio, en Colombia la mayoría de personas que llegaban a una clínica de urgencias sino estaban graves no eran atendidas o simplemente les tomaban lo esencial en atención. Las largas filas para apartar una cita, teléfonos que no contestan en las EPS-S para que las personas de estratos bajos pudieran acceder a una consulta médica, estas y muchas quejas por parte de los usuarios son demasiado frecuentes tanto en el sistema contributivo como en el subsidiado.

A pesar de que existen entes estatales encargados de vigilar todos estos procesos, faltaba algo más contundente con qué obligarlos. Es aquí donde a través de un Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 de Senado y 267 de 2013 de Cámara, entra a darle más fuerza al Derecho a la Salud en Colombia. Este Proyecto de ley fue declarado exequible por la Corte Constitucional a comienzos del 2014. Es así como surge la Ley 1751 de 16 de Febrero de 2015, por medio del cual se regula el Derecho a la Salud y se dictan otras disposiciones.

El Estado, como ente garante de proteger este Derecho, se ha quedado corto ante tantas necesidades, y surge entonces un interrogante: ¿Por qué recurrir a una tutela para garantizar algo que por derecho se tiene? Simplemente, son las deficiencias del Sistema que hacen recurrir a esto. Los retos la Ley Estatutaria son los siguientes:

- La salud, un derecho fundamental autónomo. Esto quiere decir que todos los mecanismos del Estado y sus instituciones se ponen al servicio de este derecho que debe cubrir a todos los colombianos, en condiciones de equidad y oportunidad. En este sentido se proyecta cobertura universal y la eliminación de los regímenes subsidiado y contributivo.
- Integralidad. La salud no sólo es la atención de la enfermedad, sino también el mantenimiento del bienestar de las personas sanas. En ese sentido, la Corte plantea la necesaria intervención de los componentes de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y paliación de todas las enfermedades, de acuerdo con las necesidades de los pacientes.

Antes de la Ley Estatutaria de Salud se trataba a la Salud como un servicio mas no como derecho, a pesar de estar dentro de la Constitución Política en uno de los capítulos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A pesar de todo, para defender este derecho debía estar en conexidad con el derecho a la vida. A partir de la Ley Estatutaria en Salud se puede defender este derecho directamente sin entrar a tener conexidad con un derecho fundamental, pero aun así falta mucho por seguir avanzando en este tema, y el Estado a través de sus entes deben garantizarlo por medio de entidades privadas o públicas, ya que es el único que puede entrar a vigilar de qué manera están tratando a pacientes lo que antes se podía decir “clientes de las clínicas”.

La Ley Estatutaria en salud implica un reconocimiento de un derecho fundamental para garantizar la dignidad humana. Esta ley facilita a que se mejore los accesos a los servicios en salud, ya que al reconocer este derecho fundamental se acabarían las complicaciones en la atención a las personas en cuanto a este.

Los médicos con la ley estatutaria en salud tienen autonomía médica; es decir, los profesionales de esta área deben hacer su trabajo con autorregulación, ética, racionalidad y evidencia científica. Con la Ley el Ministerio de salud establece

unas excepciones de algunos tratamientos que no serán pagados por el sistema de salud, como es el caso de tratamientos cosméticos, los que no tengan evidencia sobre su seguridad, aquellos que no estén autorizados para su uso en el país, los que sean experimentales o que se presten en el exterior.

Con esta Ley el Estado puede ejercer mayor control en los medicamentos que son suministrados a los pacientes.

Uno de los beneficios de esta Ley respecto a lo jurídico es que se podrán disminuir las tutelas que buscaban la prestación de un servicio médico, o el suministro de algún medicamento, entre otros; claro está que no es motivo de no presentarlas en el evento que se esté violando el derecho a la Salud. Además reconoce los antecedentes jurisprudenciales.

El Director del Programa “Así Vamos en Salud”, Augusto Galán Sarmiento, en el mes de febrero del año 2015 lo entrevistaron sobre la Ley Estatutaria en Salud. Las respuestas se consignan a continuación.

P./ ¿Cuáles son las regiones en donde se ven más falencias en el sector de la salud?

R./ Vemos un sector que ha ido avanzando de manera general, pero todavía con unas inequidades grandes en ciertas regiones: el Chocó, por ejemplo, ciertas regiones del Caribe (particularmente Sucre o La Guajira), en donde los avances no han sido suficientes. Igualmente vemos personas de Nariño y de la Región Pacífica con inequidades muy significativas. Pero uno también se ve, por ejemplo, el caso de Bogotá, una ciudad con unos avances muy importantes y que son comparables a ciudades medias de Europa, pero con localidades que tienen falencias en ciertos indicadores, que lo dejan a uno muy preocupado. Por ejemplo, la sífilis congénita, que debería estar erradicada del país, deja una gran inquietud,

pues Bogotá tiene unos niveles por encima de cualquier otra ciudad del país, casos que sobrepasan los 20 por cada 100.000 habitantes, cuando el indicador debería estar en 0,7.

P./ ¿Cómo va a ser el proceso para contribuir con el Ministerio de Salud de manera que las acciones se den de mejor forma?

R./ Lo primero que queremos hacer es conocer cada una de las regiones de una mejor forma. Las cifras que le estoy dando son generales, pero nos interesaría saber con mayor detalle qué está pasando en el Chocó, en Sucre, en Nariño, en La Guajira, en Antioquia, en Santander, en los Llanos. Esa es una de las tareas que estamos empezando. Ya se ha trabajado en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Pereira, de la mano del programa 'Ciudades Cómo Vamos' y esos programas que nos han ayudado muchísimo, pero queremos ir más allá.

P./ ¿Cree que la Ley Estatutaria que se acaba de sancionar contribuirá a la mejora de esos factores que ustedes van a evaluar?

R./ Creo que el gran aporte de la Ley Estatutaria, además de hacer un reconocimiento al derecho claro y fundamental de la salud, es que nos da un marco hacia el cual nos queremos dirigir. Qué entendemos por el derecho fundamental a la salud y qué debemos entender de manera consensuada todos los colombianos. Nos trata de sacar de la discusión de uno solo de los componentes de la salud, que es la organización en los servicios.

P./ ¿Qué componentes le harían falta a esta Ley?

R./ La Ley Estatutaria habla de la atención de los servicios de la salud, pero no habla de los otros determinantes sociales a los cuales hay que hacerles seguimiento. La salud es para las personas, no se trata solamente de tener un hospital, es tener claridad de en qué condiciones vivo, cuál es mi hábitat, cuál es

el entorno ambiental, esos elementos son más importantes. Creo que esta Ley nos contextualiza mejor el significado de la salud, los deberes y derechos que tenemos, pero también la responsabilidad de nuestra propia salud.

P./ Esta Ley ha sido controvertida. Se dice que acabará con el paseo de la muerte, pero también que no hay garantía sobre distribución de medicamentos. ¿Qué opina usted?

R./ El marco que nos da es un avance muy positivo, pero de ahí para adelante no nos está diciendo cómo es que vamos a hacer eso. Creo que la discusión nos tiene que llevar a un escenario de reconocer primero en lo que hemos avanzado. Durante 20 años hemos avanzado mucho, pero esta pregunta nos llevará eventualmente a la discusión de si tenemos que cambiar el modelo o no, porque cómo es que vamos a lograr el derecho fundamental de la Ley como un ideal social.

P. ¿Cuál cree que es el mayor reto que tiene la práctica de esta Ley?

R./ En la práctica debemos analizar que el éxito que ha tenido la reforma de 1993, traducido en una ampliación de la cobertura, no ha sido completado por una oferta de servicios y una oferta en la organización que satisfaga la demanda que se generó. Ahí está el gran reto, porque los problemas estructurales van a subsistir con el modelo que tengamos. Hoy la cobertura es al 96% de la población, pero tenemos problemas en el acceso y en la calidad. Esos problemas están generados fundamentalmente porque la oferta de recursos financieros, de recursos humanos y de recursos de infraestructura y tecnología se ha quedado corta ante la demanda.

P./ Pero, no es la única falencia...

R./ Lo estructural es otro tema: ¿Con qué recursos vamos a contar para satisfacer esa demanda? Nos tendríamos que preguntar: ¿Necesitamos más recursos financieros, si nos estamos gastando el 7,5% del Producto Interno Bruto (PIB) en

salud? Hay quienes dicen que la Ley Estatutaria está generando la necesidad de un punto adicional del PIB, que son más o menos 5 billones de pesos; hay otros que controvierten la aseveración, diciendo que con los recursos que tenemos es suficiente, pero que deberían ser mejor manejados. Por otro lado, está el recurso humano que requerimos. Ahí hay un discurso que suena muy bien, ese que dice que es mejor gastar en prevención, porque nos sale más económico, pero ¿cómo lo vamos a hacer? Si queremos fortalecer ese gasto y aumentar la capacidad resolutive en el nivel de más baja complejidad y no gastarnos la plata en el alto costo sino en la prevención, necesitamos mejorar la capacidad resolutive.

P./ Hay otro tema en la agenda: la eutanasia. La Corte Constitucional pidió al Ministerio que en 30 días sugiera un protocolo médico para "garantizar el derecho a morir dignamente". ¿Qué opina al respecto?

R./ Ese es muy delicado; es un tema ético de fondo, porque es sobre cómo nos relacionamos en occidente con la muerte. Acá le tenemos miedo a la muerte, es un tabú del cuál no se quiere hablar y ese miedo genera unas presiones sobre los sistemas de salud muy grandes. Mi respuesta no sería claudicar ante la muerte, porque a los médicos nos han formado con una lógica de salvar vidas, pero me pregunto: ¿La meta de un sistema de salud es salvar vidas o generar bienestar?

P./ ¿Cuál cree que es el tema puntual a reglamentar sobre eutanasia?

R./ Es una discusión bioética que de alguna forma ya tiene resuelta la Corte y lo que le está pidiendo al Gobierno que reglamente. Hay experiencias y legislación internacional que permitiría determinar una regulación que les facilite a ciertas personas, en determinado momento, decir "no más sufrimiento". De lo que se trata es de establecer un mecanismo regulatorio que permita que ante determinadas circunstancias las personas puedan tomar una decisión y eso se haga de una manera ética y técnica.

P./ ¿Qué acciones concretas pueden llevarse a cabo para hacer entender a la gente la necesidad de reglamentar la eutanasia?

R./ Los servicios de salud deberían proyectarse a dar bienestar a sus pacientes, no a prolongar la vida por prolongarla, al costo que sea y sin consideración. Es un problema cultural que no es de fácil solución.

P./ ¿Está de acuerdo en regular la promoción de medicamentos, haciendo públicas las listas de especialistas y su relación con las farmacéuticas?

R./ La sociedad entre más transparente sea es mejor, y los médicos no tenemos nada que ocultar. Ese tipo de prácticas se ha dado en otras sociedades, en Europa y en Estados Unidos, y ellos ya tienen esas declaraciones de conflictos de intereses expresas; es decir, si participo de una investigación se sabe si estoy recibiendo unos honorarios y eso no tiene nada de malo. Si soy cardiólogo y participo en la investigación de un dispositivo que busca mejorar alguna enfermedad, tengo la obligación de que el paciente sepa que estoy participando de esa investigación y que eso no es ningún delito.

P./ ¿Podremos tener un sistema de salud que brinde ese bienestar a la población del que tanto usted habla?

R./ Es fundamental recuperar la confianza entre los agentes del sistema de salud. En diez años se ha ido desvertebrando esa confianza, y entender que tenemos un sistema de salud que no es ni el peor ni el mejor del mundo. Cada vez hay una vocación más colectiva de trabajar y mejorar el acceso a los servicios, y ese debe ser el norte.

La anterior entrevista deja un poco claro de todo lo tiene que ver con la ley estatutaria de salud.⁶⁶

⁶⁶ <http://www.vanguardia.com/colombia/300365-la-salud-es-para-las-personas-no-es-solo-tener-hospitales>. Vanguardia.com - Galvis Ramírez y Cía. S.A. (consultada en mayo 22 de 2017)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), fue invocado con gran referencia por la Corte Constitucional en su Sentencia T 760/2008, así como la Observación General #14 emitida por el Comité del PIDESC. Estas normas hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Tres aspectos esenciales se encuentran en dicha Observación General. El primero, que *“el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, ya que el derecho a la salud entraña libertades y derechos”*; el segundo, que el concepto del *“más alto nivel posible de salud a que se hace referencia en el artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado”*; y el tercero, que *“un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano porque, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona”*.

Además, tanto la Ley Estatutaria como las sentencias de la Corte y los Tratados Internacionales señalan la progresividad del Derecho de la siguiente manera: “El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO, I. (1994). *Técnica de Investigación Bibliográfica*. Caracas: Contexto Ediciones.
- ARANCO, Rodolfo (2006). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- BEVERIDGE, William (1941). *Las Bases de la Seguridad Social*. Londres: Escuela de Economía. Disponible en: http://www.ajugartodos.org/maquina-del-tiempo/documentos/plan_beveridge.pdf (consultado en febrero 23 de 2017)
- BEVERIDGE, William (1941). *Las Bases de la Seguridad Social*. Londres: Escuela de Economía. Disponible en: http://www.ajugartodos.org/maquina-del-tiempo/documentos/plan_beveridge.pdf (consultado en febrero 23 de 2017)
- CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena. 20 años trabajando por tus Derechos*. Viena: Secretaría General de las Naciones Unidas, párrafo 5°.
- CONGRESO DE COLOMBIA (2013). *Ley 209 de 2013, Ley Estatutaria de Salud*. Bogotá: Gaceta del Congreso VLEX-465817154.
- CORTÉS, C. (2009). *Derecho a la Protección Social*. Bogotá: Legis.
- CHINCHILLA, Tulio E, (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Medellín: Editorial Temis.
- DE OLIVEIRA, Alexandre (2011). *Protección Internacional de los Derechos Humanos. Justificaciones técnico-jurídicas*. Madrid: Universidad Carlos III.
- ESTADA, J. (2000). *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FARÍA, José Eduardo (2004). *Derechos Humanos en una sociedad cosmopolita*. Río de Janeiro: Revista Record, Vol. I, N° 2.
- FERREIRA, Gilmara (2002). *Teoría general de los Derechos Fundamentales*. Brasilia: Ediciones Jurídicas.
- HERNANDEZ, Diego (2007). *Los Derechos económicos y culturales en Colombia. Plataforma de derechos humanos*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- LEÓN, Víctor (1997). Seguridad Social. Desarrollo a través del tiempo. Medellín: Universidad de Antioquia.
- LONDOÑO, Juan Luis (2000). *La consolidación del Capitalismo Moderno*. Bogotá: Banco de la República.
- MEYER, W. & VAN DALEN, D. (1998). *Manual de Técnica de la Investigación*. México: Paidós.
- OLEA, A. (2008). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Ediciones Civitas.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra: Documentos Básicos, Edición N° 45.
- OTÁLORA, Jorge Armando (2016). *Informe en la Conmemoración del Día Mundial de la Salud*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Abril 7 de 2016.
- PAREDES, N. (2003). *El Derecho a la Salud*. Bogotá: GTZ, CINEP.
- PASARELLO, Gerardo (2004). *Derechos sociales, democracia y constitucionalismo*. Barcelona: Editorial Ariel.
- RODRÍGUEZ, Joaquín (2005). *Administración de recursos*. Bogotá: McGraw Hill.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- CORTE CONSTITUCIONAL (1994). *Sentencia T-447 de 1994. Expediente N° T-38359*. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-304 de 1998. Expediente T-152982*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia T-1081 del 2003. Expediente T-764029*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2003). *Sentencia C-800 de 2003. Expediente D-445*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1995) *Sentencia T-271 de 1995. Expediente N° T-6271*. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1995). *Sentencia SU-043 de 1995. Expediente N° T-45127*. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1995). *Sentencia T-478 de 1995. Expediente N° T-103182*. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL (199). *Sentencia SU-111 de 1997. Expediente; T-107601*. Nagistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CIBERGRAFÍA

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-culturales-2.pdf> (consultado en Enero 25 de 2017)

http://hrlibrary.umn.edu/instree/SMaastrichtguidelines_.html (consultado en Enero 25 de 2017)

<http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/270/5/RCE5.pdf> (consultado en Enero 25 de 2017)

https://www.escr-net.org/sites/default/files/Montreal_Principles_ESPANOL.doc (consultado en Enero 25 de 2017)

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consultado el 26 de Enero de 2017)

http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales (consultado el 15 de mayo de 2017)

<http://www.vanguardia.com/colombia/300365-la-salud-es-para-las-personas-no-es-solo-tener-hospitales> (consultado en mayo 22 de 2017)

**ANEXO. TEXTO CONCILIADO AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA
NÚMERO 209 DE 2013 SENADO – 267 DE 2013 CÁMARA**

Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan
otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

**CAPÍTULO I. OBJETO. ELEMENTOS ESENCIALES, PRINCIPIOS, DERECHOS
Y DEBERES**

ARTÍCULO 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

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

ARTÍCULO 3°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

ARTÍCULO 4°. Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

ARTÍCULO 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

- b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;
- c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;
- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
- f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;
- g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;
- h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;
- i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;
- j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.

ARTÍCULO 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;
- b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;
- c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la

no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido de manera intempestiva y arbitraria por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud que se requieran con necesidad deben proveerse sin dilaciones que puedan agravar la condición de salud de las personas;

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación.

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global.

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural – SISPI.

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

PARÁGRAFO. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

ARTÍCULO 7°. Evaluación anual de los indicadores del goce efectivo. El Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de los elementos esenciales de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Con base en los resultados de dicha evaluación se deberán diseñar e implementar políticas públicas tendientes a mejorar las condiciones de salud de la población. El informe sobre la evolución de los indicadores de goce efectivo del derecho fundamental a la salud deberá ser presentado a todos los agentes del sistema.

ARTÍCULO 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que éste comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

PARÁGRAFO. Para efectos del presente artículo se entiende por tecnología o servicio de salud aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Aquellos servicios de carácter individual que no estén directamente relacionados con el tratamiento y cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico, podrán ser financiados, en caso de que no existiese capacidad de pago, con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado.

ARTÍCULO 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.

PARÁGRAFO. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

ARTÍCULO 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

- a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;
- b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;
- c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;
- d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud;
- e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;

- f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;
- g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma.
- h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;
- i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;
- j) A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad;
- k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;
- l) A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;
- m) A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;
- n) A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley;
- o) A no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento;
- p) A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;
- q) Agotar las posibilidades razonables de tratamiento efectivo para la superación de su enfermedad.

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

- a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;
- b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;
- c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
- d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;
- e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;
- f) Cumplir las normas del sistema de salud;
- g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud;

h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;

i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.

PARÁGRAFO 1°. Los efectos del incumplimiento de estos deberes solo podrán ser determinados por el legislador. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos con necesidad.

PARÁGRAFO 2°. El Estado deberá definir las políticas necesarias para promover el cumplimiento de los deberes de las personas, sin perjuicio de lo establecido en el Parágrafo 1°.

ARTÍCULO 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren con necesidad durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

PARÁGRAFO 1°. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran.

PARÁGRAFO 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.

CAPÍTULO II GARANTÍA Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

ARTÍCULO 12. Participación en las decisiones del sistema de salud. El derecho fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye:

a) Participar en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación;

b) Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema;

c) Participar en los programas de promoción y prevención que sean establecidos;

d) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías;

- e) Participar en los procesos de definición de prioridades de salud;
- f) Participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud;
- g) Participar en la evaluación de los resultados de las políticas de salud.

ARTÍCULO 13. Redes de servicios. El sistema de salud estará organizado en redes integrales de servicios de salud, las cuales podrán ser públicas, privadas o mixtas.

ARTÍCULO 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención inicial de urgencia y en aquellas circunstancias que determine el Ministerio de Salud y Protección Social. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

PARÁGRAFO 1. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio, como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

PARÁGRAFO 2. Lo anterior sin perjuicio de la tutela.

ARTÍCULO 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación.
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de

las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, para definir las prestaciones de salud cubiertas por el Sistema.

PARÁGRAFO 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicio o tecnologías de salud.

PARÁGRAFO 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

PARÁGRAFO 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas Artículo 16. Procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud. Los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento de que determine la ley.

CAPÍTULO III PROFESIONALES Y TRABAJADORES DE LA SALUD

ARTÍCULO 17. Autonomía profesional. 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. Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente. La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias. Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dadivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

ARTÍCULO 18. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud. Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales. CAPÍTULO IV Otras disposiciones

ARTÍCULO 19. Política para el manejo de la información en salud. Con el fin de alcanzar un manejo veraz, oportuno, pertinente y transparente de los diferentes tipos de datos generados por todos los actores, en sus diferentes niveles y su transformación en información para la toma de decisiones, se implementará una política que incluya un sistema único de información en salud, que integre los componentes demográficos, socio-económicos, epidemiológicos, clínicos, administrativos y financieros. Los agentes del Sistema deben suministrar la información que requiera el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y condiciones que se determine.

ARTÍCULO 20. De la política pública en salud. El Gobierno Nacional deberá implementar una política social de Estado que permita la articulación intersectorial con el propósito de garantizar los componentes esenciales del derecho, afectando de manera positiva los determinantes sociales de la salud. De igual manera dicha política social de Estado se deberá basar en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad y su atención integral, oportuna y de calidad, al igual que rehabilitación.

ARTÍCULO 21. Divulgación de información sobre progresos científicos. El Estado deberá promover la divulgación de información sobre los principales avances en tecnologías costo- efectivas en el campo de la salud, así como el mejoramiento en las prácticas clínicas y las rutas críticas.

ARTÍCULO 22. Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en salud. El Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

ARTÍCULO 23. Política Farmacéutica Nacional. El Gobierno Nacional establecerá una Política Farmacéutica Nacional, programática e integral en la que se identifiquen las estrategias, prioridades, mecanismos de financiación, adquisición, almacenamiento, producción, compra y distribución de los insumos, tecnologías y medicamentos, así como los mecanismos de regulación de precios de medicamentos. Esta política estará basada en criterios de necesidad, calidad, costo efectividad, suficiencia y oportunidad. Con el objetivo de mantener la transparencia en la oferta de medicamentos necesarios para proteger el derecho

fundamental a la salud, una vez por semestre la entidad responsable de la expedición del registro sanitario, emitirá un informe de carácter público sobre los registros otorgados a nuevos medicamentos incluyendo la respectiva información terapéutica. Así mismo, remitirá un listado de los registros negados y un breve resumen de las razones que justificaron dicha determinación.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, estará a cargo de regular los precios de los medicamentos a nivel nacional para los principios activos. Dichos precios se determinarán con base en comparaciones internacionales. En todo caso no podrán superar el precio internacional de referencia de acuerdo con la metodología que defina el Gobierno Nacional. Se regulará los precios de los medicamentos hasta la salida del proveedor mayorista. El Gobierno Nacional deberá regular el margen de distribución y comercialización cuando éste no refleje condiciones competitivas.

ARTÍCULO 24. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas. El Estado deberá garantizar la disponibilidad de los servicios de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. En zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.

ARTÍCULO 25. Destinación e inembargabilidad de los recursos. Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.

ARTÍCULO 26. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias. El texto acogido y ajustado, por los conciliadores, forma parte integral del presente informe para la respectiva aprobación en las Plenarias de la honorable Cámara de Representantes y Senado de la República.

Por el Honorable Senado de la República,
LUIS FERNANDO VELASCO CHAVEZ Senador
ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA Senador
JUAN MANUEL CORZO Senador

Por la Honorable Cámara de Representantes,
ADRIANA FRANCO Representante a la Cámara.
ROOSVELT RODRÍGUEZ Representante a la Cámara.
GUSTAVO PUENTES Representante a la Cámara.

ANEXO LEY 1751 DE 2015