

**EL MÉDICO TRATANTE Y EL ACTO MÉDICO: AUTONOMÍA DENTRO DEL  
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

**CARLOS HERNÁN SALAZAR LOPERA**

**Asesora: ANA MARÍA ZAPATA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**2011**

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>1. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Generalidades.</b>	<b>10</b>
<b>1.1.1 Régimen Contributivo.</b>	<b>10</b>
• <b>Integrantes.</b>	<b>11</b>
• <b>Financiación del Sistema.</b>	<b>11</b>
• <b>Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POS-C)</b>	<b>13</b>
• <b>Planes Voluntarios de Salud.</b>	<b>17</b>
<b>1.1.2 Régimen subsidiado</b>	<b>17</b>
• <b>Grupo poblacional al cual se dirige.</b>	<b>18</b>
• <b>Financiación del Sistema.</b>	<b>20</b>
➤ <b>Recursos de las entidades territoriales</b>	<b>21</b>
➤ <b>Recursos del FOSYGA</b>	<b>21</b>
➤ <b>Otros recursos para el financiamiento de la UPC</b>	<b>22</b>
• <b>Plan de Beneficios en Salud del Régimen Subsidiado</b>	<b>22</b>
<b>1.1.3 Vinculados</b>	<b>23</b>
<b>1.2 De las EPS.</b>	<b>25</b>
<b>1.2.1 De las EPS-S</b>	<b>27</b>
<b>1.2.2 Modificaciones integradas al régimen de las EPS por la ley 1122 de 2007.</b>	<b>29</b>
<b>1.2.3 Modificaciones introducidas al régimen de las EPS por la ley 1438 de 2011.</b>	<b>30</b>
<b>1.2.4 Relaciones entre EPS e IPS.</b>	<b>32</b>
<b>1.2.5 Empresas Sociales del Estado (ESE).</b>	<b>32</b>
<b>1.2.6 Integración Vertical.</b>	<b>33</b>

1.2.7 Ingresos Económicos de las EPS.	35
1.2.8 UPC de las EPS del régimen contributivo.	35
<b>2. EL ACTO MÉDICO</b>	<b>40</b>
2.1 Aspectos Generales.	41
2.1.1 Acto Médico Documental.	43
2.1.2 El Acto Médico Privado.	44
2.1.3 El Acto Médico Institucional.	45
2.2 Punto de vista Ético.	46
2.2.1 Ética	46
• Imperativos Categóricos.	48
• Relativismo Ético.	48
• Constructivismo Ético.	50
2.2.2 Ética Médica.	51
2.2.3 Ley y Ética Médica.	56
• Ley 23 de 1981	56
• Ley 1164 de 2007	57
• Algunas normas de ética médica aceptadas universalmente	58
2.3 Punto de vista Jurídico	60
2.3.1 Elementos del Acto Médico como relación Jurídica	60
2.3.2 Lex Artis Ad Hoc	62
2.3.3 Obligaciones Del Médico	63
2.3.4 Derechos del paciente	64
• Según la organización médica mundial	64
• Derechos de los pacientes según la Resolución 13437 de 1991	65
2.3.5 Proceso Disciplinario	65
2.4. Contexto Actual.	67
• Burocratización de la prestación del servicio de salud.	69
2.5 Conclusiones.	72

<b>3.</b>	<b>EL MÉDICO TRATANTE</b>	<b>75</b>
<b>3.1</b>	<b>Definición.</b>	<b>76</b>
<b>3.2</b>	<b>Jurisprudencia de La Corte Constitucional.</b>	<b>78</b>
<b>3.2.1</b>	<b>Sentencia SU 480 de 1997.</b>	<b>78</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Sentencia T 666 de 1997: Traba administrativa al acceso.</b>	<b>82</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Sentencia T 378 de 2000.</b>	<b>83</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Sentencia T 749 del 2000.</b>	<b>84</b>
<b>3.2.5</b>	<b>Sentencia T 256 de 2002.</b>	<b>85</b>
<b>3.2.6</b>	<b>Sentencia T 344 de 2002.</b>	<b>86</b>
<b>3.2.7</b>	<b>Sentencia T 273 de 2003: Excepción al requisito del Médico Tratante Principio de Confianza Legítima.</b>	<b>87</b>
<b>3.2.8</b>	<b>Sentencia T 053 de 2004: Necesidad.</b>	<b>89</b>
<b>3.2.9</b>	<b>Sentencia T 001 de 2005: Niega por no haber Orden del Médico Tratante.</b>	<b>90</b>
<b>3.2.10</b>	<b>Sentencia T 339 de 2005.</b>	<b>90</b>
<b>3.2.11</b>	<b>Sentencia T 504 de 2006: Excepción al requisito de Médico Tratante por circunstancias particulares.</b>	<b>91</b>
<b>3.2.12</b>	<b>Sentencia T 004 de 2008: Excepción al requisito del Médico Tratante Principio de Confianza Legítima.</b>	<b>93</b>
<b>3.2.13</b>	<b>Sentencia T 760 de 2008.</b>	<b>96</b>
<b>3.2.14</b>	<b>Sentencia T 864 de 2010: Aplicación de los requisitos para excepcionar el contenido del POS es indistinta para afiliados al régimen Contributivo ó Subsidiado</b>	<b>101</b>

<b>3.2.15 Sentencia T 874 de 2010:</b>	
<b>Derecho Fundamental a la salud, derecho de contenido prestacional.</b>	<b>102</b>
<b>3.2.16 Sentencia T 354 de 2011:</b>	
<b>Sentencia en vigencia de la ley 1438 de 2011 (5 de mayo de 2011).</b>	<b>105</b>
<b>3.3 Análisis al proceso de acceso a la salud desde el punto del médico tratante.</b>	<b>108</b>
<b>4. AUTONOMÍA DEL MÉDICO TRATANTE.</b>	<b>113</b>
<b>4.1 El contrato social del médico ante el desastre de la salud.</b>	
<i>Pronunciamiento Oficial de La Academia Nacional de Medicina.</i>	<b>114</b>
<b>4.2 Autonomía Médica y su relación con la prestación de los servicios de salud.</b>	
<i>Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2007.</i>	<b>118</b>
<b>4.2.1 Autonomía.</b>	<b>120</b>
<b>4.2.2 Metodología.</b>	<b>121</b>
➤ <b>Gráfico 1.</b>	<b>121</b>
<b>4.2.3 Resultados Relevantes.</b>	<b>122</b>
• <b>Estrato Socioeconómico.</b>	<b>122</b>
➤ <b>Gráfico 2</b>	<b>122</b>
• <b>Especializaciones.</b>	<b>122</b>
• <b>Tiempo en consulta.</b>	<b>122</b>
➤ <b>Tabla 1.</b>	<b>123</b>
➤ <b>Gráfico 3.</b>	<b>124</b>
• <b>Tipo de vinculación y contratación</b>	<b>124</b>
➤ <b>Gráfico 4.</b>	<b>124</b>
• <b>Restricciones.</b>	<b>125</b>
➤ <b>Gráfico 5.</b>	<b>125</b>

➤ Gráfico 6	126
• Tipo de Restricciones.	127
➤ Gráfico 7.	127
• Restricciones por Servicios.	128
➤ Gráfico 8.	128
• Restricciones en exámenes de laboratorio.	128
• Restricciones en medicamentos.	129
• Restricciones en imágenes diagnósticas.	129
• Restricciones en remisión a especialistas.	129
• Restricciones en cirugías.	130
• Restricciones en días de incapacidad.	130
• Incentivos.	130
➤ Gráfico 9.	131
4.3 ¿Hay autonomía?	131
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	

## INTRODUCCIÓN

La prestación de servicios de la salud en Colombia a partir de la expedición de la ley 100, es un tema de gran trascendencia. La posibilidad de que las Entidades Promotoras de Salud sean de carácter privado trae consigo implicaciones de gran importancia jurídica en materia constitucional. Por un lado, dichas entidades deben cumplir con unos propósitos económicos, una cobertura universal de servicios asistenciales, deben proveer a los usuarios de un plan de salud que incluyan servicios de una calidad mínima para todo afiliado; y, por el otro, proteger igualmente unos intereses propios de sostenibilidad y rentabilidad, frente a una corte constitucional amplia en garantías y que hace énfasis en la necesidad de hacer el acceso a la salud coherente con su carácter de derecho fundamental.

Dicha situación implica necesariamente una dicotomía que pareciera mostrar la imposibilidad de conciliar una prestación del servicio conforme a los principios consagrados en el artículo 49 de la Constitución, con la realidad encontrada en el día a día del sistema de salud. Formalmente gozamos de derechos amplios y claramente definidos, el carácter de fundamental del derecho a la salud les otorga a los usuarios la posibilidad de acudir ante el juez de tutela para que de la manera más concreta y sucinta se le otorgue protección real a su derecho, entre otros.

Adicionalmente, seguimos en vigencia de una división de regímenes del sistema de salud, la cual buscó generar una cobertura universal de los servicios asistenciales. Un sistema que pretende ser sostenible declarándose universal, debe construirse alrededor de un plan de beneficios (POS), lo cual implica un derrotero a la actividad de las aseguradoras en salud quienes ante solicitudes externas a dicho plan, no están obligadas legalmente a realizar determinado proceso o entregar cierto medicamento. Sin embargo, hoy día, siendo claro que la salud es un derecho fundamental *per-se*, ha sido necesario reformular los

mencionados límites, y construirlos a través no de términos de eficiencia económica sino de protección al paciente, razón por la cual la jurisprudencia ha construido la figura del médico tratante.

Estas cuestiones y otras más derivadas de la forma en que se estructuró el sistema nos han mostrado las tensiones a las que el acto médico y la práctica médica se han tenido que enfrentar, por un lado están los dictados de la ética médica, el juramento hipocrático, las normas legales que regulan el actuar médico y por el otro, las políticas de contención de gastos llevadas a cabo por las aseguradoras en salud.

Como demostraremos en este estudio, la construcción actual del SGSSS en Colombia ha propiciado actitudes abusivas y violatorias de la ley y de la constitución, por parte de los actores del sistema y de ello daremos cuenta a través de estudios doctrinales, jurisprudenciales y empíricos.

Por ello resulta de gran utilidad, el estudio a la evolución de la figura del médico tratante, su pasado, presente y futuro, cuestionarnos frente a sus límites o facultades, sus propósitos y capacidades; igualmente la intención de la ley y la jurisprudencia de regular dicha figura, pues claramente ha sido creado para velar por el bienestar de sus pacientes, por ser necesariamente quien conocerá de manera idónea toda afectación a la salud de ellos y, por lo tanto, el legitimado para tomar decisiones frente a los procedimientos o medicamentos de conveniencia.

Tales atribuciones funcionales muestran posibles conflictos, que de hecho en la práctica existen, frente a las entidades que se encargan de la actividad aseguradora (IPS y EPS). Será entonces pertinente analizar los casos mas representativos en la materia dentro de la jurisprudencia de la corte, la línea de argumentación tomada, la construcción de la doctrina del acto médico y qué tanto



aporta el problema al debate de la idónea prestación del servicio y su correspondencia con el carácter de fundamental del derecho a la salud.

El sistema tiene falencias, como se verá reflejado en el trabajo, y resaltarlas puede dar una luz sobre futuras soluciones, la doctrina del acto médico debe ser un derrotero al actuar negligente, burocrático e inhumano de algunas entidades aseguradoras a través de los médicos y por ello resulta útil compilar sus aspectos fundamentales.

Expuesto el deber ser, es decir la regulación legal de la figura y el desarrollo doctrinal de la teoría del acto médico, pasaremos a mostrar un poco lo que sucede en el día a día a través de la jurisprudencia de la corte constitucional y de resolver la pregunta sobre la existencia o no de autonomía del médico tratante en nuestro sistema de salud.

La sola existencia de dichas cuestiones permite justificar una mirada crítica de los procesos de acceso al sistema, ponerlos en tela de juicio de manera descriptiva, para que cualquier provecho académico pueda ser herramienta de futuros debates sobre el tema.

## **1. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

### **1.1 GENERALIDADES.**

El sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) está construido mediante instituciones, que en desarrollo de los ya mencionados principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia pretenden hacer del acceso al sistema una actividad controlada y clasificada en grados para la prevención en salud, la prestación de servicios y/o entrega de medicamentos a los usuarios.

Por ser nuestra intención en el presente trabajo exponer de manera crítica uno de los eslabones más importantes en la larga cadena de procesos e instituciones que interfieren para el ingreso al sistema de salud –el médico tratante- consideramos necesario realizar una exposición somera sobre los planes de servicios en salud para tratamientos y medicamentos, de manera que tengamos un contexto de la situación que pretendemos dibujar.

Ellos son el régimen contributivo, el subsidiado y el régimen de vinculados. Comencemos pues con la exposición del régimen contributivo.

#### **1.1.1. Régimen contributivo.**

La ley 100 de 1993 lo define como *“el conjunto de normas que rigen la vinculación al sistema de seguridad social cuando dicha vinculación se hace a través del pago de una cotización.”*<sup>1</sup> Por lo tanto, la característica principal de este régimen es su forma de financiación, ello es, a través de un sistema de aseguramiento por parte

---

<sup>1</sup> Artículo 202 ley 100 de 1993

de las EPS a través de cotizaciones por parte de la población que tiene capacidad de pago en Colombia.

- **Integrantes.**

El artículo 157, A, numeral 1° de la ley 100 incluye en este régimen a:

- Personas vinculadas mediante contrato de trabajo,
- Servidores públicos, pensionados y
- Trabajadores independientes con capacidad de pago.

Adicionalmente, la ley 1438 de 2011 en su artículo 33 creó una presunción de afiliación para ciertas personas a dicho régimen, por tener una capacidad de pago, de manera que están obligados a afiliarse al régimen contributivo y si no lo hicieren podrían ser afiliados de oficio, ellas son:

- Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.
- Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.
- Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional.

- **Financiación del Sistema.**

Este régimen se financia mediante cotizaciones de sus afiliados, pagos adicionales por planes complementarios y los pagos moderadores. Estas cotizaciones se pagan a las entidades promotoras de salud (EPS) pero pertenecen al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Tales cotizaciones confieren el derecho a una lista de servicios en salud denominada *plan obligatorio de salud* y ella constituye para cada uno de los afiliados una obligación distribuida así:

- Ley 1122 de 2007: Asalariados cotizan un total de 12.5% de su salario, que se distribuye a su vez en un 8.5% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.
- La Ley 1250 de 2008, artículo 1° adicionó un inciso al artículo 204 de la ley 100: “*La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional*”.

El ingreso base para determinar tales porcentajes varía dependiendo del tipo de asalariado.<sup>2</sup> La distribución de tales cotizaciones se realiza de la siguiente manera:

- 1.5% se dirige a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía, la cual se encarga de la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado<sup>3</sup>. La ley 1438 de 2011 en su artículo 45 permite que este porcentaje sea inferior, dando libertad al ministerio de la protección social para definirlo hasta tal límite.
- 1% para la financiación de la subcuenta de promoción de la salud.
- El resto está destinado a financiar la compensación en el régimen contributivo a través de las unidades de pago por capitación UPC.

Es importante igualmente mencionar los llamados pagos adicionales por planes voluntarios de salud (arts. 37 a 41 ley 1438 de 2011) - los cuales tienen como objetivo permitir a las EPS ofrecer servicios adicionales al POS y que son tomados

---

<sup>2</sup> Ver: ley 100/93, art 204, par. 1° y art. 18; ley 1122 Art. 18.

<sup>3</sup> Art. 204 inc. 1°, modificado por la ley 1122/07, art. 10)

de forma voluntaria por los afiliados – y las cuotas moderadoras y copagos que tiene como objetivo principal la racionalización del uso de los servicios de salud (art.187 ley 100/93). Ellos se establecen según la condición socio-económica del usuario y se aplican solo cuando se hace uso de los servicios de una EPS.

Encontramos igualmente los pagos compartidos, ellos son realizados por el afiliado que no acredita los períodos mínimos de cotización que se establecen como requeridos para que una EPS se encargue del costo del servicio.

- **Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.**

Este es el plan a través del cual el régimen contributivo presta los servicios de salud. Él es definido en la ley 100 de 1993 en su artículo 156 como “...un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)”.

Se informa igualmente en la ley que tal plan “permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.” Incluye también los medicamentos esenciales en su presentación genérica.

La CRES es la encargada de actualizar el listado de tratamientos y medicamentos del POS, al menos cada dos años “atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del plan de beneficios”.

Este plan “*corresponde al paquete de servicios básicos en las áreas de recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y cubrimiento de ingresos de manera transitoria -prestaciones económicas- cuando se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por maternidad*”<sup>4</sup>, sin embargo, para enfocar este trabajo a la figura del médico tratante y su función en el acceso de los usuarios del POS, nos concentraremos en los temas de recuperación de la salud pues, sin querer restar importancia en los demás objetivos de dicho plan, es nuestro cometido enfocar la investigación a la aplicación del POS como listado que señala el camino para acceder a servicios de salud y medicamentos.

Dentro de este plan se incluyen<sup>5</sup>:

- Acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad relacionados, entre otros, con: Salud de la mujer, Salud para la infancia, con control de crecimiento y desarrollo, planificación familiar, vacunación definida en el Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI), maternidad: atención integral a las mujeres en embarazo (parto nacimiento y lactancia) y a su bebé.
- Consulta. Medicina general y especializada, se incluye optometría y psicología.
- Diagnóstico. Laboratorio clínico, radiología, ecografías, medicina nuclear, resonancia electromagnética y escenografía.
- Medicamentos. Incluidos en el listado del Sistema.
- Apoyo terapéutico. Terapia física, respiratoria, ocupacional y del lenguaje
- Hospitalización.
- Tratamientos quirúrgicos, en servicios de baja, mediana y alta complejidad.

---

<sup>4</sup> <http://www.pos.gov.co/Paginas/posdelregimencontributivo.aspx>

<sup>5</sup> *Ibidem.*

- Odontología. Con excepción de ortodoncia, periodoncia y prótesis.

El Plan Obligatorio de Salud es el marco de acción otorgado por el legislador para delimitar las obligaciones específicas que tienen las EPS con los usuarios, sin embargo, él resulta en muchos casos una herramienta utilizada por tales entidades para obstaculizar el acceso a la salud.

Es frente al plan obligatorio de salud que encontramos circunstancias preocupantes en la prestación del servicio de las EPS, pues como podemos observar de acuerdo con el informe de la Defensoría del Pueblo La Tutela y el Derecho a la salud, *“del total de 884.271 acciones de tutela interpuestas en los años 2006, 2007 y 2008, el 39.2% fueron acciones en las que se invocó el derecho a la salud. Según tal estudio, el 78.1% de dichas tutelas se instauró contra las entidades de aseguramiento del SGSSS que administran el régimen contributivo y subsidiado, y de tal porcentaje el 53.38% corresponde a negativas de los contenidos del POS. En lo referente a temas específicos de solicitud, señala el estudio que el 66.9% de los tratamientos, el 74.8% de cirugías, el 77.7% de los procedimientos, el 48.2% de las prótesis y órtesis, el 76.7% de las citas médicas y el 62.6% de solicitudes de exámenes tutelados se encuentran en el POS. Así mismo, que más del 76.5% de los medicamentos tutelados corresponde a medicamentos no incluidos en el POS”*<sup>6</sup>, es decir, dicho estudio demuestra el volumen y la importancia actual del tema del plan de beneficios, donde es la acción de tutela (con todas las implicaciones jurídicas que ello contiene por desdibujar esto el esquema de acceso a la salud) el mecanismo utilizado para alcanzar un tratamiento o medicamento no incluido en el POS, o, lo que resulta aún más preocupante, para acceder a los que si están incluidos en dicho plan.

---

<sup>6</sup> **Gañán Ruiz Jaime León. 2011.** *Los muertos de la ley 100, prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental de la Salud. Una razón de su ineficacia. Caso POS contributivo.*

En capítulos posteriores daremos una mirada crítica a este tema, pues resulta de gran importancia en tanto es aquí donde el médico tratante hace ejercicio del acto médico, y de su aplicación surgen violaciones al derecho fundamental a la salud. Por ahora vale la pena afirmar que el POS no constituye una camisa de fuerza a la hora de determinar el acceso a la salud<sup>7</sup>, pues mediante ciertas condiciones de acceso ha exigido a las EPS prestar servicios y entregar medicamentos por fuera de dicho plan, otorgando el recobro al FOSYGA.

El POS ha tenido desde 1994 y hasta el año 2010 más de 40 modificaciones<sup>8</sup>, ello responde al avance médico que se presenta con los años, donde algunos procedimientos devienen obsoletos y no corresponden con la realidad científica de la materia. Sin embargo, casos se han visto donde no se han reconocido medicamentos o tratamientos de mayor efectividad y que han sido autorizados en Colombia, lo que ha sido causal en algunos casos para reconocer una prestación por fuera del plan de beneficios.

La ley 1438 de 2011 incluyó modificaciones respecto al POS que vale la pena tener en cuenta. Ellas son:

- Artículo 22: *“Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud.”* Este criterio se denominó de portabilidad nacional y debe ser cumplido por las EPS a más tardar el 1° de enero del 2013. En estos casos bastará con prestar la cédula para tener acceso a la prestación del servicio de salud en todo el país.
- Artículo 25: La CRES (comisión de regulación en salud) debe actualizar cada dos años los planes de beneficios, atendiendo a cambios de perfil

---

<sup>7</sup> Véase por ejemplo las sentencias T-053 de 2004, T- 237 de 2003, T-760 de 2008, y T 864 de 2010.

<sup>8</sup> <http://www.pos.gov.co>



epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del plan de beneficios”. La CRES regula esto a través de resoluciones internas.

El último listado del POS-C fue regulado mediante los acuerdos número 09 de 2009 y posteriormente por el acuerdo 011 de 2010 que unificó el plan de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado para los niños y las niñas entre los 12 y los 18 años; en él consta la lista expresa de procedimientos y medicamentos que dicho plan de beneficios otorga a sus afiliados.

- **Planes Voluntarios de Salud.**

Así fueron denominados en la ley 1438 de 2011 (artículos 37 a 41). El artículo 37 se refiere a ellos de la siguiente manera: “Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.”

Vale la pena mencionarlos tangencialmente, pues hacen parte del régimen contributivo, sin embargo respecto al tema que nos ocupa resulta innecesario profundizar más en ellos.

### **1.1.2. Régimen subsidiado.**

A partir de la Constitución Política de 1991, Colombia se ha puesto en la tarea de brindar a todos sus ciudadanos, en la medida de lo posible, una cobertura amplia en seguridad social. Para ello ha diseñado subsistemas que cubran las necesidades de la población con prestaciones y servicios que ayuden a mejorar su calidad de vida.

Dentro de esos tres subsistemas (salud, pensiones y riesgos profesionales), encontramos una importante parte del Sistema de Seguridad Social en salud; y es el referente al Régimen Subsidiado, es decir el POS-S.

Lo primero a tener en cuenta, es que el Régimen Subsidiado es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado. El constituyente lo consideró como un mecanismo de integración, igualdad y bienestar para todos aquellos que por su situación económica o social no están plenamente cobijados por la Seguridad Social.

- **Grupo poblacional al cual se dirige.**

Los beneficiarios del Régimen Subsidiado son aquellos pertenecientes a los niveles 1 y 2 del SISBEN<sup>9</sup>, quienes podrán acceder a través de un **subsidio total**, y las personas del área urbana pertenecientes al nivel 3 del SISBEN, quienes podrán acceder a través de un **subsidio parcial**.

Los subsidios totales confieren el derecho a recibir el conjunto básico de servicios de atención en salud establecidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS-S.

Por otro lado, los subsidios parciales permiten recibir los siguientes beneficios del POS-S: a) Atención integral de enfermedades de alto costo, b) atención integral en traumatología y ortopedia, incluida la rehabilitación física necesaria en estos casos, c) atención integral del embarazo, parto y puerperio (postparto), y sus

---

<sup>9</sup> Sistema de Identificación de Beneficiarios de los Subsidios. El Departamento Nacional de Planeación el SISBEN “comprende un conjunto de reglas, normas y procedimientos que permiten obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en los distritos y municipios del país.

complicaciones, d) atención integral al menor de un año, los medicamentos que sean formulados como parte de las atenciones señaladas anteriormente.

La ley 100 de 1993, en su artículo 157 estableció como fecha límite para lograr cobertura plena de la protección en salud de este sector de la sociedad el año 2000. Sin embargo, ante su incumplimiento, la ley 1122 de manera expresa amplió tal fecha a comienzos del año 2010, la cual, como hemos comprobado tampoco fue alcanzada. Ahora, la ley 1438 de 2011 ha hablado de la universalización del aseguramiento como meta del gobierno, sin dar una fecha para alcanzar tal objetivo.<sup>10</sup>

El artículo 14 de la ley 1122 de 2007 postuló criterios para que una persona sea beneficiaria del régimen subsidiado de salud de la siguiente manera: *“se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo reemplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.”*

Con relación a la población de nivel II del SISBEN, la ley 1122, modificada por la ley 1438 de 2011 establece algunos criterios para determinar cuándo personas del nivel III del SISBEN tienen derecho a los llamados subsidios parciales:

- Se realizarán subsidios parciales para personas clasificadas en el nivel III del SISBEN únicamente cuando se haya logrado una cobertura del 90% en salud del régimen subsidiado sobre la población perteneciente a los niveles I y II del SISBEN.
- Los beneficiarios de nivel III del SISBEN que estén afiliados al régimen subsidiado mediante subsidios totales o parciales y estén debidamente

---

<sup>10</sup> Artículo 32: Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación.

carnetizados antes de la ley 1122 de 2007, mantendrán su condición siempre y cuando cumplan con los requisitos para ser beneficiarios.

El artículo 35 de la ley 1438 de 2011 identifica algunos casos en los cuales un beneficiario del régimen subsidiado que cumple con los requisitos anteriormente enunciados, pero que igualmente hace parte de una relación laboral, continúa beneficiándose de este régimen.

Cuando hay un contrato laboral de tiempo completo y por lo tanto gana el trabajador un salario mínimo legal, se determina que el empleador siga pagando los aportes que debería pagar en el régimen contributivo a la misma EPS, para que dicho dinero sea destinado a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.

Si el caso es de un trabajador temporal o jornalero y su salario es menor al mínimo legal, pero éste desea continuar afiliado al régimen subsidiado, el patrono debe aportar al régimen subsidiado “el equivalente al valor en proporción al pago que por el trabajador debería aportar al régimen contributivo.”

- **Financiación del Sistema.**

La ley 1438 en sus artículos 29 y 31 dispuso que la financiación, para el caso del régimen subsidiado se realice mediante la contratación vigilancia y control por parte de los entes territoriales con las EPS.

La forma de contratar es mediante las figuras de *contratos por capitación, Pago por evento, Global prospectivo y Grupo diagnóstico*.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Para ampliar la información acerca de estas modalidades de contratos, se hace remisión al estudio elaborado por Fedesarrollo para el programa Mejoramiento de la Gestión Hospitalaria y para la fundación social denominado: *Las formas de contratación entre prestadoras y administradoras de salud.*, Bogotá, 1995.

En estos casos los giros por concepto de UPC provienen del Gobierno Nacional directamente hacia las EPS e IPS, ya que en este régimen no existen las cotizaciones características del sistema contributivo.

La Unidad de Pago por Capitación es principalmente<sup>12</sup> financiada según el artículo 44 de la ley 1438 por:

- **Recursos de las entidades territoriales.** a) Aquellos que provienen del *sistema general de participaciones*; b) de los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y de ETESA que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación; c) mínimo el 50% del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y del distrito capital; de los recursos de regalías; d) y por último de otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy se destinen a ello (artículo 49 ley 1438 de 2011).
- **Recursos del FOSYGA.** Provenientes de: a) 1.5 puntos de la cotización de regímenes especiales y de excepción, y hasta 1.5 puntos de la cotización de afiliados al régimen contributivo; b) de las cajas de compensación familiar en los términos del artículo 217 de la ley 100 de 1993; c) recursos del presupuesto general de la nación; d) cotizaciones de los empleadores al fondo de solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del régimen subsidiado; e) y recursos

---

<sup>12</sup> Principalmente por que los artículos 42 y 45 de la mencionada ley, determinan una variedad de recursos para la financiación de la salud pública adicionales: la atención primaria y la promoción y prevención por un lado, y por el otro, recursos adicionales para el FOSYGA respectivamente. Por otro lado el artículo 50 decreta recursos para el Fondo de Salvamento y Garantía del Sector Salud (FONSAET).

adicionales aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

- **Otros recursos para el financiamiento de la UPC.** a) Aquellos definidos en la ley 1393 de 2010; b) rendimientos financieros de los ingresos que financian el régimen subsidiado; c) recursos de la contribución parafiscal de las cajas de compensación familiar.

- **Plan de Beneficios en Salud del Régimen Subsidiado.**

El plan obligatorio de salud subsidiado es “el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Subsidiado y que están obligadas a garantizar las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado” (artículo 13 decreto 806 de 1998).

La ley 100 de 1993 ordenó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS hoy CRES<sup>13</sup>) diseñar para el 2001 un programa para unificar los planes de beneficios del régimen contributivo y subsidiado. Tal objetivo no se cumplió.

A partir de la ley 1122, artículo 3°, la regulación del plan de beneficios del régimen subsidiado corresponde a la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Esta debe “definir y modificar los planes obligatorios de salud (POS) que las entidades promotoras de salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado” (ley 1122, art. 7 num.1).

---

<sup>13</sup> Artículo 3 ley 1122/2007.

Dicho contenido debe ser actualizado anualmente buscando el acercamiento entre ambos regímenes de manera progresiva con aproximación al régimen contributivo (artículo 14, e).

La ley 1438 estableció tal actualización cada dos años en su artículo 25: “El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios.”

La última regulación expedida por la CRES sobre el contenido del POS-S es el Acuerdo 09 de 2009 donde se aclara y actualiza integralmente el POS y el POS-S.

### **1.1.3. VINCULADOS.**

Se debe hacer mención de otro grupo poblacional que no son beneficiarios de ninguno de los dos regímenes, pero que en busca de una cobertura total del sistema se les protege de alguna manera, ellos son los conocidos como Vinculados, llamados por la ley 715 de 2001 *población pobre no cubierta con subsidios a la demanda*.

La ley 100 se refiere a estos sujetos de la siguiente manera en su artículo 157, B: “Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones y públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”

Las personas que corresponden con esta clasificación son aquellas que se encuentran en el Nivel 1 y 2 del SISBEN y que están en el listado de priorizados del Municipio, sin contar aún con el tiempo que determina la Ley para que puedan elegir la EPS-S.

La ley 1122 ordena a las entidades territoriales a contratar con empresas sociales del Estado (ESE) para que se atienda a la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda y les prohíbe prestar tales servicios de manera directa.

En igual sentido la ley 1438 de 2011, mediante su artículo 32 establece la universalización del aseguramiento, con ello incluye mandatos para la atención en salud de personas no afiliadas al sistema, en virtud al cometido de *universalización del aseguramiento* que propende por la inclusión a los regímenes del SGSSS de toda la población colombiana. Por ello expone dos soluciones para el caso de la atención en salud de personas no afiliadas al sistema:

- Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.
  
- Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.



El artículo 34 de la misma ley establece además los llamados subsidios parciales a la cotización. Los beneficiarios de éste subsidio son las personas no afiliadas al SGSSS y que no tienen capacidad de pago. Ellas pagarán sobre un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal vigente y un porcentaje de cotización del 10,5%, o aporte equivalente de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional y derecho a un subsidio parcial de su cotización al Régimen Subsidiado o al Régimen Contributivo en cuyo caso no incluirá prestaciones económicas. El subsidio se realiza en una proporción del 67% de la cotización o del aporte equivalente con cargo a los recursos de la subcuenta de Compensación del Fosyga en el caso de los afiliados al Régimen Contributivo y de la subcuenta de Solidaridad en el caso del Subsidiado.

Analizados los principales regímenes del SGSSS, hemos adquirido una comprensión global de elementos esenciales para el acceso a la salud en Colombia. Es así como el legislador ha postulado la forma en que se le dará desarrollo a la intención del Estado de garantizar el derecho fundamental a la salud.

Vale recordar que la ley 1438 ha incluido modificaciones muy importantes frente al acceso a la salud, tal y como se evidencia a lo largo de éste capítulo, sin embargo, para completar el marco teórico de la hipótesis por nosotros planteada, debemos analizar con especial atención a las llamadas Entidades Prestadoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y las Empresas Sociales del Estado (ESE), pues son frente a ellas y la manera en que operan, que encontramos circunstancias contrarias a los principios constitucionales que informan el sistema.

## **1.2. DE LAS EPS.**

El artículo 177 de la ley 100 de 1993 las define como las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de las cotizaciones, además de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados.

Las EPS prestan directamente los servicios de salud, o los contratan con las instituciones prestadoras y con los profesionales.

Las funciones de dichas instituciones son asignadas por la ley de la siguiente manera (artículo 179 ley 100/93):

- Aceptar a toda persona que solicite afiliación.
- Organizar mecanismos para que los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el país.
- Definir procedimientos que garanticen el libre acceso de los afiliados y beneficiarios a las IPS con las cuales haya establecido convenios o contratos.

Durante el tiempo en que ha estado vigente la ley 100 de 1993, las EPS han sido entidades muy intervenidas legalmente, en busca de moldearlas a la realidad Colombiana, su organización fue inicialmente establecida por el decreto 1485 del 94 donde se postulan las responsabilidades de las entidades promotoras de salud. Ellas son:

- a) Promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud en su ámbito geográfico de influencia, garantizando siempre la libre escogencia del usuario.
- b) Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsible de enfermedad o de eventos de enfermedad sin

atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el sistema.

c) Movilizar los recursos para el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad y garantía; girar los excedentes entre los recaudos, la cotización y el valor de la unidad de pago por capitación a dicho fondo, o cobrar la diferencia en caso de ser negativa; y pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato;

d) Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las unidades de pago por capitación correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras y con profesionales de la salud; implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud;

e) Organizar la prestación del servicio de salud derivado del sistema de riesgos profesionales, conforme a las disposiciones legales que rijan la materia, y

f) Organizar facultativamente la prestación de planes complementarios al plan obligatorio de salud, según lo prevea su propia naturaleza.

### **1.2.1. De las EPS-S**

Son las Entidades Promotoras de Salud que administran el régimen subsidiado. La ley 100 en su artículo 211 define el régimen subsidiado como “un conjunto de

normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad”.

Dicho régimen, como ya hemos expuesto, tiene como objetivo financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar (artículo 212).

La sentencia **C-828 del 2001**, definiendo el régimen subsidiado dispuso que su administración corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, y ellas a su vez deben suscribir contratos de administración del subsidio con las **Entidades Promotoras de Salud** que afilien a los beneficiarios del subsidio. Tale contratos se financian con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS. Sin embargo, por mandato legal, ellas deben contratar un 60% del gasto en salud con las ESE existentes en el municipio de residencia del afiliado (artículo 16 ley 1122).

La financiación de estas entidades es a través de la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado, la cual surge de la manera en que ya hemos explicado en el aparte de “financiación del sistema” – Régimen subsidiado.

Los servicios establecidos en el POS subsidiado son ejecutados a través de estas EPS, ellas a su vez deben contratar los servicios de promoción en salud y prevención de la enfermedad a través de la red pública, es decir a través de las denominadas Empresas Sociales del Estado (ESE).

Según lo expuesto, los principios que rigen a las EPS y EPS-S son los mismos. Ellas sin embargo se diferencian básicamente en:

- Su forma de financiación (en las EPS-S la UPC es subsidiada parcial o totalmente por el Estado; en las EPS del régimen contributivo mediante cotizaciones).
- Las entidades con las que contratan para la prestación de los servicios de salud,
- El contenido del plan de beneficios.

Es por ello que en adelante nos referiremos a ellas indistintamente, dando claridad cuando sea necesario, la referencia a una u otra.

### **1.2.2. Modificaciones integradas al régimen de las EPS por la ley 1122 de 2007:**

- **Artículo 14:** “Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” “...entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores...”
- **Artículo 15:** Las EPS no pueden contratar con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud.
- **Artículo 15:** Ordena a las EPS del régimen contributivo de incluir en sus redes de servicios de salud a las ESE.
- **Artículo 16:** Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%).

### 1.2.3. Modificaciones introducidas al régimen de las EPS por la ley 1438 de 2011.

- **Artículo 26:** Regula el mecanismo para acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarias y que se requieren con necesidad, donde se postula como mecanismo de acceso el ya conocido Comité Técnico Científico<sup>14</sup> para que se pronuncie sobre la prestación del servicio. Estos comités deben tener independencia administrativa con las EPS y debe ser conformado únicamente por médicos. El avance en esta norma, es precisamente la independencia administrativa, la calidad de médicos de sus integrantes y el alcance de sus decisiones, las cuales se ampliaron a casos particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad, de acuerdo a la línea jurisprudencial que venía manejando la Corte Constitucional<sup>15</sup>.
- **Artículo 23:** Los gastos de las EPS serán fijados por el gobierno y no podrán superar el 10% de la unidad de pago por capitación.
- **Artículo 24:** Establece un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para que las EPS operen de manera adecuada.
- **Artículo 58:** Las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, las Administradoras de Riesgos Profesionales deberán contar con las condiciones necesarias para prestar un servicio de calidad.
- **Artículo 121:** Las EPS del régimen contributivo y subsidiado seguirán siendo objeto de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

---

<sup>14</sup> Ya había sido regulado en la ley 1122 respecto a enfermedades de alto costo en las cuales se solicitaren medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud.

- Vale la pena mencionar en este punto la derogatoria expresa que se hizo en esta ley del literal j del artículo 14 de la ley 1122, el cual establecía: *En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.*

La corte constitucional en **sentencia 463 de 2008** declaró la norma (ya derogada) condicionalmente exequible “*en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes*”. Es decir, mediante esta norma, que postulaba una sanción a la pasividad de la atención de las EPS, los usuarios tenían una esperanza de que la prestación de un servicio no se dilatará hasta que existiera una orden judicial adquirida mediante tutela. Hoy, esta sanción es inexistente y solo queda esperar para conocer las consecuencias prácticas de dicha reforma. Posteriormente realizaremos un análisis a las consecuencias que hasta la fecha podemos observar.

#### **1.2.4 Relaciones entre EPS e IPS.**

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) son definidas por la ley 100 en su artículo 156, i como: *“entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas.”* Ellas tienen autonomía administrativa, técnica y financiera y hacen parte de los que la ley denomina genéricamente *prestadores de servicios de salud*.

El decreto 2753 de 1997 estableció las normas de funcionamiento de los prestadores de servicios de salud, en él definen las modalidades de prestación del servicio de salud en hospitalarios y ambulatorios, se admite la inclusión de medicina alopática y alternativa, se postula la necesidad de el recurso humano necesario en cantidad e idoneidad acorde con los servicios que van a ofrecer y se dispone que el personal sea constituido por personas con título profesional, universitario, de especialista, tecnólogo, técnico o auxiliar en el área de salud.

La vigilancia de estas instituciones le corresponde a la Superintendencia de salud y a las direcciones de salud departamentales, distritales y municipales.

#### **1.2.5 Empresas Sociales del Estado (ESE).**

Son una modalidad de IPS. El artículo 194 de la ley 100 les da la categoría de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Ellas cumplen su función cuando los servicios de salud son prestados directamente por la Nación o entidades territoriales.

En la ley 489 de 1998, las clasifica como organismos y entidades del sector descentralizado por servicios, informa que ellas son creadas por la Nación o por



las entidades territoriales y su función es la prestación en forma directa de servicios de salud sujetas al régimen previsto en la ley 100 de 1993 y en la ley 344 de 1996.

En el mismo sentido, el decreto reglamentario 1876/94 determina el funcionamiento de las ESE. Postula que el objeto de estas instituciones “será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del sistema de seguridad social en salud”. Expresa que sus principios básicos son la eficiencia y la calidad y las organiza en áreas de dirección, atención al usuario y logística.

Por disposición de la ley 1122 de 2007 la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado, las cuales deberán existir en cada municipio salvo que haya problemas de estabilidad financiera (art. 26, par. 1°). Son ellas, consecuencia de esta norma, las encargadas de prestar los servicios de salud a los Vinculados del sistema.

#### **1.2.6. Integración Vertical.**

Las EPS son entidades administrativas, las IPS por otro lado son asistenciales. Las EPS tienen por mandato legal la obligación de organizar directa o indirectamente la prestación del POS, ó el POS-S respectivamente, a los usuarios.

La organización directa de los servicios del POS se da cuando la EPS es propietaria de la IPS que presta los servicios de salud. Sin embargo, debe haber completa autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio eficiente (art. 181, par. 1° Ley 100).

Por otro lado en la organización indirecta de los servicios del POS, hay un contrato entre las EPS y la IPS. Dada dicha situación, la EPS debe garantizar a los usuarios el libre acceso de los afiliados y sus familias a las IPS con las que se contrató, en cualquier lugar del territorio nacional (artículo 179, ley 100).

A la relación entre EPS e IPS se le ha denominado de *integración vertical*. Dicha integración fue regulada para evitar que las EPS solo contraten con IPS de su propia red, se determinó entonces que aquellas no pueden contratar, “directamente o a través de terceros, con sus propias IPS mas del 30% del valor del gasto en salud” (artículo 15 ley 1122 de 2007). Igualmente, el artículo 15 ordenó a las EPS del régimen contributivo, que dentro del 70% de instituciones con las que debe contratar para la prestación del servicio, debe incluir IPS de carácter público.

Para las EPS-S tal límite se fijó respecto a las Empresas Sociales del Estado, obligándolas, como ya hemos expuesto, a contratar en un 60% con dichas instituciones

La ley 1438 agrega una orden a las EPS respecto a su relación con las IPS, parece una inclusión legal dentro del régimen de problemas encontrados en el desarrollo de la prestación de los servicios de salud, que en nuestra opinión está expresando en la norma un deber que puede ser derivado o está implícito en los mismos principios que informan el sistema. Nos referimos al artículo 53 que prohíbe cualquier tipo de acciones (ya sea administrativa, de contratación, políticas, etc.) que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios. Parece ser esto una reacción a las constantes trabas que parecen poner las EPS a los usuarios en orden de dilatar los procesos de acceso al sistema y que en repetidas ocasiones han sido las detonantes de acciones de tutela por parte de los usuarios.

Nos parece innecesaria y repetitiva dicha inclusión pues de los principios de continuidad y de integralidad del sistema se deriva la actuación diligente y pronta que las EPS están obligadas a tener frente a los usuarios. Sin embargo, de acuerdo a la cultura jurídica colombiana, en donde parece que la exhaustiva regulación y control de cada una de las actuaciones de los sujetos destinatarios de cualquier norma es la única manera de legislar, dicha inclusión parece coherente.

Adicionalmente, la ley 1122 y la 1438 introdujeron reglas sobre el flujo de recursos dentro del sistema, por los posibles beneficios financieros que les produce retener los pagos, lo cual afecta la estabilidad económica de las entidades prestadoras de salud y a los usuarios<sup>16</sup>.

#### **1.2.7. Ingresos Económicos de las EPS.**

Las cotizaciones de los afiliados al sistema contributivo no son directamente de las EPS (ellas son intermediarias de recaudo), pues por mandato legal corresponden al sistema, es decir al FOSYGA. Lo que si se considera ingreso para dichas instituciones es la llamada UPC ó unidad de pago por capitación, que constituye una medida del costo de los servicios en salud para una persona por año.

En el caso de las EPS-S, la UPC, como ya se ha expuesto, no se financia a través de cotizaciones, sino básicamente de recursos del Estado a través del FOSYGA, recursos de entidades territoriales y recursos de contribución parafiscal.

#### **1.2.8. UPC de las EPS del régimen contributivo.**

---

<sup>16</sup> Artículo 13 ley 1122 de 2007 y artículos 52, 56 y 57 de la ley 1438 de 2011.

El Artículo 182 de la ley 100/93, inc. 2°, modificado por la ley 1122/2007, art. 7° Define la Unidad de Pago por Capitación de la siguiente manera: *“por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC.”* Ella es definida actualmente por la CRES (Comisión de Regulación en Salud).

Igualmente el Artículo 205 ley 100 de 1993 informa que las Entidades Promotoras de Salud deben recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descuentan el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladan la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación (previamente establecida por la CRES) mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía debe cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.

Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le son reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Aquellas entidades cuyos ingresos por cotización son mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladan estos recursos a la **subcuenta de compensación**, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas. Esto busca que en los lugares del país donde hay un mayor volumen de recaudo de cotizaciones, fundado en el principio de solidaridad del sistema, compensen la falta de recursos por menos volumen de cotización en otros lugares.

Entonces, para las EPS del régimen contributivo la financiación se realiza de la siguiente manera:

**UPC - %cotizaciones=**

- si % de cotizaciones > UPC, la diferencia es entregada al FOSYGA y ella se destina a financiar la compensación en el régimen contributivo respecto a las EPS donde las cotizaciones son menores a la UPC.
- Si la UPC > % de Cotizaciones, FOSYGA cancela la diferencia el mismo día a las EPS, es decir, el FOSYGA garantiza que los recursos necesarios para prestar el servicio de salud, siempre lleguen al prestador del servicio.

Para las EPS-S la UPC es totalmente financiada con recursos del Estado y del FOSYGA.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo expuesto, la ganancia económica de una EPS y una EPS-S se obtiene de restar del valor recaudado por concepto de UPC, el porcentaje de gastos de administración (que actualmente no puede superar el 10% de la UPC por mandato de la ley 1438) y los gastos efectivamente realizados frente a los planes de beneficios para con los afiliados (tratamientos, exámenes y medicamentos). Por lo tanto las UPC constituyen el ingreso que se reconoce a las EPS para cubrir los riesgos y asumir sus costos.

El Gobierno, por mandato legal (ley 1438 de 2011, art. 24) debe reglamentar las condiciones para que las EPS tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para operar de manera adecuada.

Dicha ley impone igualmente limitaciones a las EPS en el manejo de estos recursos, afirmando que ellos no pueden ser utilizados para adquirir activos fijos o en actividades distintas a la prestación de servicios de salud.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el conflicto de derechos que están en pugna en un sistema de salud privatizado, es decir, el derecho a la libertad económica y el derecho fundamental a la salud, encontramos en la forma de financiación del sistema una colisión de principios.

Prestar el servicio de salud en estos casos influye directamente sobre los ingresos económicos de las EPS, ¿será por esto que con la experiencia aportada por la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado con los años, encontramos casos de clara violación al derecho fundamental de la salud?<sup>17</sup> ¿No se está permitiendo, con el diseño del sistema, que las mismas instituciones obligadas a prestar dicho servicio, adopten políticas de disminución de costos para que así, la mencionada UPC se mantenga lo más elevada posible en beneficio de los intereses económicos de dichas instituciones? Y finalmente, pero no menos importante, ¿Qué papel cumple dentro de esta situación el médico tratante? ¿Cuáles son sus deberes respecto a las posibles políticas dilatorias o simplemente negligentes a la hora de la prestación del servicio de las EPS?

¿El diseño del sistema claramente permite que la comercialización de la prestación del servicio de salud se centre en cumplir la tarea de proteger las utilidades de las EPS, en detrimento de los derechos de los usuarios?, opinamos en este trabajo que efectivamente ello se da.

---

<sup>17</sup> La misma Corte Constitucional en sentencia T 378 de 2000 da cuenta de esto afirmando: “No es la primera vez que la Corte Constitucional aprecia que las deficiencias en la Seguridad Social en Salud provienen del trato poco humano y alejado de las normas constitucionales dado por mandos administrativos de las EPS. Es generalmente allí donde se obstaculiza la atención a los pacientes y éste queda indefenso. Además se diluye aparentemente la responsabilidad en mandos medios cuando la responsabilidad directa es de la EPS.”

De estas políticas de disminución de costos es de donde creemos que surgen los repetidos atentados contra el derecho a la salud, son ellas las que propenden por la creación de procedimientos burocráticos, la simple negación de contenidos POS o no POS, el acto médico contrario a postulados éticos, la pasividad administrativa y la producción sistemática de sentencias de tutela como único mecanismo para el reconocimiento de derechos de los usuarios.

## 2. EL ACTO MÉDICO

“La función social y natural del médico es velar por la salud del ser humano. Sus conocimientos y conciencia deben estar dedicados plenamente al cumplimiento de este deber.”<sup>18</sup>

Velar por la salud del ser humano, esto parece obvio afirmarlo, todos damos por sentado que este es el objetivo de la medicina y del acto médico, y en realidad lo es. Pero, fácticamente, ¿nuestra regulación legal propende por esta obvia función médica? No podemos afirmar esto, no sin primero analizar los conceptos que el acto médico envuelve.

Para llegar a tal respuesta debemos tratar de ahondar en la doctrina del acto médico. Ella nos provee de herramientas para realizar un juicio de idoneidad en el problema que nos atañe: los servicios de salud en el SGSSS.

La figura del médico tratante en el sistema de seguridad social en salud, es examinada en este estudio especialmente a la luz del acto médico pues es a través de éste que hay contacto entre paciente y médico (algunos incluyen a la sociedad en tal esquema<sup>19</sup>), y solo teniendo una comprensión global del concepto podemos realizar un análisis al actuar del médico respecto a sus pacientes. Conocer las implicaciones de hablar de un acto médico, nos provee de elementos críticos sobre la situación en la práctica médica en nuestro sistema de seguridad social y otorga criterios para proferir juicios de valor sobre la atención que cada usuario de una institución prestadora de salud recibe y enfrentarlo con la problemática planteada en esta tesis respecto a algunos casos de mala práctica médica como consecuencia del diseño de nuestro sistema de salud.

---

<sup>18</sup> Declaración de Helsinki. RECOMENDACIONES PARA GUIAR LA INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS. Adoptada por la XVIII Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, 1964, y revisada en la XXIX Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, 1975.

<sup>19</sup> Ética médica, interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte. Luis Alfonso Vélez Correa, MD. Corporación para investigaciones Biológicas, Medellín 1989.



¿Qué es el acto médico? ¿Es coherente con esta doctrina la atención despersonalizada y masificada de nuestro sistema? ¿Permite el acto médico a través de su construcción teórica realizar juicios idóneos respecto a la forma en que hoy es prestado el servicio? Son cuestiones de vital importancia para el desarrollo de este trabajo.

El acto médico ha sido objeto de constante análisis por parte de la doctrina; existen asociaciones médicas que profieren definen científicamente dicho concepto. Igualmente, encontramos estudios filosóficos que determinan principios de práctica de la medicina, sin embargo, es un campo donde necesariamente hablamos de valores morales respecto al ser humano, y por tal motivo siempre se está en arenas movedizas cuando de este tema se debate.

A través del tiempo diversos doctrinantes se han ocupado de los principios éticos que rigen la práctica de la ciencia médica, pues como bien veremos, no puede hablarse del ejercicio de la medicina separándola de la ética, en razón del objeto de su práctica: el ser humano.

## **2.1. ASPECTOS GENERALES.**

Cualquier aproximación sobre principios del acto médico es solo posible realizarla mediante la referencia a trabajos de la doctrina; al respecto podemos exponer diferentes posturas que denoten unos ciertos elementos comunes.

Comencemos pues con las fuentes en que surge la relación médico paciente, ella se da:

- Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
- Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
- Por solicitud de terceras personas.

- Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.<sup>20</sup>

Entonces, encontramos que el acto médico necesariamente requiere de la interacción de dos sujetos: médico y paciente; interacción que debe darse de manera voluntaria, por acción unilateral del médico cuando hay una emergencia, por solicitud de personas en busca de proteger la salud del paciente o por la obligación emanada del contrato de prestación de servicios con una entidad. Tal interacción se da con la intención de promover la salud, prevenir y tratar la enfermedad y/o curar al paciente.

De la interacción entre estos sujetos, el galeno debe dirigir sus actos a una cualquiera de los siguientes objetivos:

- **La prevención:** como las medidas necesarias para evitar la existencia de una patología.
- **El diagnóstico:** Opinión médica, basada en el estado de la ciencia, a partir de la observación de patologías en el paciente.
- **La terapia:** que se refiere a la forma de tratamiento de la enfermedad.
- **La rehabilitación:** que es la búsqueda de reintegración de la persona a su vivir cotidiano, posterior a la enfermedad.<sup>21</sup>

El acto médico requiere necesariamente de la actuación de una persona capacitada en la materia, autorizada legalmente para hacerlo, mediante la certificación de una institución educativa aprobada en Colombia. Su objeto es la búsqueda de la salud de otro hombre que es igualmente un sujeto de derechos y por lo tanto, todo actuar del médico implicará siempre un control jurídico de sus consecuencias.

---

<sup>20</sup> Artículo 5 del título II de la ley 23 de 1981.

<sup>21</sup> **VV.AA.** *De la Responsabilidad Civil Médica. Ediciones Rosaristas, Bogotá, Colombia, 1995. Pag. 9*

Para Laín Entralgo<sup>22</sup> “*La relación médico paciente presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica. Además tiene varios momentos: 1. Afectivo (amistad entre el médico y su paciente), cognoscitivo (diagnóstico) y operativo (terapéutica), regidos por una serie de normas éticas.*” Es decir, agrega el elemento humano a tal relación, lo cual nos da una luz respecto a una posible posición en contraste con el acto médico ejercido con objetivos científicos o económicos.

Es preciso anotar que tal doctrina no puede simplemente definirse en función del caso donde el paciente va a un consultorio y su doctor realiza análisis y saca conclusiones, pues el acto médico no se presenta solo de esta forma. Debemos entonces dividirlo, pues vemos como la relación médico paciente se desarrolla a través de otro tipo de interacciones que se salen un poco de la clásica concepción de la cita médica.

### **2.1.1. Acto Médico Documental.**

Su importancia radica en el valor probatorio que ostenta. Algunos ejemplos de este acto serían la fórmula médica y la historia clínica.

La historia clínica tiene en especial una función asistencial, ya que ella permite darle continuidad a los tratamientos que lleva el paciente, independiente del médico que esté realizando el procedimiento, es decir, dentro de nuestro SGSSS resulta de mucha utilidad, pues el acto médico puede ser realizado por distintas personas ó instituciones.

Es además importante para aspectos docentes e investigativos, y constituye un mecanismo de control al actuar médico. Permite justificar procedimientos y por lo

---

<sup>22</sup> Laín Entralgo P. **Antropología médica.** Ed. Salvat, Barcelona 1984.

tanto dan luz sobre la posible responsabilidad de cualquiera de los sujetos intervinientes en el acto, ya sea paciente o médico.<sup>23</sup>

En Colombia, además ostenta un importante papel administrativo dentro de la estructura del SGSSS, pues como bien sabemos, el acto médico documental es el primer paso para el acceso a un tratamiento o un medicamento y es a éste documento al que la Corte Constitucional le ha otorgado una importancia fundamental para determinar cuándo y cómo proteger el derecho fundamental a la salud. Es sólo a través de éste que el paciente tiene capacidad de solicitar a la EPS correspondiente el servicio que su médico tratante ha impuesto como el más benéfico para el correcto tratamiento de su aflicción. Los estudios jurisprudenciales realizados en este trabajo nos mostrarán tal importancia en capítulos posteriores.

### **5.1.2. El Acto Médico Privado.**

El acto médico puede ser privado, es decir cuando por elección del paciente, no por efectos de su afiliación al sistema de salud, acude al servicio de un médico de su preferencia. El médico en estos casos es una persona que no actúa estrictamente en la condición de médico tratante como tal, pues la persona acude a sus servicios necesariamente separándose del procedimiento propuesto por la EPS a la que esté afiliado, es decir, la consulta con un médico general del primer nivel, quien hace parte de tal institución.

El acto médico privado, ha sido muchas veces la “salida” para los usuarios del sistema que encontrando la inactividad o pasividad de su médico tratante –porque no ordena el medicamento idóneo para la mejoría del paciente, por ejemplo-, deciden acudir ante un galeno que actúe efectivamente frente a su enfermedad, de acuerdo a los postulados de la ley del arte médico.

---

<sup>23</sup> **VV.AA.** *De la Responsabilidad Civil Médica.* Op, cit. Pag. 11

### **5.1.3. El Acto Médico Institucional.**

Encontramos que el acto médico se da a través de:

- Entidades hospitalarias de servicio público en donde el médico es un empleado a sueldo.
- A través de instituciones como el Seguro Social.
- Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
- Por medio de empresas de medicina prepagada.

Es mediante este sistema que actualmente la mayoría de los colombianos reciben sus tratamientos en salud. La institucionalización de la prestación de los servicios de salud es consecuencia de los principios de solidaridad, universalidad, integralidad y efectividad que rigen nuestro sistema, pues de otra manera no sería posible propender por el acceso a la salud de toda la población.

El acto médico puede ser únicamente realizado por un profesional de la medicina, bajo los postulados de la denominada “Lex Artis Ad Hoc” ó, en otras palabras, de acuerdo al estado de la ciencia médica, y tiene la finalidad de curar la patología del paciente.

La relación médico-paciente solo puede realizarse mediante el acto médico. Tal relación no se agota con el simple tratamiento ó diagnóstico de enfermedades pues por ser el paciente un sujeto racional, con sentimientos - un ser humano - , tal relación no se agota con la simple práctica de aquellas actividades que sean de carácter científico en la práctica de la medicina. El objetivo del acto médico es promover igualmente el bienestar emocional y mental del paciente a través del contacto humano entre los sujetos de la relación.

## **5.2. Punto de Vista Ético.**

Como se dijo, la ética es un aspecto fundamental del acto médico. Tan fundamental es, que la ley 23 de 1981 constituye un código de ética médica, razón por la cual podemos concluir que es y siempre ha sido una parte del ejercicio de la medicina que por estar consagrada legalmente, trae no solo consecuencias morales o sociales, sino jurídicas y disciplinarias.

Es por esto que resulta importante para este trabajo realizar una pequeña aproximación a este concepto y exponer un poco el tema de manera que podamos entender por qué el ejercicio de esta noble profesión tiene tanta cercanía con la ética.

### **5.2.1. Ética.**

Vale la pena preguntarnos por la corrección de la conducta humana. Una conducta buena es aquella que nos “perfecciona” como seres humanos. Tal percepción de perfección se objetiva mediante los modelos que el ser humano ha dejado a lo largo de la historia.

Sin embargo, a pesar de ello a través de la experiencia, el hombre ha llegado a tener un criterio cercano a las cosas que son buenas para el ser humano y las que no lo son. Aunque la percepción del bien o del mal son parcial o totalmente subjetivos, si podemos estar seguros que a través del tiempo se han creado ciertas reglas básicas de bondad y perfeccionamiento del ser humano. El ejemplo actual de tales reglas podría ser la declaración universal de derechos del hombre, la cual necesariamente se basa en criterios de lo que resulta bueno para el hombre (y más que solo bueno, necesario).

La moral hace parte fundamental de la ética en tanto es, *“una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. El sentido de la moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es la libertad la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos. Pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.”*<sup>24</sup>

Tal importancia radica en que la ética es el estudio de la moral; determina la corrección de la conducta humana; ella intenta llegar a principios universales de comportamiento de manera objetiva; organiza los datos adquiridos por la experiencia humana y trata de codificar principios. Se ocupa de los actos voluntarios del hombre, es el “deber ser” de la conducta humana.

Para evitar que el instinto dirija la razón, hay conductas humanas que deben ser reguladas y es ello lo que le da a la ética el carácter normativo que ostenta.

Aunque conocemos una distinción básica del bien y del mal, no todas las civilizaciones coinciden en el catálogo completo de posibles acciones humanas y es ello lo que hace a la ética una ciencia compleja pero que regula situaciones de vital importancia para los hombres.

Importantes filósofos han tenido debates sobre el actuar correcto del hombre. Para siquiera intentar darle un matiz ético a este trabajo, es necesario tomar postura frente a este punto. Es por esto que se torna de gran importancia exponer

---

<sup>24</sup> **VV.AA. De la Responsabilidad Civil Médica. Op. Cit Pag.321**

someramente las posturas éticas que hoy día reflejan de manera sucinta la forma en que durante la historia el hombre ha concebido este estudio.

- **Imperativos Categóricos.**

Kant observaba la ética con una base racional<sup>25</sup>, habló de imperativos categóricos, y postuló la llamada regla de oro, de la siguiente manera: “*obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal*”<sup>26</sup>. Tales imperativos dan una idea aproximada de un actuar ético.

Esta es una ética absolutista, por afirmar que ella es una ciencia con principios absolutos, como los principios matemáticos, los cuales no cambian a pesar de las circunstancias. Para Kant el imperativo categórico, los principios a priori inscritos en el interior del ser humano son el fundamento de la ética, tales principios son absolutos y no pueden cambiar.

Esta postura implica el conocimiento de imperativos, ¿dónde se encuentran ellos? En el hombre, afirmaría Kant, sin embargo, hemos visto a través de los años que tenemos por el contrario formas de ver el mundo, las culturas, las sociedades así lo demuestran. Tal extremo llevaría a posturas perfeccionistas borrando prácticamente una característica natural en el ser humano, la diversidad. El absoluto en la moral lleva a la intolerancia y la descalificación del otro.

- **Relativismo Ético.**

Hans Kelsen<sup>27</sup> habló del relativismo ético, en él las premisas básicas son:

---

<sup>25</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785.

<sup>26</sup> *Ibid.* P. 10

<sup>27</sup> Kelsen, Hans: “¿Que es Justicia?”, 2a edición, Barcelona, Oriel, 1992.



1. Los juicios morales de un ser humano meramente consignan actitudes.
2. De los juicios morales no se pueden demostrar científicamente si son ciertos o falsos como los enunciados científicos.
3. Como no pueden racionalizarse dichos juicios, nunca podemos hablar de falsedad o verdad en materia moral.
4. Como no podemos demostrar verdad o falsedad, no podemos tener sistemas de tolerancia o democracia.

Tal postura ética resulta en gran medida peligrosa para cualquier orden social humano, pues de ella se deriva la imposibilidad de valorar como buena o mala cualquier actitud, borrando por completo el fin de la pregunta básica de la ética, la cual es ¿Qué hacer? Según esta postura la respuesta sería, “no importa, nadie puede saber la respuesta a esa pregunta, por lo tanto solo actúa como deseas.” A simple vista encontramos que tal postura justificaría cualquier actuar humano, desde los más crueles y despiadados tratos hacia los hombres, hasta los más altruistas y filántropos.

Las críticas básicas a esta concepción son:

1. Kelsen pretende aproximarse al concepto de justicia, relacionándolo con otros conceptos que muchas veces son divergentes con ella, como son la felicidad y la libertad. Muchas veces el actuar moral en protección de la justicia se aleja del actuar libre y de lo que me hace feliz.
2. Solo hay dos áreas en las que podemos afirmar que conocemos: a) en las ciencias formales, como la lógica, las matemáticas y la gramática; y b) en las disciplinas científicas, que se constituye por hechos perceptibles por los sentidos, verificables.

En el resto de actividades no conocemos: teología, poesía y la ética, por ejemplo. Aquí volcamos emociones gustos y sentimientos, no conocimientos ni verdad absoluta. No todo en el mundo se puede resolver a través de una

concepción científica; es una llamada “falacia naturalista” en tanto se habla del mundo natural y se olvida el llamado “deber ser”, es decir, aquello que no es pero que el ser humano pretende alcanzar (como la justicia por ejemplo). Ambos mundos son distintos e inconmensurables, es por esto que podemos decir: “un laboratorio no resuelve problemas morales”<sup>28</sup>.

- **Constructivismo Ético.**

Encontramos como una tercera concepción el llamado *constructivismo ético*. Este tiene como premisa fundamental la siguiente: *Es posible arribar al conocimiento en materia moral, frente a los juicios de valor no afirmamos verdad, sino validez y a ella se llega mediante el ejercicio de la razón.*

Los constructivistas creen en la fundamentación racional de los valores morales, pero debe entrarse con una postura crítica frente a la moral, es decir no pueden llegar al punto de crear dogmas, deben guardar una distancia crítica frente a las razones morales.

Es el constructivismo, en nuestra opinión, el discurso ético que ha aportado con el tiempo unas bases fundamentales de discernimiento, a través de años de discurso en el cual el hombre por medio de la filosofía, ha presentado posturas y llegado a conclusiones.

Por lo tanto, en la materia que nos atañe en este escrito, encontramos que tal constructivismo es el creador igualmente de los códigos de ética médica, pues ¿qué mejor ejemplo de un claustro de debate racional que el congreso de la república, lugar donde se generan las leyes en un Estado democrático?

---

<sup>28</sup> Gallego Gloria: *Cátedra sobre la Justicia, Filosofía del Derecho, Universidad EAFIT, 2011.*

### 5.2.2. Ética Médica.

Expuesto someramente el concepto de ética y nuestra postura al respecto, debemos ahora especializarnos en el campo médico.

Como ya hemos afirmado, la medicina, por el especial enfoque humano que la constituye, es por excelencia la profesión de confrontación a difíciles decisiones éticas. Bien lo expone Pablo Simón Lorda: *“todo problema clínico, hasta el aparentemente más sencillo, por ejemplo, recetar una aspirina para un dolor de cabeza, encierra un dilema ético, por ejemplo el de informar o no, y en caso afirmativo con qué extensión, de los posibles efectos secundarios de este fármaco.”*<sup>29</sup>

Si como vimos, la ética busca estipular parámetros de conducta buena o mala con el fin de dirigirse hacia el perfeccionamiento del hombre, entonces la ética médica se refiere a *“la permanente evaluación que juzga los actos médicos como buenos o como malos, así como al desarrollo de normas que orienten dichos actos. Orienta la conducta general de quienes practican la Medicina, dentro y fuera del ejercicio, para mantener su dignidad y tradición sociales (...) establecen las reglas de juego desde el punto de vista moral en la práctica médica, basándose en criterios lo más universales posibles.”*<sup>30</sup>

Entre médico y paciente encontramos una asimetría natural a la relación. El profesional cuenta con conocimientos incomprensibles para su paciente, y aquel está sometido a la opinión científica de quien lo examina, pues es su salud la que está comprometida. *“La misma palabra paciente connota un significado de dolor, del que sufre pacientemente. Por eso, si el médico no es humano, caerá en lo que*

---

<sup>29</sup> Pablo Simón Lorda, “sobre bioética clínica y deontológica médica”, en *cuadernos de Bioética* 12,4.º, 1992, p. 34)

<sup>30</sup> **VV.AA. De la Responsabilidad Civil Médica.** Op. Cit. P 327

*la sociedad llama el imperialismo médico. Es la actitud arrogante que se asume ante el paciente indefenso.*<sup>31</sup>

Es por ello que el acto médico requiere de una especial prudencia y manejo de valores, pues la misma situación del paciente por naturaleza es de sujeción; pasiva; dependiente ante el actuar del galeno, lo que puede dar cabida a actuaciones criticables éticamente, principalmente por la ignorancia ante la ciencia médica que ostenta el paciente, quien simplemente queda al amparo de su médico.

Es por ello que desde el inicio mismo de la historia de la medicina se han consagrado principios de actuar médico, y coherente con el constructivismo ético que hemos planteado, tales principios fueron desarrollados con el paso del tiempo a través del discurso doctrinal.

Estos principios éticos se han plasmado en la llamada *deontología médica*<sup>32</sup>, la cual postula una serie de reglas para la práctica de la medicina, no necesariamente jurídicas. La primera y más conocida manifestación de ella es la conocida como el juramento hipocrático<sup>33</sup>, el que tiene un claro contenido ético y resulta como carta de navegación en el ejercicio de la medicina.

---

<sup>31</sup> **Vélez Correa, Luis Alfonso** *Ética Médica. Interrogantes Acerca de la Medicina, la Vida y la Muerte.*

*Corporación para Investigaciones Biológicas, Medellín, Colombia. Pag. 121*

<sup>32</sup> *Gascón Marina; De Lora Pablo, Bioética: Principios, desafíos, debates. Alianza editorial. Madrid, España 2008.*

<sup>33</sup> Hasta el día de hoy, el juramento Hipocrático sigue siendo utilizado por los estudiantes de medicina próximos a obtener su grado, es un juramento ético, que pone al ser humano como centro de la práctica de la medicina. Tal juramento dice en su versión más antigua: *“De forma más pura y santa pasaré mi vida y ejerceré mi arte, no cortaré, por cierto, a los enfermos de piedra sino que los dejaré en manos de los hombres que realizan esa práctica. En todas las casas en las que entrare, lo haré en beneficio de los enfermos manteniéndome lejos de toda injusticia voluntaria, y de toda corrupción en general, y sobre todo del trato amoroso con mujeres u hombres, libres o esclavos.*

*Todo lo que viere o escuchare en el ejercicio de mi profesión, o fuera de ésta, en relación con la vida de los hombres, si ello no debe ser divulgado jamás, lo mantendré en silencio, teniendo tales cosas por secretas.*

La deontología médica es reflejada en un cuerpo normativo, contiene listas de conductas, tipifica infracciones, trae procedimientos de enjuiciamiento y sanciones. Ella coincide en algunos aspectos con la ética, sin embargo en otros puede diferir, principalmente en el hecho de que de estos cuerpos normativos encontramos claras sanciones no jurídicas.

En Colombia los códigos deontológicos pueden encontrarse aplicados en los llamados tribunales de ética médica, que son consagrados en la ley, pues como ya hemos observado, existe en nuestro sistema jurídico un código de comportamiento ético para el ejercicio de la medicina. Dicha ley menciona en su título I, Capítulo I, artículo 10: *“Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen si por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.”*

La mención a principios éticos que rigen la conducta de los miembros de la sociedad solo puede llevarnos a concluir que dentro de esta ley se hace referencia a la concepción ética en nuestro entorno, tal concepción no está codificada, solo sabemos que la moral social está representada en la ley, la religión, o simplemente en la concepción filosófica que de ella se tenga.

---

*Por tanto, si cumplo este juramento sin quebrantarlo, que me sea dado disfrutar de la vida y de arte, honrado entre los hombres por siempre jamás. Pero, si lo violo y soy perjuro, que mi suerte sea la contraria.”*  
R.J. Bulger, quien fue presidente de la Universidad de Texas y director del Institute of Medicine (la Academia de Medicina de los Estados Unidos), afirma que el Juramento Hipocrático, que no ha sido superado en los 2.500 años transcurridos desde la vida de Hipócrates y que sigue siendo la guía excelsa del comportamiento médico, se mantiene válido porque en su elevada calidad personal refleja los conceptos básicos de devoción por el prójimo y de compromiso de servicio.

Igualmente encontramos que el **artículo 1 del capítulo 1** de la ley mencionada establece que el ejercicio de la medicina *“tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”*<sup>34</sup>.

“Implicaciones humanísticas inherentes”, “perfeccionamiento de la especie humana”, “respeto por la vida y los fueros de la persona humana”, son todas afirmaciones de carácter ético y son bases concretas para la construcción de manuales de conducta ética.

Es claro también que el fin de cuidado de la medicina solo es alcanzable mediante un sujeto que goza con la característica de ser un profesional, donde realice una ejecución típica, es decir, según los parámetros de la *Lex Artis Ad hoc*, sin embargo, debe tener el objetivo de la curación o rehabilitación del enfermo.

Es por esto que la medicina implica una posición donde el médico está dispuesto a servir al ser humano enfermo, para mejorar su calidad de vida y para que durante el proceso, todo sea lo más amable posible para el paciente. El médico debe tener conceptos éticos en la práctica de su carrera, un código que le permita tomar la decisión del ¿qué hacer? respecto a su paciente, pues al estar al servicio de la humanidad, se le están confiando los bienes más preciados por el hombre: la salud y la vida.

La ética confiere al médico de una confianza por parte del paciente, sin la cual la relación entre ellos sería imposible y por lo tanto la medicina humanizada perdería

---

<sup>34</sup> Ley 23 de 1981, art. 1, Capítulo 1.

su rumbo. Tal concepto ético pone en el paciente la confianza de pensar que el galeno solo actuará propendiendo por su bienestar y por tal motivo no le causará daño alguno; sin ella, la relación médico-paciente resulta imposible.

Vélez Correa propone en este sentido que *“la medicina es el arte y la ciencia que cuida la salud del ser humano. Arte porque debe efectuar acciones para cumplir sus fines, es ciencia porque se necesita un cúmulo de conocimientos para ejercerla. (...) El único objetivo de la medicina es aliviar el sufrimiento. El médico pocas veces cura, algunas alivia, pero siempre debe consolar; en esta frase se resume el quehacer del médico y también la grandeza y miseria de la medicina”*<sup>35</sup>.

Este autor, de manera acertada, clasifica igualmente las acciones que el médico debe realizar a través del acto médico, pero otorgándole ese matiz ético que pretendemos resaltar. Esas acciones son: a) Pedagógicas, pues afirma que el sufrimiento del paciente muchas veces proviene de su ignorancia; b) preventivas, siendo esta su función primordial en tanto ella debe tener prevalencia sobre la obligación curativa; y, finalmente, c) curativas o reparadoras.

Tales acciones solo pueden realizarse actuando bajo criterios de bondad, sabiduría y respeto, pues como ya dijimos, la ética médica impone la práctica de la medicina en búsqueda del bien y perfección del ser humano, bajo parámetros de conocimientos científicos necesarios e imprescindibles, pero siempre bajo la sombra del **respeto por el paciente** como persona con dignidad y derechos, sin importar el sexo, raza, orientación sexual, política o estatus económico.

El médico debe tener conciencia de la aflicción de la enfermedad, para así conservar el sentido de compasión por el usuario de su servicio, lo cual

---

<sup>35</sup> Vélez Correa, Luis Alfonso. *Ética Médica. O. Cit.* Pag. 99

inevitablemente dirigirá a un trato humano y de acuerdo a los principios de corrección en la práctica médica.

El acto médico no se define únicamente como un actuar terapéutico del galeno con el paciente, debe analizarse igualmente como una acción ética. Por ser la medicina una ciencia que busca cuidar la salud del hombre, propender por la prevención de las enfermedades, perfeccionar la especie humana y mejorar los patrones de vida de la colectividad<sup>36</sup>, es constitutivo de su práctica el respeto por los principios básicos de ética que fundan la dignidad humana.

### **5.2.3. Ley y Ética Médica.**

- **Ley 23 de 1981.**

Como venimos exponiendo, la ley 23 de 1981 es un pilar en la evaluación ética del acto médico, a continuación exponemos algunos de los artículos que así lo expresan.

*ARTICULO 6o. El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión.*

*ARTICULO 47. Es obligatoria la enseñanza de la Etica Médica en las Facultades de Medicina.*

*ARTICULO 63. Créase el Tribunal Nacional de Etica Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.*

---

<sup>36</sup> Ley 23 de 1981



*ARTICULO 67. En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Etico-profesional.*

*ARTICULO 83. A juicio del Tribunal Etico Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la renuncia en ellas, proceden las siguientes sanciones:*

- a) Amonestación privada;*
- b) Censura, que podrá ser:*
  - 1. Escrita pero privada.*
  - 2. Escrita y pública.*
  - 3. Verbal y pública.*
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses;*
- d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.*

El artículo 83 postula los mecanismos de sanción que, como expresamos anteriormente, le agrega el carácter de jurídico, por las concretas consecuencias al incumplimiento de las hipótesis de un correcto acto médico.

- **Ley 1164 de 2007.**

Esta ley, denominada la ley de talento humano, consagra igualmente principios éticos para todo aquel que haga parte de la prestación de servicios en salud. El artículo que regula tales principios es el 35 y entre ellos menciona: la veracidad, la igualdad, la autonomía, la beneficencia, el mal menor, la no maleficencia, la totalidad y la causa de doble efecto.

- **Veracidad:** Coherencia en todo acto médico con lo que se piensa, dice y hace con toda persona.

- **Igualdad:** Se debe reconocer el mismo derecho a todas las personas. Debe además diferenciarse la atención de acuerdo a las necesidades de cada persona.
- **Autonomía:** Capacidad por parte del personal de salud para deliberar decidir y actuar. Se deben respetar las decisiones personales del usuario si no lo agentan a él o a los demás.
- **Beneficencia:** Se debe hacer lo que conviene a cada ser humano respetando sus características particulares, teniendo más cuidado con el más débil o necesitado y procurando que el beneficio sea más abundante v menos demandante de esfuerzos en términos de riesgos y costos. Se debe abogar por que se respeten de modo especial los derechos de quienes pertenecen a grupos vulnerables y estén limitados en el ejercicio de su autonomía.
- **Mal Menor:** Debe elegirse el mal menor, evitando transgredir el derecho a la integridad.
- **No Maleficiencia:** Deber de realizar todos los actos que puedan evitar daño.
- **Totalidad:** Se deben eliminar lar partes de un individuo humano siempre que sea necesario para su conservación.
- **Causa de doble efecto:** Postula unos casos donde es aceptable realizar una acción en si misma buena o indiferente que tenga un efecto bueno y uno malo.

- **Algunas normas de ética médica aceptadas universalmente.**<sup>37</sup>

Vale la pena mencionar estas normas, que dan una ubicación a nivel internacional de normas jurídicas de ética médica, para así trascender lo regulado por la ley Colombiana, ellas son:

---

<sup>37</sup> Torres C. **Normas éticas internacionales sobre el ejercicio de la medicina.** T. Médica 1989;79:32-37

- El Juramento Médico (Declaración de Ginebra), adoptado por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Ginebra en 1948.
- El código internacional de Ética Médica de la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de Londres en 1949 y reformado por la XXII Asamblea General de la misma entidad en Sidney en 1968.
- Las regulaciones en tiempo de conflicto armado, de la X Asamblea Médica Mundial de la Habana en 1957.
- La declaración de Helsinki, sobre la investigación en seres humanos, de la XVIII Asamblea Médica Mundial de Helsinki en 1964.
- La Declaración de Sidney, de la XXII Asamblea Médica Mundial, sobre la determinación del estado de muerte.
- La Declaración de Oslo de la XXIV Asamblea Médica Mundial, sobre aborto terapéutico.
- La Declaración de Tokio de la XXIX Asamblea Médica Mundial, en 1975, sobre tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o castigos impuestos sobre personas detenidas o encarceladas.

El matiz que tales enunciados nos muestra ostenta un carácter eminentemente normativo, en tanto trasciende a un simple código ético, siendo en palabras de Marina Gascón y Pablo de Lora, un verdadero código deontológico.

Pasaremos entonces a exponer los elementos del acto médico como un acto jurídico, para contrastarlo con la realidad de la práctica médica en nuestro país, pues en tal punto habremos construido una cierta firmeza conceptual que nos permitirá ver el reflejo de la realidad ante el rígido margen que los conceptos doctrinales y filosóficos otorgan.

## **2.3 PUNTO DE VISTA JURÍDICO.**

A partir del código de ética médica - Ley 23 de 1981- y el aspecto público e institucional que ostenta, resulta evidente el estatus jurídico que trasciende a la informalidad de una ética como normatividad de libre cumplimiento.

Se convierte así en una herramienta para evaluar no sólo éticamente la práctica médica, sino también jurídicamente. Aunque la mencionada ley es por naturaleza jurídica y de ella se derivan consecuencias indemnizatorias y disciplinarias, podemos observar la existencia de artículos que adicionalmente traen unas exigencias que sobrepasan los parámetros legales, Marina Gascón y Pablo de Lora<sup>38</sup> las denominan *“normas éticas o perfeccionistas que elevan (o pretenden elevar) la calidad y excelencia de los servicios profesionales.”*

Así las cosas, el acto médico, con toda la construcción ética que hemos expuesto, no puede ser separado del carácter jurídico que ostenta, precisamente por ser éste un acto entre sujetos de derecho, pudiéndose generar verdaderas consecuencias jurídicas. La relación inherente al acto médico constituye derechos y deberes correlativos para ambas partes y en ella se encuentra inmerso todo el SGSSS, pues el acto médico es de carácter institucional, de manera que en la reparación de la salud del paciente – afiliado – participan las EPS, EPSS, IPS, ESE y los profesionales de la salud, teniendo como base y también como norte, los principios de integralidad y continuidad del sistema.

### **2.3.1. Elementos del Acto Médico como relación Jurídica.**

El acto médico puede ser fuente de efectos legales tanto para el médico como para el paciente, ambos sujetos de derecho entrelazados en una relación que por

---

<sup>38</sup> Gascón Marina; De Lora Pablo, Op. Cit. Pag 18

las características que la configuran, les confiere derechos y obligaciones derivados de un contrato, algunas veces consensual y, otras, escrito.

Los derechos a la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad mental del paciente son aquellos a los cuales la actuación del médico se verá dirigida a proteger, como bienes jurídicos tutelados en la ley. Por lo tanto, todo acto médico envuelve la calidad de acto jurídico ya que de ellos se generan consecuencias relevantes para el derecho.

Comencemos por afirmar entonces la naturaleza jurídica del Acto Médico:

El art. 26 de la Ley 1164 de 2007, modificado por la Ley 1438 de 2011 define el acto médico como el *“conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional”*.

De éste artículo derivamos los siguientes elementos:

- El médico, adquiere con su paciente una obligación de **medio**, por lo tanto ella se entiende cumplida cuando éste lleva a cabo todas las actuaciones consideradas idóneas de acuerdo a las *Lex Artis Ad-hoc* para alcanzar el fin buscado, sin significar ello que el médico garantice la consecución de tal fin. Hay incumplimiento entonces a esta obligación cuando no sigue los parámetros de la ética médica, la ley y la *Lex Artis Ad-hoc*.
- De manera concreta, el médico tiene con su paciente la obligación de actuar con todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y

cuidado durante la ejecución del denominado contrato de asistencia médica, ni más ni menos.

- Es un contrato bilateral y consensual, es decir se entiende perfeccionado con el simple acuerdo de las partes sin que exista otra solemnidad.
- El objeto es la conservación de la salud del paciente a través de la asistencia médica.

### **2.3.2. Lex Artis Ad Hoc.**

Se refiere al parámetro de evaluación que existe para determinar si la actuación del médico es científicamente correcta. A través de ella se evalúa la obligación de diligencia y cuidado que requiere el acto médico como acto jurídico, derivado de la naturaleza del contrato. Determina entonces si la actuación del profesional es acorde a parámetros de excelencia en la práctica de la disciplina.

Ella es definida por Martínez-Calcerrada<sup>39</sup> como “... *el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ella tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado.*” Tal corrección en el actuar del galeno es construida a través de protocolos que a su vez se construyen a través de evidencia científica como el concepto que pueda otorgar los

---

<sup>39</sup> Martínez-Calcerrada L. **Derecho médico General y especial.** Ed Tecnos. Madrid 1986

profesionales de la salud, las sociedades científicas, los colegios de profesionales y las facultades de salud<sup>40</sup>.

La ley 23 de 1981 es clara al afirmar que “*La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia*”. Quiere esto decir, y parece ser que no puede ser de otra manera, que todos los principios éticos que la práctica de esta profesión implican, no pueden estar concentrados en un solo texto legal; a él debe integrarse el debate ético que a través del tiempo ha existido en los diferentes ámbitos de la academia, ya sea filosófico o desde el punto de vista científico.

Desde el mismo juramento exigido por el artículo 2° del capítulo II de la ley en comento, el médico expresa: *Enseñar mis conocimientos médicos Con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética*. Es decir que no solo a la luz de los conocimientos científicos podemos determinar la corrección de la actividad médica, ella es necesaria, pero no suficiente, pues el criterio científico otorga herramientas importantes para que el médico actúe de una manera acorde a la ya expuesta *Lex Artis Ad-hoc*, y en consecuencia, cumpla con el objeto contractual, pero el acto médico debe además estar inspirado en *los mas puros dictados de la ética*.

### **2.3.3. Obligaciones Del Médico.**

A través del desarrollo del concepto de acto médico, hemos venido hablando de algunas de las obligaciones del médico. Lógicamente, ellas se integran al contrato de prestación de servicios médicos y por ello resulta útil mencionarlos expresamente para otorgar claridad al tema.

El médico tiene la obligación principal de prestar el correspondiente servicio médico, y de ella se derivan otras obligaciones tales como:

---

<sup>40</sup> Artículo 95 ley 1438 de 2011.

- Prestar el servicio de acuerdo a los conocimientos científicos en los respectivos estudios de la especialidad y la práctica.
- Deber de información al paciente. Solo de esta manera puede aquel tomar decisiones libres respecto a su salud.
- Elaboración de la historia clínica.
- Expedición de certificados médicos.
- Cumplimiento de la obligación del secreto profesional.<sup>41</sup>

Tales obligaciones deben realizarse en las respectivas etapas del acto médico, que según Yepes<sup>42</sup> son antes durante y después del tratamiento o intervención que realice el galeno. Así pues, el acto médico, como concepto inescindible es integral, y esto es coherente con el mencionado principio de *integralidad* que ilumina el sistema, es decir, no se agota cada vez que el paciente sale del consultorio de un médico, sino que termina en el momento en que recupera su salud, y tal momento puede estar antecedido por varios pasos.

#### **2.3.4. Derechos del paciente.**

Es importante mencionar algunos derechos del paciente, pues de ellos se derivan igualmente responsabilidad no solo del médico tratante, sino de las instituciones encargadas de prestar los correspondientes servicios de salud.

- **Según la organización médica mundial<sup>43</sup>**
  - Derecho a escoger libremente el médico.

---

<sup>41</sup> Yepes Restrepo, Sergio. *La Responsabilidad Civil Médica*, 4ª Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, Colombia. 1994. Pag. 38

<sup>42</sup> *Ibid.* Pag 39.

<sup>43</sup> Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995



- Autonomía: Derecho a tomar decisiones respecto de su organismo.
- Derecho a la información sobre su enfermedad.
- Derecho a morir con dignidad.
- Al secreto.
- Derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual.

- **Derechos de los pacientes según la Resolución 13437 de 1991<sup>44</sup>.**

- Elección libre del médico dentro de los recursos disponibles del país.
- Comunicación plena y clara con el médico.
- Confidencialidad en la historia clínica.
- Respeto de decisiones en caso de enfermedad irreversible.
- Explicación de costos por parte de médicos e instituciones.
- Atención no condicionada a pago de honorarios en caso de urgencia.
- Recibir o rehusar ayuda espiritual.
- Respeto a la decisión de participar en investigaciones.
- Respeto a la voluntad de donación de órganos.
- Derecho a morir con dignidad.

### **2.3.5. Proceso Disciplinario.**

Como dijimos, tales normas convierten al acto médico en un medio de control a la práctica de la medicina. Por lo tanto de él es posible predecir consecuencias jurídicas (como responsabilidad civil y/o penal) y disciplinarias.

El decreto 3380 de 1981 reguló el proceso disciplinario del médico y pasaremos a analizarlo de manera sucinta en este trabajo. Debemos comenzar afirmando que tal proceso solo puede ser aplicado a quienes ostentan el título de médico.

---

<sup>44</sup> Por la cual se constituyen los comités de Ética Hospitalaria y se adoptan el Decálogo de los Derechos de los Pacientes, Ministerio de Salud.

- Él ente con competencia para conocer estos casos son los tribunales de ética médica, que se integran igualmente por médicos. La sanción surge de la violación de la ley 23 de 1981 ó de su decreto reglamentario.
- Vale anotar que éste proceso se desenvuelve de manera independiente a otros procesos civiles y penales.
- La estructura de juzgamiento está conformada por tribunales departamentales y un tribunal nacional de ética médica, el cual constituye una segunda instancia a los seccionales.
- Los médicos de tales tribunales investigan el caso e imponen la sanción.
- El proceso puede ser iniciado por el paciente, sus familiares, una entidad pública o privada, por cualquier particular, o de manera oficiosa por los mismos tribunales. Es decir, tiene un carácter amplio de ejercicio y no podría ser de otra manera en tanto, como hemos ya expuesto repetidamente, la salud y el bienestar del ser humano son los derechos que dan origen del proceso.
- Por ser un trámite regido en la ley, donde hay partes y ente supra-ordinado de toma de decisión, estamos ante la estructura tripartita de un proceso, es por ello que todos los principios constitucionales del derecho de defensa tienen pleno desarrollo en estos tribunales. Entonces: hay una etapa de investigación, pruebas y su respectiva contradicción, luego se formulan cargos donde se determina si hay o no violación de la ética médica y viene luego una audiencia de descargos.

- Las sanciones, como hemos expuesto van desde una censura hasta la suspensión del ejercicio de la profesión.

## **2.4. Contexto Actual.**

Tanto tecnológicamente como científicamente, la ciencia médica ha tenido a lo largo de la evolución del mundo occidental, cambios de gran importancia práctica. El concepto mismo de Acto Médico debe ser evaluado de acuerdo a tal progreso. Da fe de esto la aparición de procedimientos de gran importancia, cirugías altas en complejidad, tratamientos que ahora gracias a la tecnología son de cotidiana práctica, procedimientos no invasivos ó aquellos dirigidos a la prevención de enfermedades.

Es por esto que en la actualidad, la práctica de la medicina llega a ámbitos de intervención y sanación antes impensables. Es decir, ha tomado un campo preventivo y de intervención amplio e imprescindible para cualquier persona que desee llevar una calidad de vida digna. Es por esto que en búsqueda de que todos tengamos acceso a tales beneficios, en el denominado Estado Social de Derecho que pregonan nuestra Constitución Política<sup>45</sup>, se han creado principios como el de universalidad del sistema<sup>46</sup> que han permitido en búsqueda de este acceso, la colectivización del acto médico.

Dicho fenómeno implica la colectivización del médico tratante en detrimento del llamado médico de cabecera que ya era tradicional en toda familia, surgiendo como una nueva forma para la atención en salud de las personas. Tal fenómeno ha implicado la existencia de una relación menos personal y más técnica; es decir, aquellas funciones antes realizadas con un espíritu de atención personalizada por parte del médico que conoce todos y cada uno de los aspectos de la vida del paciente, pasa a un segundo plano. Es ahora la regla encontrar agremiaciones de prestación del servicio de salud, donde las personas

---

<sup>45</sup> Artículo 1

<sup>46</sup> Artículo 48 de la Carta Magna y artículo 2 de la Ley 100 de 1993

encargadas de prestar tal servicio son piezas en una intrincada figura burocratizada, mecánica y deshumanizada.<sup>47</sup>

Estamos viviendo, entonces una evolución de la medicina en un término de vital importancia para el trabajo que acá pretendemos desarrollar: su “mecanización” y “masificación” en el último siglo con la consecuente “comercialización a ultranza”<sup>48</sup>.

No es incoherente tal fenómeno a la luz de la sociedad occidental en la que vivimos hoy día, donde en toda organización humana encontramos procesos de jardinería social<sup>49</sup>, que reflejan la parcelación de toda actividad de los sujetos a la civilización en la cual se radican, lo que permite organizar de una u otra manera tales actividades no para individuos, sino mas bien para grupos donde “*la sociedad de personas ha sido sustituida, en buena medida, por la sociedad de masas y, como una consecuencia, la medicina personalizada ha dejado paso a la medicina masificada*”, en términos de Jorge Mosset Iturraspe<sup>50</sup>.

Tal fenómeno da paso a un importante problema en la práctica de la medicina, problema que actualmente es, en nuestra opinión, el origen de la precaria manera en que se vienen prestando los servicios de salud, generando la **comercialización de la medicina**<sup>51</sup>, es decir, se otorga a este servicio público esencial un carácter mercantil en tanto ella puede ser objeto de explotación privada.

---

<sup>47</sup> Deshumanizada en su sentido literal, es decir, no hay una relación entre personas iguales, se da más bien una interacción entre instituciones y usuarios.

<sup>48</sup> Responsabilidad civil médica. La relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial Carlos Ignacio Jaramillo J. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2002. PAG 46 a 54.

<sup>49</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto. Tercera Ed. Madrid, España*. La jardinería social es expuesta por este autor como la concepción de sociedad que en la modernidad se ha generado, para criticar procesos perfeccionistas en la civilización.

<sup>50</sup> *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Bueno Aires, 1985, Pag 31.

<sup>51</sup> *Gañán Ruiz (2010, p.127)* ha concluido una prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud, y ello por la concepción del sistema, que ha permitido convertir la salud en un producto de mercado, pues las aseguradoras en salud como podrá verse jurisprudencialmente en objetivos de de eficiencia, de mercado, que poco tienen que ver con su función básica, a saber la atención en salud.

Tal fenómeno ha distorsionado la práctica y el sentido del acto médico, lo ha alejado de un fundamental aspecto objetivo en la medicina: El hombre, la razón por la que ella existe<sup>52</sup>.

Esta categoría de la medicina, como instrumento al servicio del ser humano, a quien partimos de reconocer como un fin en sí mismo, es la que siempre ha constituido el fundamento ético que su práctica ha de tener. Perder de vista este punto es olvidarse de la razón por la cual las doctrinas del acto médico han evolucionado desde el mismo Hipócrates hasta el día de hoy.

Es en virtud al objeto de la medicina que se hacen de especial importancia principios éticos que enmarquen su práctica, no principios de eficiencia económica o similares, que lo único que logran en estos procesos es la deshumanización de lo que es humano en esencia, porque la salud misma ha sido considerada inescindible característica de la dignidad del hombre moderno, sujeto de derechos.

Es tal característica la que nos obliga a entender que la salud no es valorable en términos económicos pues sin ella el disfrute de todo bien material se hace imposible en la vida de un ser humano, además de imponer como obligatoria la cuestión: ¿cómo convertir en un paquete comercializable aquello que por naturaleza es invaluable?

- **Burocratización de la prestación del servicio de salud.**

El acto médico tiene entonces un matiz hoy día distinto al que hace unos años lo caracterizaba. La forma en que se prestan los servicios de salud pone como intermediarios a las EPS, EPSS, a las ESS e IPS y otras instituciones que prestan dichos servicios por el mandato de la ley.

---

<sup>52</sup> “Toda actuación del profesional médico se encamina en última instancia al bienestar social y más concretamente a preservar la salud del ser humano. Así pues podemos concluir que es el hombre, el individuo, el objeto de la ciencia médica”. Carlos Segura y Luis Martínez-Calcerrada, “El médico en el derecho civil”, en *Derecho médico*, Vol I, Tecnos, Madrid, 1986, Pag 45.

El SGSSS se ha constituido como un manejo de recursos humanos, físicos, económicos y tecnológicos organizados como estructura burocrática para la prestación del servicio.

Zygmunt Bauman<sup>53</sup> habla de la burocracia como proceso deshumanizador, y para comprobar esto expone la descripción de la administración moderna hecha por Max Weber de la siguiente manera:

*“En la administración estrictamente burocrática, los siguientes aspectos alcanzan el punto óptimo: precisión, rapidez, falta de ambigüedad, conocimiento de los expedientes, continuidad, discreción, unidad, estricta subordinación y reducción de las fricciones y de los costos materiales y de personal. La burocratización ofrece sobre todo una posibilidad óptima para poner en práctica el principio de la especialización de las funciones administrativas siguiendo consideraciones puramente objetivas... El cumplimiento “objetivo” de las tareas significa ante todo que las tareas se llevan a cabo según unas normas calculables y sin tener en cuenta a las **personas**”*

De tal manera la burocratización del sistema de salud ha hecho olvidar a las instituciones que la figura central del hospital es *el paciente* y ha convertido a las instituciones en maquinarias administrativas, donde se *objetivizan* los procesos, de manera que las *tareas se llevan a cabo según normas calculables y sin tener en cuenta a las personas*.

La prueba a tal proceso *burocratizado* son las constantes acciones de tutela presentadas en razón a la imposibilidad de tener acceso a la salud por parte de un usuario, donde la razón aducida por las EPS para no prestar el servicio es el procedimiento administrativo defectuoso<sup>54</sup>. Se olvidan así que es un ser humano

---

<sup>53</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Tercera Ed. Madrid, España. Pag. 36

<sup>54</sup> Véase la sentencia T 666 de 1997 en la que la Corte Constitucional afirma: “(...) el derecho fundamental a la vida no puede quedar obstaculizado por procedimientos burocráticos. Si dentro de la reglamentación se

quien reclama la atención en salud, no un número o un papel, *objetivizando* el servicio, deshumanizando la medicina al ser perfectamente burocráticos.

La salud es un servicio público y por tal motivo, es obligación del Estado que todos los ciudadanos Colombianos tengan acceso a él y es por ello, que las excesivas cargas burocráticas que se imponen al paciente, constituyen un obstáculo para el acceso a la salud, lo que resulta absolutamente incompatible con el carácter fundamental de este derecho en Colombia<sup>55</sup>.

Dicha burocratización de la medicina es la causa del trato inhumano y alejado de las normas constitucionales que las EPS han brindado a los usuarios del sistema y es ella la que el sistema en su estructura genera, sacrificando así los intereses de los afiliados en beneficio del interés económico que muchas veces han demostrado perseguir las EPS, como pretende demostrar este trabajo.

Entonces, la misma ética hipocrática de la medicina se encuentra encarada a la “ética burocrática” que se ha alzado para proteger intereses económicos, obstaculizando el acceso a la salud de los usuarios y convirtiendo el acceso a la misma en un calvario para los afiliados y vinculados al régimen. Tal fenómeno ha sido denominado la “racionalización de los recursos de salud”<sup>56</sup>, ética sobre la cual se edifica muchas veces la ya denominada deshumanización a lo largo de este trabajo.

Estamos actualmente ante una sociedad de masas y por lo tanto la medicina personalizada ha pasado a un segundo lugar; el tratamiento ahora es de enfermedades no a enfermos y por lo tanto, la misma atención de las EPS es dirigida a la entrega de un “producto” por el cual paga un “usuario”, y no por la *curación o tratamiento de la enfermedad o aflicción física de un paciente.*

---

dice que previamente al examen de un especialista debe haber el examen de un médico general, esta exigencia no puede invocarse para pretermitir el tratamiento a una enfermedad grave, máxime cuando ya la paciente venía siendo tratada por el especialista.”

<sup>55</sup> Sentencia 760 de 2008 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>56</sup> **VV.AA.** *De la Responsabilidad Civil Médica.*

Tal fenómeno impide entonces que el acto médico se lleve a cabo acorde al principio de continuidad de la prestación del servicio, pues como vimos, dicha institución se compone de varias fases, es decir: de prevención, diagnóstico, terapia y rehabilitación, las cuales deben ser cumplidas íntegramente, pero que resultan imposibles de agotar cuando la burocracia interpone sus obstáculos.

## **2.5 Conclusiones.**

La llamada “deshumanización de la medicina”<sup>57</sup> es el resultado de su comercialización. La relación médico-paciente debe ser lo más individualizada posible y atender a los principios que integran el sistema.

¿Es inconciliable una práctica de la medicina que proteja la libertad económica del sector privado en salud y los principios que informan el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia? Es decir, ¿el principio de Universalidad que informa al SGSSS no puede convivir con el principio de libertad económica y de empresa, junto con el de la racionalización de los recursos?

Actualmente, tratar de unir tales principios ha dado paso a un sistema de salud en el que se perciben serios problemas de ética médica.

Pero son precisamente los postulados éticos que hemos tratado en este capítulo los que pueden conciliar el acto médico con su práctica dentro del SGSSS en Colombia.

La ley 23 de 1981 es anterior a nuestro sistema legal de salud, pero continúa vigente, lo que quiere decir que tales principios del acto médico son independientes a la forma en que se regule la prestación del servicio de salud.

La teoría del acto médico otorga herramientas a cualquier galeno para ejercer su profesión de la forma más adecuada a principios científicos y éticos, sin importar la

---

<sup>57</sup> **Aguirre, Gifford.** EL MÉDICO Y SU RESPONSABILIDAD. Ed. TEMIS, Bogotá, Colombia 1993. Pag. 9.



relación laboral del médico con las EPS de la cual pueden derivarse las situaciones de atención en protección de los intereses de su patrono, en detrimento del bienestar del paciente.

Si el ser humano es el centro de la actividad médica, el receptor del acto médico, ¿cómo calificar aquellos casos que van en contravía con la ética médica?

Tenemos un sistema ineficiente, pues la prestación del servicio de salud muchas veces está supeditada a la orden judicial<sup>58</sup>, y ella puede llegar inclusive tarde<sup>59</sup>, o a un proceso burocrático largo y contrario a la urgencia del tratamiento o medicamento; ó, simplemente a la pasividad de las instituciones de salud que no parecen dar prioridad al usuario.

De manera acertada, el autor Vélez Correa<sup>60</sup> habla de conflictos en la relación médico paciente, y entre ellos denota al que llama de *tercera clase*, que se presenta “*cuando en la relación intervienen terceros. Es el caso del médico que atiende la consulta en una fábrica y los patronos le exigen acciones contra los derechos de los pacientes; o en caso contrario, los obreros acciones en perjuicio de la empresa. Estos conflictos también se presentan cuando el médico trabaja en una institución de salud y esta pone normas de manejo que pueden ir en detrimento de la salud del paciente como omitir medicamentos por sus altos costos.*”

---

<sup>58</sup> La defensoría del pueblo, en su estudio *La tutela y el Derecho a la salud* informa al respecto: “*Las constantes vulneraciones a los usuarios en los servicios de salud han traído como consecuencia que estos acudan a la tutela como su principal medio de defensa. Por ello, más de la tercera parte de las tutelas que se interponen en el país son para solicitar servicios de salud. Desde el año 2000 se observa un incremento constante en dichas solicitudes, y es el año 2008 el que presenta una mayor concentración en estas, con un 41.5%.*”

<sup>59</sup> La sentencia T-001 de 2000 muestra esta situación de la siguiente manera: “No obstante que el señor [...] falleció encontrándose en trámite la acción de tutela y antes de proferirse el fallo respectivo, esta Corporación procederá a resolver de fondo sobre la violación de derechos que daría lugar al amparo impetrado”.

<sup>60</sup> **Vélez Correa, Luis Alfonzo. Ética Médica. O. Cit. Pag. 127**

Mostraremos en este trabajo que la configuración del sistema deja espacio a este tipo de conflictos y que el paciente es el principal perdedor en el escenario.

El acto médico entonces puede no estar siendo ejercido de acuerdo a los principios que lo informan y ello entre otras cosas sucede igualmente porque *“...el médico es producto de la sociedad en que se desenvuelve, y está determinado por el sistema. Sus actitudes, usos, comportamientos, lo reflejan. Una sociedad mercantilista, de negocios, lucro y cuyos valores son el dinero y el mercadeo, produce los médicos de la sociedad de hoy.”*<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Aguirre, Gifford. EL MÉDICO Y SU RESPONSABILIDAD. O. Cit. Pag.12

### 3. EL MÉDICO TRATANTE

El mensaje que pretendemos transmitir en el presente trabajo va dirigido a una parte del sistema de salud, una parte con carácter humano, que está inundado de institucionalidad y que por tal motivo, tiene en sus manos decisiones muchas veces de vida o muerte. Puede sonar esto exagerado, pero así es, y todo lo que hasta ahora hemos expuesto va dirigido a acomodarnos en una posición idónea para adentrarnos en el comportamiento del médico tratante en el proceso de acceso a la salud.

Por ello pretendemos definir y exponer sus circunstancias dentro del sistema, mostrar a través de este capítulo el precedente constitucional, que nos otorga una lupa inquisidora sobre la realidad del acceso a la salud de una gran parte de la población.

Pero valga aclarar que no solo la jurisprudencia nos otorgará tal visión, pues como bien sabemos, la salud es una actividad de interés social y toca nuestras más profundas sensibilidades, y ello solo se da por el preocupante panorama que podemos tener ante nosotros. Es esta importancia la que le da un carácter público al tema y es por ello que todos, juristas o no, tienen una palabra de opinión, una experiencia, un mal recuerdo (o todo lo contrario) sobre la prestación del servicio de salud en nuestro país.

Por ello, encontramos distintos medios para adentrarnos en el tema, sabemos que existen observatorios, grupos de investigación, importantes medios de comunicación entre otros, que hacen un riguroso seguimiento a la forma en que se concibe actualmente la salud en Colombia.

Tales consideraciones motivan este trabajo en torno al sujeto **médico tratante** dentro del conjunto de intervinientes en el proceso de acceso a la salud.

Debido a que, y como sucede en el campo de la estadística, tomar una muestra de una población determinada, permite dar un diagnóstico global de lo que sucede con dicha población, si analizamos al médico a la luz de la forma de concepción del sistema y del acto médico, podremos tener tan solo luces sobre un diagnóstico que explique por qué se dan violaciones al derecho fundamental de la salud, por qué encontramos casos donde el triste final ha sido la muerte del paciente, o como mínimo, el tortuoso camino hacia su tratamiento o la medicina que requiere para tener una vida digna.

Comencemos entonces por definir al médico tratante y ubicarlo dentro del objetivo central del trabajo, para dibujar el mapa que desarrollará nuestra hipótesis crítica al diseño de nuestro sistema de salud.

### **3.1. DEFINICIÓN.**

Es necesario precisar que el concepto de médico tratante fue creado por la jurisprudencia, debido a la necesidad de diferenciar entre el médico adscrito a una EPS o a una IPS y aquel que presta de manera independiente el servicio de salud.

Dicha diferenciación se hizo necesaria debido a que por ser las EPS e IPS las obligadas a prestar los servicios de salud, son sus médicos los legitimados para ordenar los tratamientos o medicamentos incluidos en el POS, regla que como veremos, ha venido siendo flexibilizada.

Así pues, de manera simple, podemos remitirnos a la definición más comúnmente encontrada en la jurisprudencia<sup>62</sup>, que se refiere al médico tratante como una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende

---

<sup>62</sup> Véase como primera referencia a este sujeto la sentencia SU-480 de 1997 M.P: Alejandro Martínez Caballero.

directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad).

Gañán Ruiz, en su tesis doctoral *“Los Muertos de Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud una razón de su ineficacia, caso del plan obligatorio de salud del régimen contributivo”* de manera acertada recoge la definición de médico tratante que puede derivarse del desarrollo jurisprudencial de la siguiente manera: *“Entiéndase por médico tratante el profesional de la salud que es funcionario directo o indirecto de la EPS o lo es de la IPS perteneciente a la EPS en cuestión –integración vertical– o se encuentra adscrito a una IPS o entidad con la cual la EPS tenga contrato de servicios, y sea la persona que haya prescrito el respectivo medicamento, intervención, procedimiento, evaluación o cualquier otro servicio de salud al afiliado o beneficiario de la EPS respectiva. Es decir que tenga facultad para actuar en nombre de dicha EPS.”*

La misma existencia del concepto de médico tratante tiene implícita una pregunta posterior, ¿Por qué diferenciarlo de cualquier otro médico? y junto a esta pregunta, aparece una afirmación ya realizada: existen dos clases de médicos, el médico tratante y el médico que presta servicios de manera particular.

Pues bien, esta pregunta y afirmación pueden parecer un poco lógicas, al punto de pensar que remarcarlo es innecesario, pero son en nuestra opinión muy importantes, pues de ello se han generado sentencias de tutela con diversa respuesta, dependiendo de la calidad de médico tratante o no que ostente el galeno.

Es por lo tanto importante en nuestra opinión exponer el desarrollo jurisprudencial que se la ha dado al médico tratante en los últimos años, pues ello otorga una

concepción importante sobre el por qué de la existencia de dicha figura, y cuáles han sido los casos paradigmáticos que han dado una dirección en su configuración, mostrando como la Corte Constitucional ha moldeado este concepto para proteger la vida y la salud de los usuarios del sistema. Además nos permite conocer un poco el comportamiento de las EPS frente a los usuarios y así argumentar la hipótesis planteada en este trabajo, respecto a la importancia del médico tratante a la luz de la teoría del acto médico y los problemas de autonomía que su relación laboral con las EPS plantea.

### **3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

El precedente constitucional ha venido con los años creando un concepto uniforme del médico tratante, por ello, con la intención de no reiterar de manera innecesaria, nos referiremos a las sentencias que han aportado por partes una construcción del concepto sin remitirnos a las consideraciones sobre cada uno de los puntos de ellas.

Igualmente se hace necesario resaltar, que en todos estos casos se parte de los mismos supuestos: hay una reclamación de una medicina o tratamiento por parte del accionante a la EPS, la lo que es negado por no encontrarse en el POS o por procedimientos burocráticos, razón por la cual el usuario acude al mecanismo constitucional de tutela. Si se presenta alguna circunstancia especial en alguna de las providencia, así será precisado oportunamente.

#### **3.2.1. Sentencia SU 480 de 1997.**

Durante los primeros años de desarrollo jurisprudencial del tema, esta sentencia es en nuestra opinión, el primer pilar de referencia sobre el concepto del médico tratante.

Ella se surte debido a la negativa a dar unos medicamentos a un paciente enfermo de SIDA por parte de una EPS, por no aparecer ellos en el manual autorizado por el Ministerio de Salud. Dichos medicamentos fueron ordenados por el **médico tratante** del usuario.

➤ **Defensa EPS.**

Las EPS se defienden a las pretensiones del Accionante afirmando que ellas no estarían obligadas a entregar medicamentos que no figuran en la lista debido a dos razones: a) el médico no da razones científicas cuando formula el medicamento y b) se apoyan en el argumento de sostenibilidad del sistema, es decir, son pocos los recursos para que las EPS presten todos los servicios de salud (se habla de evasión, bajo crecimiento de salarios y desequilibrio entre costos por inflación y la UPC).

En esta sentencia la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina integral ACEMI hace una intervención interesante, que en nuestra opinión da una visión general de los problemas que afectan el sistema:

*“Debemos lograr que todos asuman su verdadera responsabilidad: los usuarios, para que cancelen las prestaciones y medicamentos no incluidos en el POS, siempre que tengan capacidad de pago para ello, igualmente para que no evada; los médicos para que en forma racional receten dentro del POS y solo por razones científicas comprobadas lo hagan por fuera del POS y en tal caso realicen la gestión ética ante el Consejo Nacional de Seguridad, para que si es del caso se modifique bien el listado de medicamentos o bien el listado de procedimientos y se busque la financiación; las EPS para que en definitiva, aunque un medicamento o procedimiento no esté dentro del POS lo suministren si está de por medio la vida del paciente con el consecuente derecho al reembolso; de las EPS públicas, como el ISS, para que compensen; de las IPS públicas para que acaten la disposición del Gobierno en materia de tarifas; el Estado para que si el usuario no tiene capacidad de pago y está en mora o está al día pero el medicamento o el procedimiento no está contemplado en los decretos respectivos que limitan el Plan, efectúe el reembolso en respeto a unas claras reglas de juego a sabiendas de que legalmente el Fondo de Solidaridad tiene capacidad legal con autorización del Consejo para hacer estos pagos.”*

Por su parte, el ministerio de salud y de hacienda se suman al argumento de sostenibilidad financiera. El primero de ellos señala lo siguiente:

*“... los recursos destinados a la seguridad social como en general, los recursos destinados a financiar la salud como servicio público a cargo del Estado son limitados. El destinar una buena parte de ellos a sufragar los gastos de una sola persona conlleva a la violación de los artículos 11, 13 y 49 de la Constitución Política, porque va en detrimento de la colectividad. Los recursos se verían rápidamente agotados en la cobertura de un mínimo de afiliados, con lo cual no se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

El Ministerio de Hacienda a su turno plantea:

*“(Respecto al POS) existen limitantes de tipo legal y financiero, que hicieron necesario la selección de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que conjugan elementos de mayor eficacia y menor costo para el conjunto de la población. De esta manera se garantiza, con unos recursos limitados, el acceso de la totalidad de la población afiliada, a los servicios de salud.*

*Los recursos del sistema no son ilimitados y debe garantizarse el principio de equidad, que permite a todas las personas acceder a los mismos servicios, independientes de su capacidad de pago.”*

➤ **El análisis de la Corte Constitucional.**

La Alta Corporación en su análisis parte de las siguientes premisas:

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se deben suministrar los medicamentos esenciales con presentación genérica, a menos que solo existan los de marca registrada.



Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en el listado, lo que le lleva a inaplicar el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994<sup>63</sup>.

Las EPS deben proporcionar el medicamento prescrito, siempre y cuando las determinaciones provengan del **médico tratante**, es decir, el médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente.

Ahora bien, la Corte fundamenta la existencia del médico tratante con los siguientes argumentos:

*“... la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado.”*

Vale la pena precisar que para el momento de esta sentencia, el derecho a la salud no era considerado por la Corte Constitucional como fundamental *per se*, pues en ese momento se le otorgaba tal carácter en razón de su conexidad con el derecho fundamental a la vida, y así lo observamos en las palabras de la corte:

---

<sup>63</sup> Para el momento de la sentencia el artículo 15 del decreto 1938 de 1994 contenía las exclusiones y limitaciones al P.O.S. y dentro de ellas, en el literal aparece: “Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica”.

*“Según la jurisprudencia, el derecho a la salud es tutelable en su condición de derecho derivado de la vida<sup>64</sup>. No es un Derecho fundamental autónomo. Frente a ese derecho, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de ‘organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad’ (art. 49 C.P.) Estos tres principios también están reseñados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la SEGURIDAD SOCIAL como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia”<sup>65</sup>.*

Se habla entonces ya del médico tratante y el carácter vinculante de sus órdenes para la EPS, pero no se exponen requisitos concretos para el acceso a prestaciones no POS.

### **3.2.2. Sentencia T 666 de 1997: Traba administrativa al acceso.**

En este caso se niega el medicamento con dos argumentos: Porque el médico tratante había examinado al paciente sin utilizar el conducto regular en tanto no se había ingresado por el médico general para que remitiera al servicio especializado, y por estar excluido el medicamento del POS.

Expresa la Corte Constitucional que cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale.

Esta sentencia constituye un primer ejemplo que queremos resaltar en relación con las trabas burocráticas del sistema contra el usuario, pues sin tener consideración con la vida o salud del afiliado, las EPS argumentan la no prestación de un servicio relacionado directamente con la vida del paciente, porque no fue examinado previamente por un médico general.

Ante tal situación se señala en la providencia que el derecho fundamental a la vida no puede ser obstaculizado por procedimientos burocráticos, pues la exigencia del médico general no puede invocarse para detener el tratamiento de una

---

<sup>64</sup> Ver sentencia N° T-271/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>65</sup> Los tres principios son más bien características del sistema.

enfermedad grave, pues es inhumano y poco lógico que el paciente sea obligado a devolverse un paso en la cadena, cuando ya es claro que debía ser tratado por un especialista.

Frente a los medicamentos por fuera del POS se afirma en la sentencia lo siguiente<sup>66</sup>:

*"la Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, 'una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance'"<sup>67</sup>.*

### **3.2.3 Sentencia T 378 de 2000.**

En esta sentencia encontramos el caso de un usuario que se ve afectado por la falta de cotización de su empleador, razón por la cual la EPS deja de prestar los servicios de salud requeridos.

De cara a esta situación, la Alta Corporación se pronuncia respecto a lo que sucede cuando el empleador no realiza las cotizaciones al sistema de salud. No es el tema principal de este trabajo y por ello simplemente es necesario afirmar que fundada en el principio de continuidad de los servicios públicos y el derecho

---

<sup>66</sup> En este caso la salud es derecho fundamental en conexidad con la vida.

<sup>67</sup> Este argumento lo toman de la sentencia Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

irrenunciable a la seguridad social, se afirma que *“la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro”*. Consecuente con ello se ordenó a la entidad asumir la prestación de los servicios de salud requeridos.

Pero respecto al punto que nos concierne, se expresa claramente lo siguiente:

*“la atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el **médico tratante**, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”*

#### **3.2.4 Sentencia T 749 del 2000.**

Resulta interesante esta sentencia por ser un ejemplo de la importancia de la definición de médico tratante en la prestación del tratamiento requerido por el usuario del sistema.

Se trata de un caso donde la usuaria, por haberse sometido a una cirugía de senos de carácter estético, comenzó a presentar graves problemas de salud en la región mamaria que requirieron una intervención quirúrgica.

Con posterioridad a la realización de la mencionada cirugía, acudió a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Armadas para que se le tratara el dolor mamario que estaba padeciendo y se le practicara una segunda cirugía reconstructiva de la región mamaria para así poder estabilizar su estado emocional que se había visto gravemente perjudicado con la pérdida de sus senos y la reconstrucción parcial de los mismos.

La entidad accionada, no accedió al cubrimiento total de la cirugía por considerarla estética.

La corte entonces considera que “para que prospere la acción de tutela contra alguna EPS, (...) el tratamiento debe estar determinado por el **médico tratante**. En consecuencia, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada. Si el accionante decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la EPS, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento. Esta Corporación ha entendido por médico tratante<sup>68</sup> **el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente**. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la realización de tratamiento determinado por el médico particular.”

En este caso se niega igualmente la tutela debido a que no se demuestra que una cirugía que en principio está catalogada como de carácter estético compromete el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas<sup>69</sup>.

### **3.2.5. Sentencia T 256 de 2002.**

En esta sentencia se reitera la ya aludida definición de médico tratante como persona que i) tiene conocimientos médicos de la especialidad correspondiente, ii) dispone de información específica del caso del paciente que requiere el medicamento y iii) está formalmente vinculada a la E.P.S.

Sin embargo, el requisito del médico tratante no se entiende cumplido, pues el usuario acudía al médico en su consultorio privado. La EPS ofreció autorizar al tutelante el medicamento en su presentación esencial- genérica, el que sí se

---

<sup>68</sup> Ver sentencia T-378/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>69</sup> La corte constitucional ha tutelado en varias ocasiones el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de mujeres que han necesitado mamoplastia reductora, operación que en principio es considerada de carácter estético, cuando el gran tamaño de sus senos causaba fuertes dolores de espalda (Ver sentencia T-461/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). También ha tutelado el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de una menor a quien no le crecía uno de sus senos para que se le colocara la prótesis así el síndrome de poland del cual padecía no comprometiera aspectos funcionales por encontrarse que la carencia de tal miembro implicaba un grave perjuicio psicológico y el concepto de salud también engloba tal aspecto (T-566/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Finalmente ha tutelado el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de una mujer que sufría graves depresiones a causa de la supresión de sus senos como consecuencia del cáncer que padecía. En tal tutela se ordenó a la EPS la realización del implante (Ver sentencia T-572/99 M.P. Fabio Morón Díaz)

encuentra previsto por el Plan Obligatorio de Salud, lo que resulta acertado para la Corte quien ordena su entrega al no haberse acreditado con argumento alguno su falta de efectividad.

### **3.2.6. Sentencia T 344 de 2002.**

Se reitera igualmente la postura conocida sobre el médico tratante, pero resulta interesante para resaltar lo referente al Comité Técnico Científico, el que en ciertos casos ha ido en contravía a lo prescrito por el médico tratante y en palabras de la Corte *“la regulación adolece de un vacío legislativo por cuanto no prevé un procedimiento para solucionar las controversias suscitadas entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico.”*

Ya en términos más contundentes se expresa en la providencia que cuando las EPS se niegan a prestar un servicio que requiere una persona para detener o al menos mitigar los dolores y sufrimientos que le produce una enfermedad, está sometiendo a la persona a **tratos crueles e inhumanos** vulnerando los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

En ese sentido, se señala que el Comité Técnico Científico no es la autoridad médica competente para dictaminar si la vida del paciente está o no en riesgo, pues su función se limita a constatar que tal diagnóstico **fue proferido por el médico tratante**, el cual debe ser un reflejo del estado de salud que se prueba por medio de la historia clínica. Se concluye entonces que el concepto del médico tratante *prevalece* sobre el de funcionarios de la E.P.S., siendo la opinión del profesional de la salud la que debe ser tomada en cuenta prioritariamente por el juez.

Se aclaran entonces las funciones del CTC, afirmando que *el artículo “1° de la Resolución 5061 de 1997 señala que éste estará conformado por tres personas. Un representante de la E.P.S., un representante de la I.P.S. y un representante de los usuarios. La norma, en el segundo párrafo, tan sólo exige que uno de sus miembros sea médico.*

*(...)En conclusión, teniendo en cuenta su composición y sus funciones, es posible concluir que el Comité Técnico Científico es un **órgano de carácter administrativo**, que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S.”*

La Corte privilegia el concepto del médico tratante además de lo aludido en el párrafo anterior, porque él es: (1) el especialista en la materia que (2) mejor conoce el caso. Es decir, se considera que es la persona más competente para determinar si el paciente realmente necesita el medicamento en cuestión y la urgencia del mismo.

De todas maneras, no se hace incondicional tal prevalencia pues es posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante, pero para ello no puede basarse en un criterio de orden administrativo o presupuestal, sino en conceptos científicos debidamente fundamentados<sup>70</sup>, pues de lo contrario prevalece el concepto del médico tratante, lo que generó que se ordenase a la EPS entregar la droga prescrita por el médico tratante.

### **3.2.7. Sentencia T 237 de 2003: Excepción al requisito del Médico Tratante – Principio de Confianza Legítima.**

El actor inició un tratamiento médico a cargo de la entidad accionada, en el cual se le suministraron varios medicamentos incluidos en el plan obligatorio de salud, sin que resultaran eficaces.

Verificada la insuficiencia de los fármacos incluidos en el POS, un especialista le prescribió al accionante el medicamento que consideró necesario para el tratamiento de su enfermedad, el cual se encuentra por fuera del plan obligatorio, por lo que solicitó ante el Comité Técnico Científico de la entidad accionada la autorización para su suministro.

Dicho comité, negó la autorización con base en la falta de justificación técnico científica.

---

<sup>70</sup> Es esta situación la que conllevó a que años después mediante la ley 1438 de 2011 se modificara la composición de los integrantes del CTC

El accionante argumentó ninguno de los miembros del Comité Técnico Científico es especialista en reumatología, condición que sí ostenta el médico tratante que prescribió el medicamento, destacando que lo formulado tiene una alta probabilidad de éxito para el control de la enfermedad.

La EPS afirmó que el tratamiento no estaba incluido en el POS y que no se verificó riesgo inminente para la vida y la salud del paciente.

Es en esta sentencia que vislumbramos una construcción jurisprudencial concreta de los requisitos para la obtención de un medicamento no POS por parte del usuario y por lo tanto la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente por parte del juez de tutela, pues se precisa lo siguiente:

- a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
- c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
- d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido **ordenado por el médico tratante** del afiliado o beneficiario, profesional que



debe estar adscrito laboralmente a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

Ahora bien, argumentó además la EPS, que el médico que profirió la prescripción del tratamiento no tenía relación con la entidad porque el accionante recurrió a un médico sin relación contractual alguna con la institución. Ante esta circunstancia, la Corte precisó que *“la condición de médico tratante lleva implícito el vínculo entre el profesional de la salud y la entidad prestadora de salud”*, determinando así que el requisito de vinculación del médico tratante con la E.P.S. para la inaplicación de las normas del plan obligatorio es un componente estricto de la regla planteada en la jurisprudencia sobre el tema.

En esta providencia se define entonces una vez más al médico tratante como el *“vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente”* concluyendo que de no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la realización de tratamiento determinado por el médico particular.

Sin embargo, y es aquí donde la sentencia expuesta agrega un matiz al concepto, tal requisito puede ser levantado cuando la EPS *“realice voluntariamente actos que generen en los usuarios la convicción objetiva de que aquél es asumido como su médico tratante pues entonces surge en el usuario el convencimiento objetivo de la titularidad de un derecho y de la continuidad en su reconocimiento y por ello, en aplicación del principio de confianza legítima, el juez de tutela, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos para la inaplicación de las normas del plan obligatorio, puede tener a dicho galeno como médico tratante.”*

Fue esta la circunstancia que conllevó a que en el caso concreto se tutelara el derecho a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y, por conexidad, a la salud del accionante.

### **3.2.8. Sentencia T 053 de 2004: Necesidad.**

El principal aporte de esta sentencia se basa en la especificación que se hace del requisito de **necesidad del tratamiento o medicamento del usuario**, remitiéndose a la sentencia T-597/01. Se señala que esta **necesidad** se presenta cuando: i) hay urgencia en la prestación del servicio, y ii) una imposibilidad de costear los gastos económicos del mismo.

Añade la providencia, para fundamentar la exigencia del acto médico realizado por el médico tratante, que como el juez carece de conocimientos científicos para determinar si hay **necesidad** del medicamento o procedimiento, se requiere **la orden del médico tratante** por ser quien ostenta el conocimiento científico médico y quien tiene contacto con el paciente en nombre de la EPS.

### **3.2.9. Sentencia T 001 de 2005: Niega por no haber Orden del Médico Tratante.**

Se trata de un caso en el que el accionante solicitó un examen denominado Resonancia Magnética Craneal. La Corte apoyándose en su precedente encuentra que el examen no fue ordenado por un médico tratante adscrito a la EPS y por ello denegó la protección, ordenando que se le realice el examen equivalente que si se encuentra dentro del POS.

### **3.2.10. Sentencia T 339 de 2005.**

Esta sentencia reitera los ya mencionados requisitos para que el juez de tutela emita orden de prestación de un servicio excluido en el plan de beneficios y le da prioridad a la prescripción del médico tratante sobre la opinión del CTC, por considerar este último un órgano de carácter administrativo y no científico.

Además, reiteró que *la exclusión de un medicamento o de un procedimiento del POS no puede ser pretexto para que se afecten los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de seguridad social en salud.*

Se tuteló el derecho ordenando a la EPS entregar el medicamento excluido en el POS y autorizando el respectivo recobro al FOSYGA.

### **3.2.11 Sentencia T 504 de 2006: Excepción al requisito de Médico Tratante por circunstancias particulares.**

En este caso un Ortodoncista ordena la prestación de una intervención quirúrgica para una menor. La EPS apoyándose en la sentencia SU 480 de 1997 señala que no se encuentra legalmente obligada a la asunción del costo económico de los procedimientos médico – odontológicos en vista a que este tratamiento i) no se encuentra incluido en el POS por ser un procedimiento de carácter estético y ii) no fue ordenado por el odontólogo tratante.

En cuanto al primer problema planteado, la corte expresa que *“si la falta de suministro del tratamiento de ortodoncia compromete la salud, la integridad personal o la vida en condiciones dignas del paciente, y responden a la necesidad de dar solución a los problemas funcionales que padezca el paciente y la protección del derecho a la vida en condiciones dignas”*, puede eventualmente proceder la tutela, como sucede en este caso.

Manifestó la entidad demandada que no puede ser obligada a cubrir el costo de un tratamiento médico que no fue prescrito por uno de los profesionales de la salud, adscritos a su red de servicios, ya que las valoraciones y prescripciones emitidas por médicos privados, en consulta particular, solo pueden producir efectos vinculantes ante ellos mismos, más no frente a terceros ajenos a la relación médico – paciente.

Sin embargo, la corte propone en el caso en concreto una excepción a la regla jurisprudencial en comento de la siguiente manera:

*“Esta tesis, en abstracto, es correcta, pero no necesariamente lo sigue siendo al momento de ser aplicada frente a cada caso, en concreto. Así, en el asunto sub judice, si bien resulta evidente que la orden médica que contiene el tratamiento solicitado fue obtenida de un odontólogo que no tiene nexo alguno con (...) E.P.S., lo cual en principio la exoneraría de cualquier responsabilidad*

*en relación con su cobertura, lo cierto es que existen circunstancias especiales que matizan tal premisa.*

*” (...) el primero, consiste en que la entidad demandada no ofrece a sus afiliados, posibilidades de atención en servicios especializados de ortodoncia, por cuanto (...) no tiene contrato de prestación de servicios con médicos ortodoncistas; el segundo, se refiere a la afirmación del odontólogo tratante de la peticionaria, (...) donde se lee que fue él mismo quien le recomendó consultar a un ortodoncista particular para la corrección de su mala oclusión dental, justamente atendiendo a la necesidad de brindarle la atención especializada que su E.P.S. no le podía ofrecer; y el tercero, relacionado con la valoración que, por remisión del Juez de la causa, le fue realizada a la accionante por parte de un ortodoncista privado(...), cuyo nombre fue sugerido para tales efectos por el odontólogo Forense Rafael Chacón Oliveros, mediante informe técnico médico Legal (...), debido a que la regional Sur – Seccional Huila, no cuenta con los servicios especializados de ortodoncistas.*

*De esta manera, exigirle que la orden en la que se incluyen los servicios médicos que reclama sea expedida por un médico especialista tratante que no existe, es anular de plano su derecho, colocándola en estado de total indefensión.”*

La corte entonces acoge el concepto del galeno no vinculado a la EPS por las razones expuestas, y considera agotado el requisito pues, *“Este suople, dentro del núcleo fáctico descrito, la prescripción del médico tratante que exige la jurisprudencia citada, para que el juez Constitucional ordene el cubrimiento de servicios médicos no incluidos en el POS.”*

Como en otras sentencias, la corte constitucional hace consideraciones que parecen recordatorios a las EPS de la función social que ostentan, reafirmando los principios del estado social de derecho y de dignidad humana:

*“La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en **medio para lograr finalidades estatales o privadas**, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.”*

Por ello ordena a la EPS a realizar el tratamiento.

### **3.2.12 Sentencia T 004 de 2008: Excepción al requisito del Médico Tratante – Principio de Confianza Legítima.**

Se pretende tutelar el derecho a la salud en conexidad con la vida digna por la negativa de la E.P.S de practicar al usuario una cirugía ortognática (esta cirugía permite reposicionar los maxilares de una persona, en su adecuada posición anatómica).

El procedimiento es denegado por la EPS, bajo el argumento de que en el caso de la actora, la cirugía no puede ser autorizada porque no tiene objetivos funcionales sino estéticos:

*“...en el POS están contenidos exclusivamente los procedimientos de cirugía maxilofacial que tengan fines reconstructivos funcionales, es decir, los orientados a corregir alteraciones anatómicas que causen el mal funcionamiento de un órgano o sistema. En el caso de la afiliada, (...) su afección no compromete la función masticatoria de la paciente, por lo que la cirugía ortognática propuesta no tiene fines reconstructivos funcionales sino*

*que se trata de un procedimiento de rehabilitación oral para reemplazo de dientes que no obedece a una patología específica.”*

Respecto al argumento de defensa de ser un procedimiento estético excluido del POS, se reitera la posición jurisprudencial de la sentencia T 504 de 2006 que ya hemos expuesto en este capítulo a la cual remitimos para verificar dicha postura.

Adicionalmente, aduce que el tratamiento de ortodoncia no fue dado ni tratado por un médico tratante, adscrito a la EPS, sino por un médico particular de la paciente.

Se reitera la corte en el concepto del médico tratante que a través de los años se venía manejando en la jurisprudencia (profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como especialista al paciente), sin embargo, va mas allá pues para el caso concreto hay circunstancias especiales.

En este caso el tratamiento es propuesto por un cirujano particular, no adscrito a la EPS del paciente. Sin embargo, y para el caso concreto, citando la sentencia T-273 de 2003 - que hemos ya tratado – se centra en el principio de confianza legítima. Lo fundamenta de la siguiente manera:

*“(…) se debe preguntar la Sala si puede considerarse cumplida la regla jurisprudencial descrita en materia de existencia de prescripción por el médico tratante, cuando el tratamiento propuesto por un cirujano particular es evaluado voluntariamente por una Junta Médica de una EPS y es denegado por ser ajeno al POS.*

*Sobre este tema, de manera excepcional, frente a la exigencia del médico tratante, la Corte ha admitido la procedencia del amparo tutelar **aun cuando el médico que prescribe el tratamiento o medicamento no se encuentra adscrito a la EPS o la entidad de Medicina Prepagada mencionada**, por razones de confianza legítima de los pacientes, de continuidad del servicio*

*médico o de protección de derechos fundamentales en el caso de menores de edad.”*

Bajo este principio aduce la corte que en casos anteriores<sup>71</sup> el paciente, luego de haber hecho uso en varias ocasiones de prescripciones de médicos adscritos a la EPS sin resultados positivos en el tratamiento de su enfermedad, se vio obligado a acudir a un médico particular (caso más común de lo que debería ser) quien le formula un medicamento científicamente más efectivo contra su dolencia, pero excluido del POS.

En estos casos se constató que las EPS negaban de manera automática los tratamientos sobre la base de una ausencia de relación laboral entre ella y el galeno que profirió el acto médico. Esto hecho sin que se realizaran los trámites necesarios para determinar la idoneidad científica del tratamiento propuesto por el médico independiente, es decir, se deja en un segundo plano el bienestar del paciente para darle paso a un trato burocrático y deshumanizado a la prestación del servicio, refiriéndose únicamente a la inexistencia de nexo contractual.

La confianza legítima, afirma la providencia en comentario, permite excepcionar el principio en tanto: *“...la entidad voluntariamente legitimó las prescripciones realizadas por un profesional de la salud no vinculado a ella e hizo suponer que eventualmente el suministro de medicamentos o la realización de los procedimientos podía ser realizado por la EPS como su médico tratante.”*

Es decir, cuando una EPS acepta para análisis la prescripción de un médico particular para determinar si cubre o no el servicio, está generando en el paciente, usuario de un servicio público, *la convicción objetiva de que aquél es asumido como su médico tratante*. Tal confianza levantaría el requisito del médico tratante y permite al juez de tutela entonces entender que el acto médico del profesional no vinculado a la EPS es válido para ordenar tratamientos no incluidos en el POS.

---

<sup>71</sup> Sentencia T 273 de 2003 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De todas maneras precisa la corte que en cada caso en concreto se requiere que la EPS realice conductas que generen en los usuarios la convicción objetiva de que el médico particular, al revisar la orden del tratamiento o medicamento, es asumido como su médico tratante. Por lo tanto, en aquellos casos donde no media relación contractual y la entidad prestadora del servicio no genere la convicción objetiva que genere una confianza legítima en el usuario, debe aplicarse la regla general para hacer caso omiso a las limitaciones del POS, es decir, debe ser una orden remitida por médico con relación laboral frente a la EPS.

Por lo tanto, ordena la corte, a la EPS realizar la intervención quirúrgica, tutelando el derecho a la salud en conexidad con la vida digna.

### **3.2.13. Sentencia T 760 de 2008.**

Esta sentencia comprende en su totalidad, los problemas comunes respecto a la prestación del servicio de salud en Colombia, en ella se unifica la postura de la corte respecto a toda la jurisprudencia hasta ese año producida en temas de seguridad social. Por ello, nos centraremos lógicamente en el tema del médico tratante.

Vale igualmente afirmar, que en esta sentencia la corte constitucional de manera categórica determina que *“el derecho a **la salud es un derecho fundamental**, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional.”*<sup>72</sup>

Abandona entonces la tesis que postula que la salud es tutelable en tanto se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental, que para el caso de la salud era el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

Entonces, de acuerdo a lo estudiado en esta sentencia, estas son las afirmaciones de interés para el estudio que nos ocupa:

---

<sup>72</sup> Vale aclarar, que para el momento, sentencias como la T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) ya habían tutelado la salud como derecho fundamental autónomo.



- Una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que *requiera*, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de salud.
  
- El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.
  
- Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que *requiera con necesidad*, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene la capacidad económica para costearlo por sí mismo.
  
- La persona competente para decidir en el Sistema de Salud cuándo *requiere* alguien un servicio de salud es el **médico tratante**, por estar adscrito a la entidad correspondiente, está capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. Sin embargo cuando (i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional

reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.

- El principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.
- La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.
- Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios (Principio de Confianza Legítima).

- La jurisprudencia constitucional ha tutelado el derecho a la salud cuando el servicio se '*requiere*', por ser ordenado por el médico tratante, pero no así cuando el servicio es '*útil*' y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable<sup>73</sup>. En tal evento, por ejemplo, ha fijado un límite al derecho.
- Cuando lo prescrito por el médico tratante es negado con base en razones administrativas, el juez de tutela debe darle prevalencia al médico tratante. Otra sería la situación si el Comité aportara razones científicas enderezadas, no a obstaculizar el servicio de salud idóneo para determinado usuario, sino a lograr la adecuada protección del derecho a la salud a partir de criterios médico-científicos.
- En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud.
- El médico tratante debe prescribir el medicamento bajo la denominación común internacional (genérico), salvo que a) ya hubiese comprobado que para el usuario es mejor, desde el punto de vista médico, el medicamento de marca; b) si el médico tratante prescribe un medicamento de marca, debe justificar ante el Comité Técnico Científico su necesidad médica; c) el Comité Técnico Científico debe analizar desde la perspectiva médica la solicitud y, en caso de autorizar el medicamento de marca, acompañar la solicitud de reembolso con la correspondiente justificación. Adicionalmente,

---

<sup>73</sup> Sentencia T-277 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se resolvió no tutelar el derecho de una mujer a acceder al servicio de salud solicitado (implante coclear) por cuanto el mismo no había sido 'ordenado' sino 'sugerido' por el médico tratante.

d) de existir dicha justificación no se podrá glosar la solicitud alegando “principio activo en POS”<sup>74</sup> y e) el monto a rembolsar deberá corresponder a lo que la EPS no está legal y reglamentariamente obligada a asumir.

- Una entidad encargada de garantizar el derecho a la salud sólo puede desconocer el concepto de un médico reconocido que no está adscrito a su red de prestadores, cuando su posición se funda en razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión.

Igualmente, se reitera la importante sanción impuesta por la sentencia C 463 en 2008, donde se interpretó el artículo 14, literal J de la ley 1122 de 2007 de una manera extensiva no solo a los casos de enfermedades de alto costo como dice expresamente el artículo, sino también a medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes, advirtiendo que “*si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y **se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela**, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*”, lo que busca desestimular el trato dilatorio y negligente que realizan las EPS a los usuarios, que como hemos visto, se convirtió en la regla a la hora de acceder al sistema, pues en tal caso le implicaría asumir parte del costo del servicio no cubierto por la UPC.

Aunque no es directamente parte del estudio que hemos planteado para este trabajo, si es pertinente aclarar, que en esta sentencia la corte resalta el problema de inexistencia de procedimiento legal para que las EPS otorguen tratamientos por

---

<sup>74</sup> El Principio activo es la sustancia medicinal propiamente dicha que compone esencialmente un medicamento y que se describe con la denominación común internacional recomendada por la Organización Mundial de la Salud como nombre o denominación común usual o científica del medicamento. Ejemplo. La Aspirina es el nombre comercial y el principio activo es el ácido acetilsalicílico. Para más información remitimos a <http://www.pos.gov.co>

fuera del POS (lo cual no sucedía con los medicamentos, que si cuentan con dicho procedimiento), razón por la cual, la única forma que ellas tenían para realizar el recobro al Fosyga para recuperar el costo de tratamientos no POS era mediante sentencia de tutela, lo cual claramente aumenta también el número de estas acciones para obtenerlos. Remitimos a la sentencia para ampliar el tema<sup>75</sup>.

### **3.2.14 Sentencia T 864 de 2010: Aplicación de los requisitos para excepcionar el contenido del POS es indistinta para afiliados al régimen Contributivo ó Subsidiado.**

Este es un caso donde la EPS-S niega autorización de exámenes y tratamientos prescritos por el médico tratante, por no estar incluidos en el POS-S.

Se defiende la respectiva EPS afirmando que el tratamiento está excluido del POS-S.

Afirma la corte que el derecho fundamental a la salud “...rebasas las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento...”, si se cumplen los requisitos que se han aplicado a través de los años, a saber qué: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el

---

<sup>75</sup>Sobre este punto se afirma: “Es claro que en la actualidad no existe ningún procedimiento establecido para que las EPS puedan tramitar las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, cuando éstos son diferentes a un medicamento. Las entidades de salud no tienen mecanismo reglamentario alguno para poder adelantar estas solicitudes, y por tanto, no podrían presentar posteriormente su solicitud de un recobro ante el Fosyga. En la medida en que los Comités Técnicos Científicos sólo autorizan medicamentos, la única forma por la cual puede una EPS presentar ante el Fosyga el recobro de un servicio no POS, que hubiese sido autorizado, es que éste haya sido ordenado en la sentencia por un juez de tutela.

La ausencia de regulación clara que permita hacer efectivos los derechos de los usuarios cuando requieren un servicio de salud diferente a un medicamento no incluido en el POS es una de las razones por las cuales la tutela se ha convertido en el mecanismo generalizado para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por el médico tratante, e incluso muchas veces a medicamentos cuando el médico tratante no presenta la solicitud ante el Comité Técnico Científico.”

interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Tales condiciones deben aplicarse, afirma la corte, sin distinción si la solicitud es realizada por un usuario del régimen contributivo<sup>76</sup> o subsidiado<sup>77</sup>.

La acción fue incorrectamente impetrada y por ello la corte ordena a la correspondiente EPS que informe al accionante el procedimiento a llevar a cabo para lograr la entrega del medicamento de su hija.

### **3.2.15 Sentencia T 874 de 2010: Derecho Fundamental a la salud, derecho de contenido prestacional.**

Esta sentencia reafirma los criterios que hemos tratado en este estudio jurisprudencial<sup>78</sup>, para determinar cuando una persona tiene derecho a acceder a servicios excluidos del plan de beneficios.

Se habla de la salud como derecho fundamental, expresando la corte tiene una doble connotación de derecho constitucional y servicio público<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Sentencia T-1022 del 7 de octubre de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-080 del 29 de enero de 2001 MP. Fabio Morón Díaz; T-591 del 17 de julio de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-058 del 29 de enero de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 del 6 de agosto de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-828 del 1 de septiembre de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-882 10 de septiembre de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-901 del 16 de septiembre de 2004 MP. Clara Inés Vargas; T-984 del 8 de octubre de 2004 MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-016 del 20 de enero de 2005 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-024 del 20 de enero de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-086 del 3 de febrero de 2005 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>77</sup> Sentencia T-1022 del 7 de octubre de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-829 del 1 de septiembre de 2004 MP; T-841 del 1 de septiembre de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-833 del 1 de septiembre de 2004 MP. Álvaro Tafur Galvis; T-868 del 6 de septiembre de 2004 MP. Jaime Córdoba Triviño y T-096 del 4 de febrero del 2005 MP. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>78</sup> Ver Sentencia T 237 de 2003 *supra*.

Explica entonces que los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales son fundamentales y tienen un contenido de carácter positivo y otro de carácter negativo, es decir, para su realización debe a la vez adoptar medidas y actividades que implican exigencias de orden prestacional y abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos<sup>80</sup>.

Entonces informa la corte un punto que para nosotros es fundamental por dar la mirada alternativa que nos parece correcta sobre el tema de acceso a la salud.

Que un derecho sea fundamental o no, no depende de la manera en que se hace efectivo pues

*“una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto estas carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”.*

Es por esto que, sin importar que la salud sea un derecho fundamental, tiene una connotación de carácter prestacional y por ello no puede ella ser protegida *prima facie* por vía de tutela, el Estado está obligado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía sea de alcance integral y universal, de manera que a la vez haya sostenibilidad del sistema.

---

<sup>79</sup> En relación con el derecho a la salud, la corte ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable le eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

<sup>80</sup> Ver las sentencias T-016-07 y T-1041-06 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

Normalmente, tendemos a pensar que por el hecho de que una acción pueda ser exigida por vía de tutela, su protección es reforzada y, en consecuencia, “se hace justicia” frente a los bienes jurídicos de mayor valía para nuestro Estado Social de Derecho, sin embargo, en nuestra opinión la verdadera garantía de un derecho fundamental, no está en la posibilidad de acudir a una vía excepcional y residual como lo es la tutela (sin querer decir que esto no es una garantía igualmente), sino que ellos sean prestados por la vía ordinaria, es decir por quienes legalmente están obligados a prestarlos, sin dilaciones, sin acudir al juez de tutela o tener que pasar por tortuosos procesos jurídicos para adquirir la prestación del servicio. De esta postura dan prueba las personas que han fallecido a la espera de la protección vía tutela del su derecho fundamental a la salud<sup>81</sup>.

En cuanto a los casos concretos es necesario separarlos:

**Caso 1)** Entidades se negaron a brindar un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS).

*Para la corte la “petición adolece de uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, pues el referido servicio no ha sido ordenado por ningún médico adscrito a la ESP a la cual se encuentra afiliada.*

*Aunado a lo anterior, la accionante se encuentra afiliada al plan de medicina prepagada de mayor cobertura de (...), lo que hace presumir que la peticionaria cuenta con los recursos suficientes para poder solventar este tipo de gastos, incumpliendo así con otro de los requisitos establecidos por este Tribunal.”*

---

<sup>81</sup> Gañán Ruiz O: “Véase, entre otras, las siguientes sentencias que dan cuenta de personas que han muerto durante el trámite de la respectiva acción de tutela que se cita: T-001 y T-348 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 8 y 2 respectivamente; T-062 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 4; T- 254 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5; T-756 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 13; y la T- 576 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 14. A manera de ejemplo, la sentencia T-001 de 2000 se refiere en sus consideraciones, así: “No obstante que el señor [...] falleció encontrándose en trámite la acción de tutela y antes de proferirse el fallo respectivo, esta Corporación procederá a resolver de fondo sobre la violación de derechos que daría lugar al amparo impetrado”. En el mismo sentido hablan las demás sentencias citadas.”



**Caso 2)** Medicamento que ha sido negado por parte del SISBEN.

*“...la referida prescripción médica fue realizada en un establecimiento que hace parte del sistema de salud departamental y por un funcionario adscrito a éste y **no por un médico perteneciente a la ESP** [sic] a la cual se encuentra afiliado el actor y su núcleo familiar, a raíz de ello esta petición incumple con el requisito establecido por este Tribunal, que señala que el servicio médico debe **ser ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de quien lo está solicitando.**”*

Agrega además la corte que: *“...el hecho de que el peticionario pertenezca al régimen contributivo hace improcedente que sea el Departamento o el Municipio el encargado de brindar el referido medicamento, pues esta obligación radica en cabeza de (EPS) a la cual el actor y su núcleo familiar se encuentran afiliados.”*

Por tales razones, la corte confirma la sentencia que niega el amparo del accionante.

### **3.2.16. Sentencia T 354 de 2011: Sentencia en vigencia de la ley 1438 de 2011 (5 de mayo de 2011).**

Esta providencia analiza varios expedientes por unidad de materia. Los accionantes padecen diferentes patologías asociadas a la obesidad mórbida que presentan.

- **Caso 1)**

La accionante solicita para su hija la cirugía denominada By Pass Gástrico, debido a que 19 médicos tratantes de la EPS entre los cuales habían psicólogos, ginecólogos, médicos internistas y generales, han valorado su caso, y todos ellos determinaron que la paciente sufre de una obesidad mórbida donde tal procedimiento quirúrgico es el único posible, por haber fracasado otros intentos.

La accionante solicitó a la EPS sufragar los gastos del procedimiento y del tratamiento integral de la enfermedad sin que le fueran cobrados copagos o cuotas moderadoras por no contar con la capacidad económica para cubrir el procedimiento ordenado por el médico tratante.

La EPS niega lo solicitado argumentando que este procedimiento está por fuera del POS y que no cuenta con la aprobación del CTC.

- **Caso 2)**

Igualmente, se solicita por el accionante un By Pass Gástrico, ordenado en primera instancia por un médico tratante de la EPS accionada. Efectivamente cuando el paciente se acerca a la EPS para que ordene la cirugía, ella se niega a realizarla por razones administrativas (no existencia de una prescripción que ordene la cirugía pretendida, sino de una remisión a cirugía general para determinar la pertinencia del procedimiento).

Por esta razón, acude el paciente a una institución particular que realizaba estos procedimientos, la cual efectivamente propone la realización de la cirugía.

La EPS niega la prestación del servicio dado que no existe una prescripción médica que ordene el By Pass Gástrico por Laparoscopia, *“por cuanto el documento que se allegó es una remisión a cirugía general para que se estudie la pertinencia de un tratamiento quirúrgico de obesidad”* y la inexistencia de *“un consenso de aprobación interdisciplinario, emitido por el Comité Técnico Científico de la entidad, hecho este último, que no se ha presentado en este caso.”*

- **Consideraciones de la corte.**

Se precisa en el expediente que la cirugía negada en ambos casos si se encuentra incluida en el POS, pero bajo una denominación diferente:

*“sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las ‘DERIVACIONES EN ESTÓMAGO’ bajo el código 07630*

*Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadores de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)”<sup>82</sup>.*

Aclarada la inclusión del tratamiento dentro del POS pasa la corte a aplicar la línea que ha tomado respecto a tres problemas: a) médico tratante vs CTC, b) solicitud de análisis de un caso concreto al CTC como proceso administrativo y c) cuándo es vinculante la prescripción de un médico particular para la EPS.

Frente al primer problema (a) la corte cita la sentencia T 344 de 2002 acá ya trabajada, en donde se dejó claro que los Comités Médicos Científicos son órganos de carácter administrativo (esto ha cambiado con la ley 1438 de 2011) para aprobar procedimientos, tratamientos o medicamentos no incluidos en el POS, ellos, al estar conformados solo por un médico, no tienen un carácter científico sino administrativo y es por ello que se le da prevalencia a la orden del médico tratante sobre la del CTC, cuando la negación se fundamenta únicamente en razones administrativas (como la exclusión del POS) y no científicas.

Frente al segundo problema (b), se reitera lo establecido en la sentencia T 760 de 2008, en la cual se determina que la aprobación de un procedimiento por parte del CTC es de carácter administrativo y por dicha razón la obligación de realizar la solicitud de análisis de un caso a este comité se encuentra en cabeza de las EPS, por lo tanto, negar el servicio de salud por falta de un requisito de carácter administrativo es violatorio del derecho fundamental a la salud.

---

<sup>82</sup> Sentencia T-414 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, concluyó con base en la información suministrada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que la cirugía bariátrica tipo By Pass Gástrico, se encuentra incluida dentro del POS

Frente al tercer problema tratado (c) igualmente acoge la corte la línea jurisprudencial por nosotros estudiada en el sentido de determinar que, aunque es el médico tratante adscrito a una EPS el que puede prescribir un servicio o procedimiento de salud, existe la excepción que ha reconocido la corte de reconocer la orden de un médico particular cuando se rechaza o descarta bajo el único argumento de que el profesional no pertenece a la entidad prestadora de salud, pues de ser así ella podría vincularla por no descartarlo a la luz de consideraciones científicas.

Por estas razones la corte decide tutelar el derecho fundamental a la salud en ambos casos, ordenando a ambas EPS que presten el servicio solicitado por los usuarios del sistema (la operación en el caso 1 y el análisis del procedimiento por parte del CTC en el caso 2).

Por estar incluida la cirugía dentro del plan de beneficios, la corte no ordena recobro al FOSYGA.

### **3.3. Análisis al proceso de acceso a la salud desde el punto del médico tratante.**

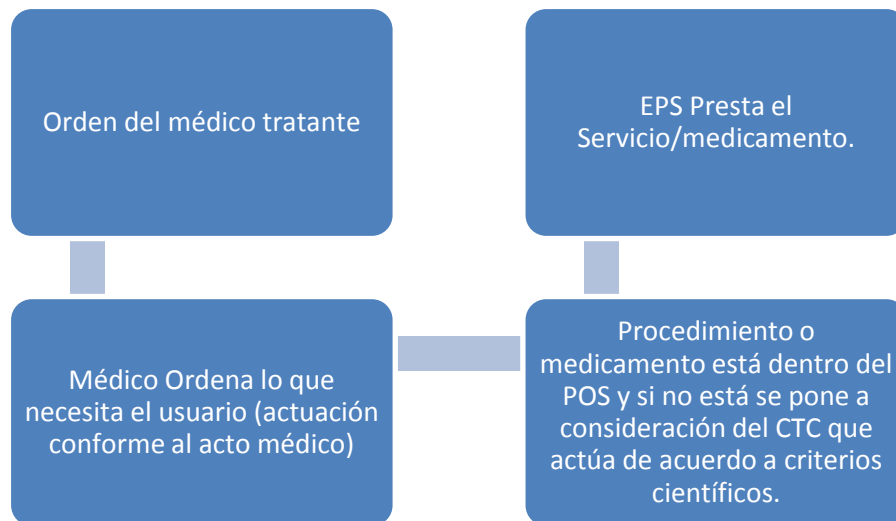
Las providencias acá estudiadas, son básicamente las que gestaron la figura del médico tratante dentro de nuestro sistema. Como vimos, ellas han dado a esta figura una importancia que no puede dejarse a un lado sin analizar en el contexto de nuestro SGSSS las repercusiones prácticas de su aplicación. Es aquí donde vislumbramos un sistema débil, que desde la construcción de sus conceptos básicos nos genera dudas.

Encontramos entonces, que al día de hoy hay una figura denominada médico tratante, que en principio es quien ordena las necesidades del paciente usuario del sistema de salud.

En algunos casos, esas necesidades se suplen y se tienen verdaderamente en cuenta, en otros no, pero analicemos una vez más todos los pasos en los que un

usuario puede ser detenido en la intención de adquirir la atención en salud que requiere.

**Proceso 1)** La siguiente sería una gráfica simple, ideal de acceso a la salud para una persona que tiene necesidad (en términos de la Corte Constitucional) de un servicio de salud:

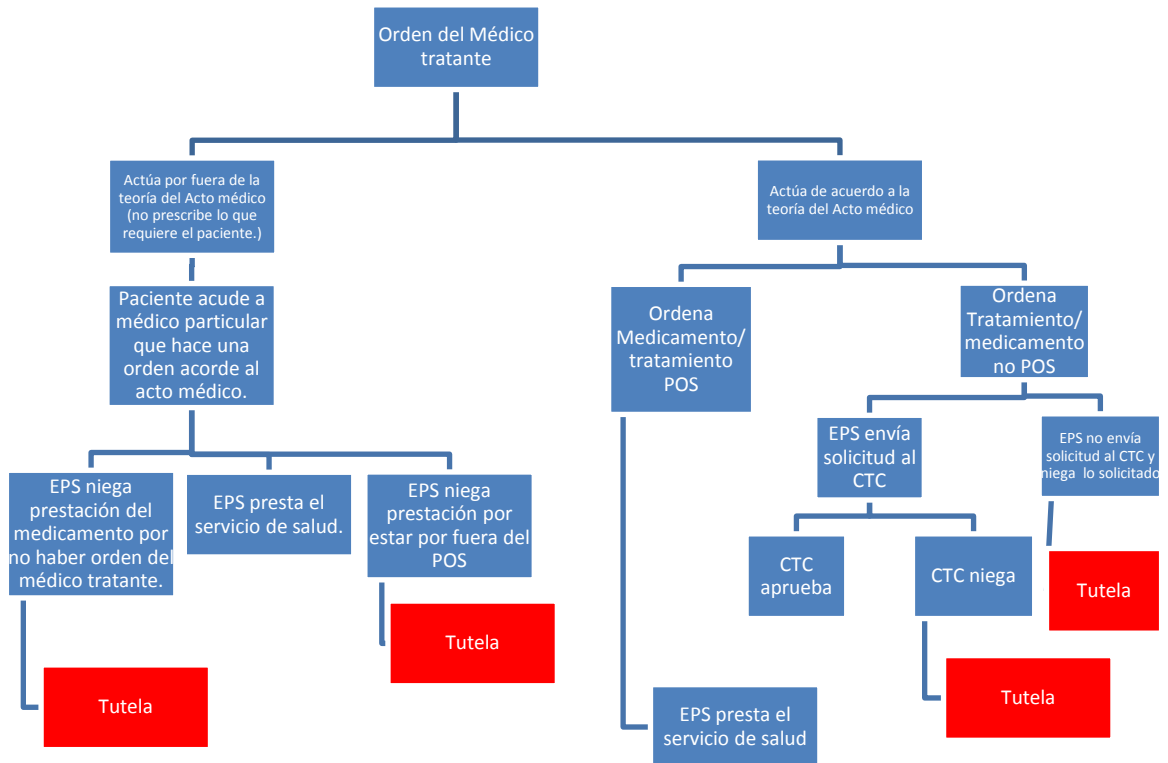


Nótese como dentro de esta gráfica no incluimos procedimientos de tutela, pues como ya hemos postulado, no nos parece que ella sea expresión de un acceso ideal al sistema de salud.

Esto no es lo que sucede normalmente en Colombia, cada uno de esos pasos que hemos expuesto tiene complicaciones que se ramifican en pequeños subprocesos, que como queremos resaltar, son utilizados por las EPS para obstaculizar el acceso a la salud.

Veamos pues como se complica nuestro gráfico analizando la figura del médico tratante a la luz de la realidad Colombiana, cuando un usuario requiere en servicio con necesidad.

## Proceso 2)



Téngase en cuenta que cada vez que se hace necesario acudir a la tutela, son los casos en donde se han tenido que pasar por muchas más etapas, por lo tanto, resultan los casos donde fácticamente transcurre más tiempo entre la cita con el médico tratante y el acceso al servicio requerido en salud.

Este pequeño diagrama muestra de manera global el problema de acceso a la salud, sin embargo, está claro que entre cada uno de los pasos que hemos expuesto hay otras varias posibilidades dilatorias del acceso, sin contar además que el paciente entre la cita con su médico tratante y la cita con el médico particular tiene un período de confianza en su médico, razón por la cual tiende a creer en el acto médico inicial, pero luego de ver que simplemente le envían un medicamento genérico para el tratamiento de su afección sin mejoría, comienza a

cuestionar la opinión del galeno y allí pueden haber pasado como mínimo unas cuantas semanas.

Entonces, ¿a qué nos dirigimos con esta exposición? Precisamente a mostrar los eslabones débiles de la cadena, llegar al proceso ideal es difícil claramente, por haber muchos otros factores que inciden en ella. Sin embargo, si debemos tener claro algo, hay unos puntos débiles y tales deben replantearse, porque en estos casos no hablamos de dinero, o cosas, hablamos de la vida de personas que a veces no sobreviven a estos agotadores quehaceres ante la administración de salud.

De esos puntos débiles hay uno que sin lugar a dudas es preocupante, y por ello en el diagrama nos referimos al “acto médico”. Pues bien, si un médico tratante, en el ejercicio de su profesión actúa como la ética médica demanda, eliminamos un problema del diagrama, y como vimos al ser un problema que esta al inicio de la cadena de él se derivan pequeños pasos dilatorios frente al objetivo, si logramos eliminar las contingencias que causan los procesos iniciales, mas subprocesos se eliminan y hay mayor garantía al derecho fundamental a la salud.

Y es acá donde entramos a la cuestión final de este trabajo, la autonomía del médico tratante. Ella se predicará de la primera división en nuestro diagrama, es decir, de una actuación coherente con el acto médico por parte del galeno.

Partiendo de que por ser el médico una persona que certifica sus conocimientos científicos ante el Estado, para garantizar la idoneidad en la atención de enfermedades y dolencias de sus pacientes, debemos concluir que sus dictámenes científicos siempre deben acercarse lo más posible a lo que la *Lex Artis* determina. Sin embargo, ¿por qué continuamos encontrando casos donde el concepto del médico tratante es a veces totalmente descontextualizado de la realidad del paciente y pareciera proteger más los intereses económicos de las EPS?

Podemos efectivamente determinar que muchas veces, los médicos tratantes no cuentan con autonomía para la prescripción de tratamientos o medicamentos para su paciente y ello se deriva de una relación laboral médico-EPS que el mismo sistema de salud permite, lo cual genera un claro choque entre la teoría del Acto Médico y las finanzas de las EPS. Es esto lo que pasaremos a exponer en el siguiente capítulo de nuestro estudio.



#### 4. AUTONOMÍA DEL MÉDICO TRATANTE.

Hemos visto como se configura el SGSSS, al igual que conocemos la teoría del acto médico como fuente de control a la actividad del galeno y, por último, hemos estudiado la gran importancia que la corte constitucional le ha otorgado al médico tratante para alcanzar el acceso a la salud por parte de un usuario del sistema.

Luego de reflexionar sobre estos temas, es entonces necesario plantearse algunas preguntas: ¿Es el médico tratante verdaderamente autónomo en el ejercicio del Acto médico, teniendo en cuenta su calidad de empleado de las EPS (entes con ánimo de lucro que se han apoderado del negocio del aseguramiento)? ¿Las EPS imparten órdenes al médico tratante que limitan el acto médico?

Pues tales preguntas serán abordadas a través de una mirada desde el ángulo del médico tratante, exponiendo la realidad que encontramos al conocer la postura de la Academia Nacional de Medicina y el estudio realizado en la materia por la Defensoría del Pueblo, documentos que nos permiten cuestionar tal autonomía y nos dejan en un panorama preocupante, pero que a la vez explica en gran medida la razón de un porcentaje importante de acciones de tutela exigiendo la protección del derecho fundamental a la salud<sup>83</sup> y se muestra casi como una consecuencia obvia del diseño del sistema.

---

<sup>83</sup> *La tutela y el Derecho Fundamental a la Salud 2010. Defensoría del Pueblo, Equipo investigativo del programa de salud de la Defensoría del pueblo, 2010.* Según estudios de la defensoría del pueblo, en el año 2009 de 370.640 tutelas presentadas en Colombia, 100.490 equivalentes al 27.1% fueron invocando el derecho a la salud, en 2010 esta cifra disminuyó en un 6% es decir, de un total de 403.380, 94.502 se refirieron a la salud, lo que equivale al 23.4%. Pero se ha mantenido como la segunda causal de tutela en Colombia, luego del amparo al derecho de petición. La disminución en esta cifra es atribuida por la Defensoría a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia 760 de 2008 y a la creación de los comités técnico científicos, los cuales pueden autorizar cualquier servicio de salud no incluido en el POS. A tal disminución podemos agregarle la sanción económica hoy derogada expresamente por la ley 1438 de 2011, que proponía el literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007.

#### **4.1. EL CONTRATO SOCIAL DEL MÉDICO ANTE EL DESASTRE DE LA SALUD.** *Pronunciamento Oficial de La Academia Nacional de Medicina. 9 de Mayo de 2011.*

Este comunicado constituye la opinión de los médicos frente al sistema de salud, en él se encuentran los principales puntos de discordancia del gremio frente al sistema, veamos los aspectos que nos resultan relevantes.

- El sistema de atención gerenciada de la salud en Colombia a partir de la ley 100 de 1993 no solo realiza una reforma al sistema de salud, sino también al contrato social del médico, pues cambia el paradigma de la relación médico-paciente. Lo que antes podía considerarse como un actuar dirigido a buscar la salud y bienestar del usuario, se convierte ahora en la búsqueda de alcanzar una “justicia distributiva”.
- Para este gremio ahora lo que prima es la mano invisible del mercado, como el factor de desarrollo y regulación que implica el debilitamiento del Estado y de las instituciones públicas.
- *“El modelo de atención gerenciada de la salud significa un cambio en uno de los pilares de la estructura de la sociedad, el de la atención en salud, y altera en forma dramática tanto el ejercicio de la medicina como la esencia misma de la profesión con detrimento en la calidad de atención”.* Rompe el imperativo hipocrático *“e interfiere con la autonomía profesional”.*
- El profesional médico se rige por un riguroso código ético y deontológico que define su compromiso moral y de servicio a la sociedad, el ejercicio de la medicina por tener como objetivo el beneficio del individuo y de la colectividad, es la *“más intensamente moral de las actividades humanas”.*

- Las EPS, ARS y ARP se han convertido en los verdaderos rectores del sistema de salud, pues captan inmensas y crecientes sumas de recursos públicos, mientras que la fusión de los ministerios de salud y trabajo redujo la salud a un segundo plano en la jerarquía gubernamental y consecuentemente se presenta disminución en el control a estas instituciones.
- La salud en Colombia se *“convirtió en una incontrolada oportunidad de negocio”*. El aseguramiento en salud en Colombia tiene un propósito comercial, cuando por naturaleza debe tener contenido social.
- Desde la posición ventajosa que hoy ostentan las aseguradoras (EPS, ARS y ARP), interponen toda clase de trabas para el acceso a la salud, con el objetivo de lograr un mayor margen de utilidad, es por ello que el sistema actual no puede fundarse en la equidad, se funda en la prevalencia a la libertad económica y el crecimiento patrimonial de dichos entes privados. *“Hay que tener en cuenta que las pretendidas cifras de cubrimiento con planes de beneficios inmensamente inequitativos no representan progreso, sino por el contrario, constituyen una situación regresiva”*.
- Diversos artículos y pronunciamientos de periodistas, ministros y la misma academia Nacional de Medicina han cuestionado la malversación de los recursos de la salud<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> El ministro de salud para la época Virgilio Galvis *“denunció públicamente el robo de la mitad de la plata de la salud: ‘raponazo al sistema de Seguridad social’ corruptos robaron 2 billones* (el espectador, enero 3 de 2000) y declaró: *“los que se estaban quedando con la ‘platica’, los intermediarios, los que negociaban con la salud, todos van a tener que rendir cuentas. Algunos podrán hasta terminar en la cárcel”* (el tiempo 4 de marzo de 2000); el ex ministro de protección social Juan Luis Londoño: *“Colombia hizo una innovación grande en su sistema de seguridad social y ha tenido resultados mixtos. Yo diría que ha logrado cosas muy importantes y ha tenido defectos muy graves... ha conllevado una explosión de costos innecesaria y, segundo, ha estado acompañado de una incertidumbre en el manejo y reglas de juego que han conducido a una proliferación monumental de la corrupción... la gente cree que el sector más corrupto junto con*

Se hace alusión en dicho documento a la intervención realizada por el médico y congresista de la época Roy Barreras, quien en declaraciones en entrevista con el tiempo (marzo 25 de 2007) expresó puntos importantes respecto a la situación de dominio y presión política que ostentan las aseguradoras en salud en Colombia en el contexto de creación de la ley 1122 de 2007.

Barreras, da cuenta de la presión ejercida por parte de las aseguradoras para lograr que la ya mencionada **integración vertical** se ajustara a sus pretensiones económicas frente al sistema, en busca de lucrarse no solo de la intermediación, sino también de la prestación de los servicios, lo cual es causa de los diferentes obstáculos que interponen en busca de disminuir los costos de la prestación del servicio de salud y en consecuencia maximizar las ganancias. Afirma el parlamentario que aunque el límite de la integración vertical es del 30% *“en la práctica es mucho más”*.

En este punto, el señor Barreras expone un asunto que puede ser causa de disminución de la autonomía del médico tratante: *“no solo se quedan (las EPS) con el negocio de la promoción, que ya es bueno, sino que se meten en el de la prestación de servicios. La EPS monta su propia IPS y así determina, además el pago de trabajadores de salud. Ese efecto de posición dominante es perverso porque no garantiza calidad y es ineficiente”*.

Esta posición dominante es además la que usan las EPS para crear una especie de dictadura en cuanto a los salarios, pues la mano de obra barata se convierte en prioridad sobre la mano de obra competente, es decir, importa la rentabilidad y no la calidad. Afirma el médico que *“Los criterios que imponen no es que el paciente mejore, sino que el médico gaste menos en paraclínicos, en exámenes de laboratorio, en remisiones a especialistas, que use medicamentos más baratos y que se demore, óigase bien, hasta 10 minutos apenas por consulta; hoy un*

---

*Colpuertos es el sector salud... Con la plata que se está gastando en salud en Colombia, si no se la robaran, si no la malgastaran, deberíamos tener cubierta a toda la población”*.

*especialista, internista, gastroenterólogo, recibe por hora 18 mil pesos de honorarios y debe atender 6 pacientes por hora”.*

Remarca el entrevistado además que la intención de la ley 100 era que las EPS se dedicaran a la promoción de la salud, que es un sistema de aseguramiento, mientras que la prestación del servicio de salud debería estar en manos de los profesionales en el área. Sin embargo, debido a presiones políticas las EPS han logrado quedarse con ambas cosas eso si, en un 30%<sup>85</sup>, pero esto contrastado con el 50% que ellas pretendían tener en cuanto a la integración vertical.

A manera de conclusión se expresa la Academia Nacional de Medicina de la siguiente manera:

*“El gobierno y el congreso, libres de presiones y pensando sólo en el bien de Colombia, deben emprender una **reforma estructural** que cambie el modelo con una visión de aseguramiento social universal basado en el fortalecimiento de los derechos humanos, de primacía de la ciencia, la educación y el profesionalismo al servicio de la sociedad. Por ello, la Academia Nacional de Medicina expresa profunda preocupación por el proyecto de reforma que cursa en el congreso que eleva a principio constitucional la sostenibilidad fiscal por encima de los derechos humanos universales consagrados en la constitución y que afecta directamente la atención de la salud<sup>86</sup>.*

*En estos tiempos es cuando el contrato social del médico basado en la idoneidad y el profesionalismo y la representación de los derechos del paciente debe ser fortalecido, para que con absoluta autonomía intelectual en la toma de decisiones, provea el servicio de alta calidad que el ciudadano*

---

<sup>85</sup> Artículo 15 ley 1122 de 2007. A la relación entre EPS e IPS se le ha denominado de *integración vertical*. Dicha integración fue regulada para evitar que las EPS solo contraten con IPS de su propia red, se determinó entonces que aquellas no pueden contratar, “directamente o a través de terceros, con sus propias IPS mas del 30% del valor del gasto en salud”.

<sup>86</sup> Rodrigo Suescún, Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público explica dicho proyecto de reforma como la modificación del artículo 344 de la Constitución Política, además de ajustes al Plan Nacional de Desarrollo.

*requiere y contribuya a reemplazar este maltrecho sistema de salud que impera en Colombia”.*

Un llamado a la reforma es lo que hace esta institución, ante el desprestigiado panorama que la historia de ya casi 20 años nos expone en el SGSSS en Colombia. Volver la salud en un producto del mercado y arrebatarle la calidad prestacional y altruista que a lo largo de la historia se le había otorgado, parece únicamente beneficiar a las entidades aseguradoras y no al paciente ni al médico (tratante y particular).

Planteada la postura de la Academia Nacional de Medicina continuemos entonces con el importante estudio realizado por la Defensoría del pueblo sobre autonomía médica, pues ella refleja la realidad de la hipótesis de la posición de sujeción que los médicos ostentan frente a la intención de las aseguradoras de incrementar su patrimonio con los aportes en salud.

#### **4.2 Autonomía médica y su relación con la prestación de los servicios de salud.** *Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2007.*

Aunque este estudio es del año 2007, nos parece importante prueba de la hipótesis planteada al comienzo de la realización de este trabajo, en el sentido de que el médico tratante carece de autonomía en la realización del acto médico.

Se trata de un estudio vigente en sus conclusiones en la medida en que las condiciones que se presentaban al momento de su realización son relativamente las mismas que se presentan en la actualidad, en tanto se presenta una existencia de integración vertical con el límite del 30% establecido por la ley 1122 de 2007; el médico tratante vinculado con relación laboral y con sujeción a las

políticas de las EPS; y prevalencia de la libertad económica sobre el derecho a la salud<sup>87</sup> derivadas de la configuración misma del sistema.

Vale la pena resaltar que el estudio se realiza por parte de la Defensoría del Pueblo atendiendo, según el texto mismo del documento, al *clamor de los médicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social* por considerar ellos (coherente inclusive con el comunicado ya expuesto de la Academia Nacional de Medicina) que el ejercicio de la medicina se ha deteriorado con la implementación del modelo de aseguramiento en salud.

El objetivo del estudio es determinar el grado de control ejercido por las entidades aseguradoras en salud sobre la praxis médica de los galenos.

---

<sup>87</sup>Gañán Ruiz ya anuncia esta situación desde el título de su tesis: “*LOS MUERTOS DE LEY 100: PREVALENCIA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD...*” y en ella, de manera tajante afirma que dicha prevalencia se ve reflejada en la contención de costos vía barreras de acceso creadas por las EPS. Expresa que *según los análisis ya referenciados de la Defensoría del Pueblo, el 53.38% de acciones de tutela correspondió para lo corrido del 2006 al 2008 a negativas de solicitudes de contenidos del POS, discriminados como señala el estudio, así: 66.9% de los tratamientos, el 74.8% de cirugías, el 77.7% de los procedimientos, el 48.2% de las prótesis y órtesis, el 76.7% de las citas médicas y el 62.6% de solicitudes de exámenes tutelados se encontraban efectivamente en el POS y a pesar de ello fueron negados por las entidades involucradas. Esto implica la negación reiterada de los propios contenidos legales y reglamentarios del POSC, posiblemente como un mecanismo de contención de costos por parte de tales empresas*”.

En el “*Panel: reforma al sistema de seguridad social en salud, Análisis crítico de la ley 1438, Universidad pontificia Bolivariana*” el profesor Gañán Ruiz afirma que para darle prioridad a la salud sobre otros derechos de orden económico, la ley 1438 de 2011 debería ser ley estatutaria en desarrollo del principio de *reserva de ley estatutaria para derechos fundamentales*; no otorgarle esta calidad deja este derecho sin herramientas de defensa contra la fuerte capacidad de lobby con la que cuentan las aseguradoras en salud. Tal crítica fue fundamento de demanda de inconstitucionalidad de dicha ley. Pues bien, la Corte Constitucional en sentencia **C-791 de Octubre de 2011** M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se pronunció declarando la norma exequible, por lo que podemos concluir que para la corte el carácter de ley ordinaria no afecta la constitucionalidad de la norma porque “*...las leyes estatutarias no pueden pretender desarrollar de manera exhaustiva y casuística todos los aspectos ligados con los derechos fundamentales, pues de llegarse a tal extremo se entorpecería la labor del legislador ordinario ya que toda legislación en mayor o menor medida requiere abordar aspectos relacionados con derechos fundamentales*”.

#### 4.2.1. Autonomía.

Se refiere a la capacidad de una persona para auto-determinar sus decisiones y actos, sus normas personales de conducta. Esta palabra viene del griego *autos* (*mismo*) y *nomos* (regla).

La autonomía médica se postula como uno de los principios del acto médico, por ella otorgar al profesional la capacidad de determinar qué es lo que le resulta benéfico a su paciente lo cual no es un principio teórico, es de carácter legal<sup>88</sup>.

La autonomía del médico se considera indispensable para garantizar el bienestar de los usuarios del sistema de salud, y hablamos del sistema por que hoy día es imposible separar la actividad médica del modelo de salud implementado en Colombia, pues de las políticas redistributivas de prestación del servicio de salud se derivan restricciones al actuar médico, dado que no hablamos ya de un derecho prestacional sino de un bien de mercado<sup>89</sup>.

Por ello se ha venido afirmando por los médicos y usuarios de la salud que las decisiones frente al tratamiento de la enfermedad, no son totalmente del médico, pues las aseguradoras del sistema de salud se han encargado de imponer conductas, condiciones, precios y hasta los honorarios de los médicos.

Para el profesional, el ejercicio sin autonomía de la medicina genera frustración e impotencia, generando un estado de *“postración frente a economistas, contadores y demás profesionales de las áreas administrativas y financieras, que en su*

---

<sup>88</sup> Artículo 35 ley 1164 de 2007.

<sup>89</sup> La Academia Nacional de Medicina, en el prefacio del informe Ley 100: Reforma y Crisis de la Salud (1999), se pronuncia en estos términos: *“En esencia es la conversión de la medicina, que como disciplina intelectual es una profesión de compromiso social, en un oficio que, al disminuir costos, resulte en mayores márgenes de utilidad para las entidades intermediarias. Esta nueva interpretación económica es una negación del humanismo en una de sus expresiones más puras, cual es el ejercicio de curar y de velar por la salud mediante el profesionalismo médico. Al tiempo que la reforma abre oportunidades, también significa grandes peligros de perjuicio social. En esencia, la responsabilidad social del Estado ha sido transferida a entidades comercializadoras, con lo cual las empresas suplantando la gobernación política y el concepto de rendimiento industrial aplasta la milenaria moral hipocrática. La ética médica, cuyo objetivo inefable es el bien social, es reemplazada por una todavía no bien definida ética corporativa, donde el costo-beneficio en términos de rendimiento financiero es el objetivo principal”*



*mayoría perciben la salud como un negocio y no como un bien público con garantía constitucional, delegada por el Estado”.*

Adicionalmente, la medicina actual ha eliminado en varias etapas del acto médico el contacto humano, pues muchos médicos modernos no conocen ni el nombre de su paciente, más bien lo conocen como un número en una orden de servicios.

#### **4.2.2 Metodología.**

El muestreo del estudio está compuesto por 41.252 médicos de varias regiones del país, con base en información otorgada por las EPS, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME) y la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE).

Estos médicos se tomaron de 298 municipios del país y su tiempo de realización fue de junio a diciembre de 2006. El nivel de confianza del estudio es del 95% y cuenta con un margen de error del 3%.

El estudio se realizó en las siguientes regiones:

**Gráfico 1.**

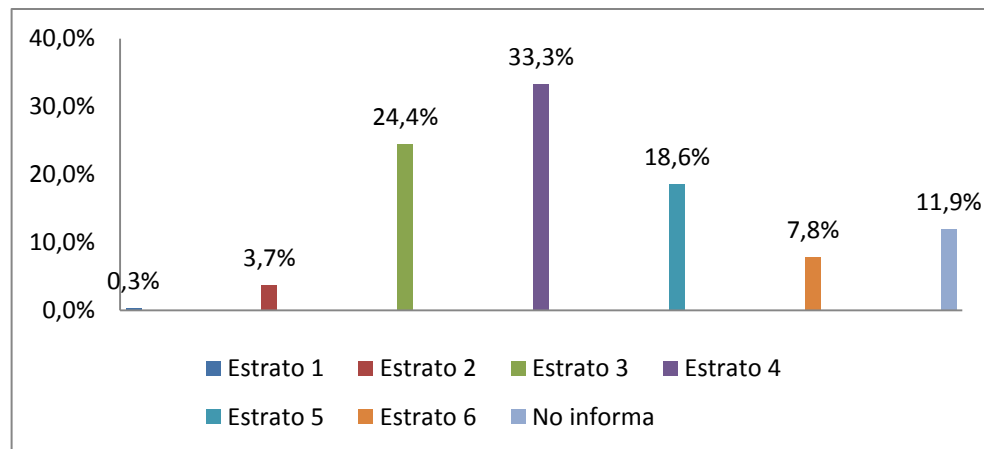


### 4.2.3 Resultados Relevantes:

- **Estrato Socioeconómico:**

El 55,7% de los médicos pertenece a los estratos 3 y 4, siendo este último el que mayor proporción concentra (33,3%). El en el 2001 un 55,7% de los médicos pertenecía a los estratos 4 y 5, lo que significa un cambio de nivel de vida de los médicos que ahora pertenecen a estratos más bajos.

**Gráfico 2: Estrato Socioeconómico**



- **Especializaciones:**

El 46,1% de los médicos tiene especialización, donde la mayor parte de ellos se encuentra en Bogotá.

La falta de especialistas es una de las razones encontradas por la defensoría del Pueblo para que se vea limitado el acceso a la salud, pues a falta de ellos, los usuarios son obligados a acudir a mecanismos de tutela<sup>90</sup>.

- **Tiempo en consulta.**

<sup>90</sup> Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la salud – Período 2003-2005, Bogotá, D.C., 2007. Según la defensoría esta es la sexta causa de tutelas en salud.

Los médicos afirmaron que en promedio se les asigna un tiempo de 18 minutos por consulta. El estudio refleja que dicho tiempo es menor a lo determinado en el artículo 97 de la resolución 5261 de 1994 que es del siguiente tenor:

*“CONSULTA MEDICA GENERAL. Como lo establece la Ley 100 de 1993, el MEDICO GENERAL es la base y el motor de todo el engranaje de salud en el plan que se describe, conjuntamente con el personal paramédico y auxiliar, quienes serán la puerta de entrada al sistema. El contacto del paciente con la E.P.S. será más estrecho, frecuente y regular a través de su MEDICO GENERAL. Será él quien establezca las pautas para la promoción y la prevención. La consulta no debe ser menor de VEINTE (20) minutos. En este nivel de complejidad el paciente y su familia pueden acceder y colaborar más activamente en el mantenimiento, control y recuperación de su salud.*

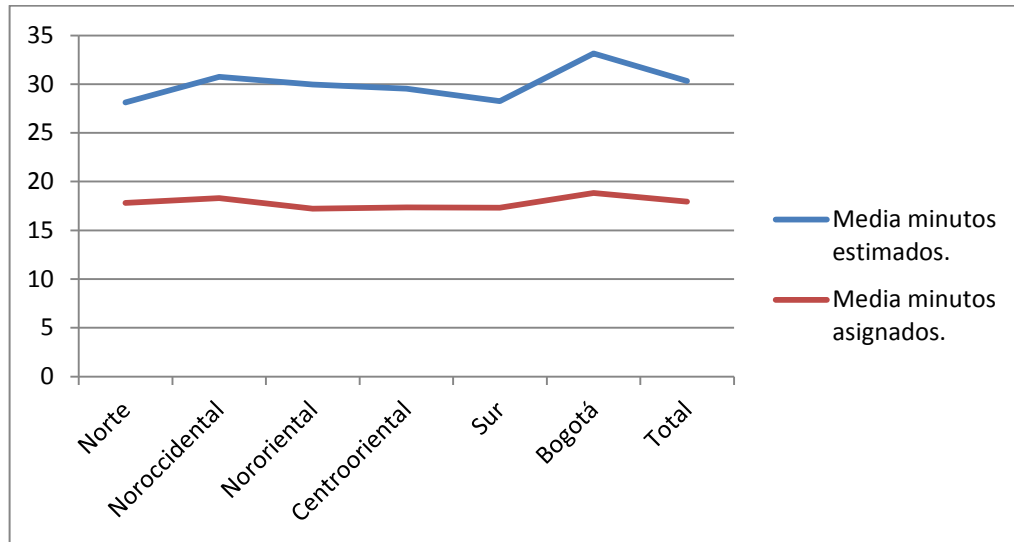
Esta violación a la norma sucede con mayor frecuencia en las regiones norte, noroccidental, centrooriental y la sur, donde se asigna un límite de consulta de 15 minutos.

Dentro del estudio se le cuestionó a los médicos cual es el tiempo que ellos consideran necesario para realizar una consulta adecuada con el paciente, ello se refleja en el contenido “Minutos Estimados Por Consulta”.

**Tabla 1: Tiempo asignado y tiempo estimado de consulta.**

Región	Minutos asignados por consulta			Minutos Estimados por consulta		
	Media	Mediana	Moda	Media	Mediana	Moda
Norte	17,8	18	15	28,13	25	25
Noroccidental	18,31	20	20	30,76	29	25
Nororiental	17,22	15	15	29,96	28	25
Centrooriental	17,35	15	15	29,55	28	25
Sur	17,33	15	15	28,25	25	25
Bogotá	18,84	20	20	33,16	30	25
Total	17,93	19	20	30,32	28	25

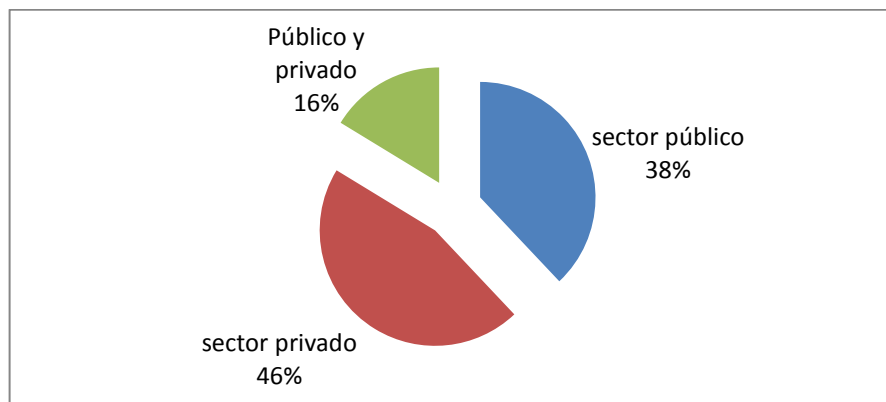
**Gráfico 3: Media minutos estimados y asignados.**



Estos períodos se ven disminuidos por la asignación adicional de citas a los médicos, quienes en un 46% manifestaron verse afectados por esta actividad de las EPS, donde además de las citas prioritarias asignadas por día a cada médico, deben atender en promedio 4 citas más.

- **Tipo de vinculación y contratación**

**Gráfico 4: Tipo de vinculación y contratación.**



El 38% de los médicos trabaja exclusivamente en el sector público, el 46% en el sector privado y el 16% lo hace tanto en el sector público como en el privado.

Los médicos que trabajan en el sector público con vínculos de carrera administrativa representan un 40,6%, mientras que los que están vinculados por contrato de prestación de servicios constituyen el 34,5%, y por cooperativa un 24,3%.

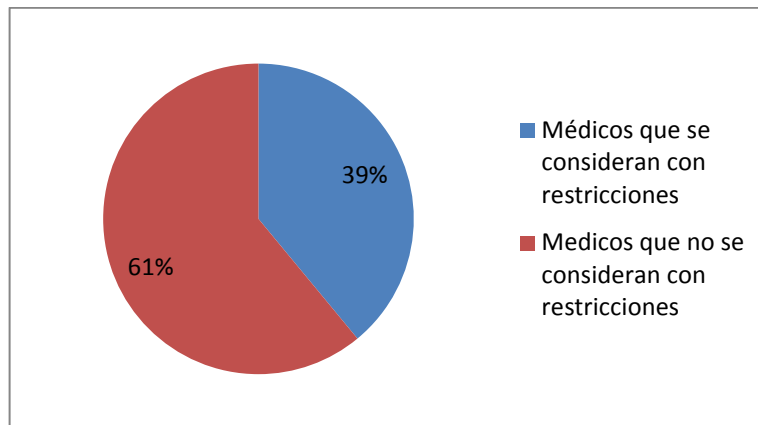
Los cargos de carrera administrativa se están reemplazando por contratos de carácter civil o cooperativas de trabajo asociado, lo que disminuye sus condiciones de estabilidad laboral. Tales condiciones de inestabilidad dan terreno a una relación de subordinación nociva para la autonomía médica, pues menos opciones de decisión tiene el galeno cuando su condición laboral está prácticamente en manos de la aseguradora.

Aquellos médicos que trabajan en el sector privado se encuentran en su mayoría vinculados por contrato de servicios profesionales en una proporción de 40,8%, mientras que la modalidad de contrato a término definido le sigue con un 34,8% y por último la de término fijo con un 15,4%.

- **Restricciones.**

Adicional al tiempo de consulta limitado y contrario a lo reglamentado, vemos que hay restricciones al acto médico en otros aspectos, aspectos de gran importancia en tanto los médicos mismos se sienten coaccionados en la práctica de su carrera pues les es obstaculizada la práctica de acuerdo a los principios de ética médica, lo cual demuestra que la prioridad de las aseguradoras es la contención indirecta del gasto.

### **Gráfico 5: Restricciones en Servicios.**



El estudio arroja además, que dentro de los médicos que afirmaron sentirse restringidos en la práctica de su profesión, el 52,6% pertenecía a una IPS, de las cuales el 54,2% eran públicas y el 45,8% privadas.

Del 47,4% de EPS que hacen restricciones a sus médicos, el 82% eran de carácter privado.

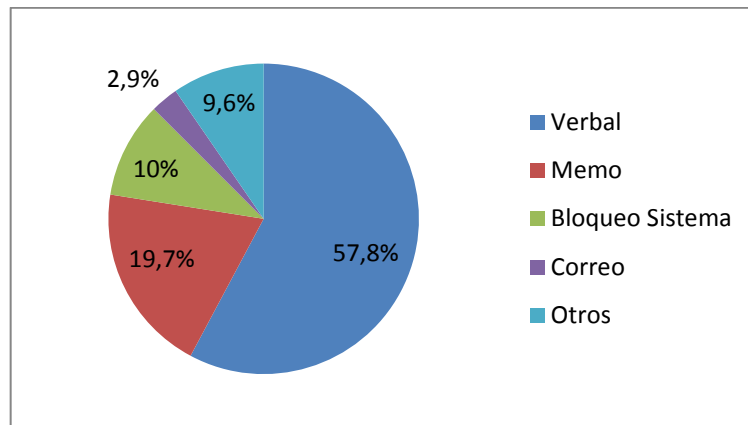
Se expresa en el estudio que en dichas instituciones se realizan reuniones mensuales donde se tasa el gasto generado por los servicios ordenados y se les expresa a los médicos que no deben exceder los parámetros presupuestales establecidos. Igualmente *“manifiestan ser víctimas de intimidaciones tales como amenazas de despido, cambios de horario o desmejora en salarios”*<sup>91</sup>.

Tales restricciones se comunican por varios medios, como se expresa en el siguiente gráfico.

### **Gráfico 6: Forma de hacer las restricciones.**

---

<sup>91</sup> *Ibíd.* P.62



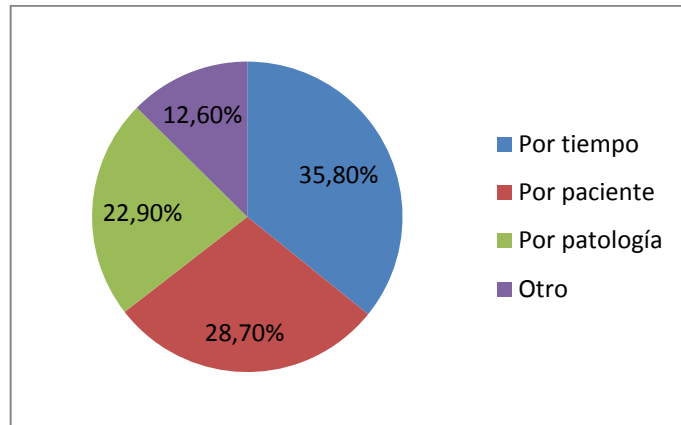
- **Tipo de Restricciones.**

Las restricciones se dan de la siguiente manera:

- **Tiempo:** Se realiza mediante metas semanales, quincenales o mensuales de la prescripción máxima de un tratamiento, medicamento o examen.
- **Paciente:** Limita el número de exámenes, imágenes o medicamentos por paciente o consulta.
- **Patología:** Limita la prestación del servicio de salud ordenando que para ciertas afecciones solo se receten X ó Y procedimientos/medicamentos.

Tales restricciones se encontraron en la siguiente proporción:

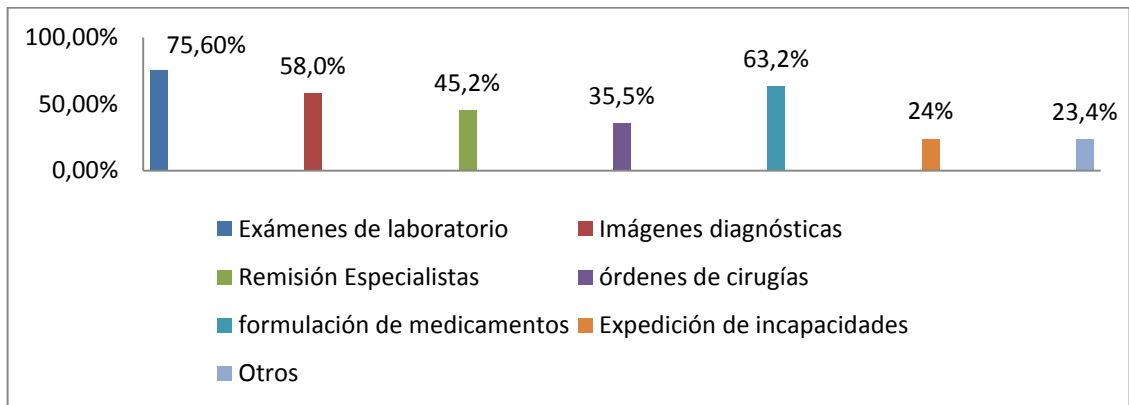
**Gráfico 7: Tipos de Restricciones.**



- **Restricciones por Servicios.**

La siguiente es la discriminación de servicios restringidos por las aseguradoras en salud al médico tratante.

**Gráfico 8: Restricciones por servicios.**



Hace constar la Defensoría que estas proporciones coinciden con los datos arrojados en el estudio sobre tutelas en Colombia<sup>92</sup> en donde la negación de dichos servicios es la fuente de mayor número de tutelas en salud.

- **Restricciones en exámenes de laboratorio.**

<sup>92</sup> *Ibíd.* P. 55



Los exámenes que están en el POS pero que aun así son los más restringidos: pruebas tiroideas (T3, T4 y TSH), los perfiles lipídicos, antígenos pro-táticos y los exámenes de enzimas cardíacas (sirven para detectar y pronosticar infarto agudo del miocardio), glicemias, citologías, químicas sanguíneas, entre otros. Estas limitaciones coinciden igualmente con la proporción de tutelas encontrada en el estudio de tutelas ya mencionado<sup>93</sup>.

- **Restricciones en medicamentos.**

Se encontró que los medicamentos más limitados que se encuentran dentro del POS son: diclofenaco, ibuprofeno y dipirona; y antibióticos como: ampicilina, eritromicina, gentamicina y cefalexina. Así mismo, los galenos hablaron de controles en la cantidad de medicamentos por fórmula.

Por fuera del POS se niegan analgésicos como meloxicam, acetaminofén más codeína y antibióticos como ceftriazona y cefalosporinas. Además, todos los medicamentos de marca, aunque su sustancia activa se encuentre en el POS.

- **Restricciones en imágenes diagnósticas.**

En relación con este aspecto sobresalen las tomografías axiales computarizadas (TAC), resonancias nucleares magnéticas, ecografías de todos los tipos, radiografías, mamografías, ecocardiogramas, urografías escretoras y electromiografías, todas incluidas en el POS.

La Defensoría manifiesta su preocupación frente a la restricción en las mamografías por su importancia en la detección temprana del cáncer de mama.

De las imágenes diagnósticas no POS se limitan: ecografías de tercer nivel, resonancias magnéticas y TAC.

- **Restricciones en remisión a especialistas.**

---

<sup>93</sup> *Ibíd.* P. 63

La restricción para la remisión a médicos especialistas comprenden las de cardiología neurología, neurocirugía, medicina interna, reumatología, ortopedia, endocrinología, oftalmología, cirugía general, cirugía vascular, otorrinolaringología y urología.

Como ya se reflejó en el estudio, la causa de esta restricción obedece a que las EPS contratan pocos especialistas, sumado al poco número de ellos en algunas regiones del país y, cómo no, la contención de costos.

- **Restricciones en cirugías.**

El estudio reflejó las siguientes restricciones del POS en cirugía general: (herniorrafias), ortopedia (reemplazos articulares y cirugías que requieren material de osteosíntesis), oftalmología y ginecobstetricia.

Y respecto de las No POS se encuentran las cirugías plásticas, el bypass gástrico y las cirugías cardiovasculares<sup>94</sup>.

- **Restricciones en días de incapacidad.**

El 24% de los médicos entrevistados considera que las EPS restringen la expedición de días de incapacidad.

- **Incentivos.**

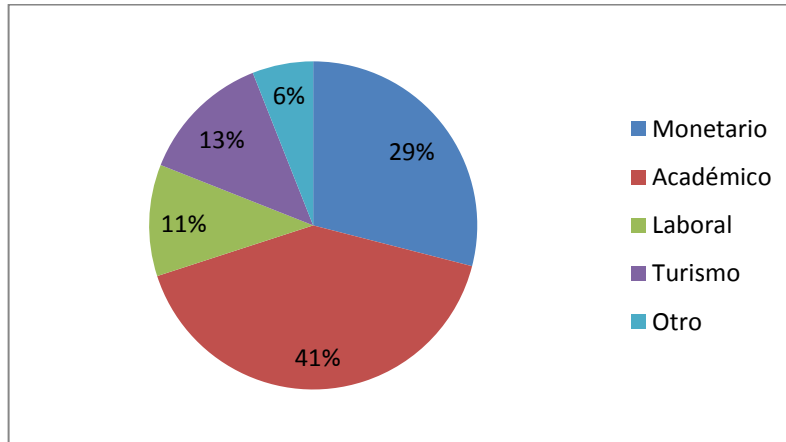
Es importante analizar este tópico, en tanto ellos se convierten en herramientas de estímulo a acatar las restricciones formuladas por las aseguradoras.

De todas maneras, vemos que en alto porcentaje (84,4%) se manifiesta por parte de los médicos la inexistencia de incentivos. Aunque ello sea así, el 15,6% expresó la existencia de incentivos y se determinó que tomando solo el 39% correspondiente a los médicos que afirmaron tener restricciones en el acto médico, la proporción de médicos que reciben incentivos es mayor.

---

<sup>94</sup> Cabe anotar que como demostramos anteriormente en este trabajo, sentencia **T 354 de 2011**, el By pass gástrico si se entiende incluido en el POS cuando no es con fines estéticos, pero con otra denominación.

**Gráfico 9: Incentivos.**



#### **4.3. ¿Hay Autonomía?**

La defensoría lo demuestra, la autonomía del médico tratante no es completa. La salud es el segundo derecho fundamental mas tutelado en Colombia y con toda razón, pues la información recogida a lo largo de la investigación adelantada por la entidad podemos afirmar que en repetidos casos no ha primado la salud sino la contención del costo y el aumento del patrimonio de las aseguradoras.

Algunos dirán, “bueno, pero *solo* el 39% de los médicos actúan con restricciones en su consultorio”, pues a ellos hay que informarles que dicha cifra es escandalosa y cuando retiramos los números y recordamos personas, nos damos cuenta que el problema es grave.

Ver todos estos datos en gráficos no resulta escandaloso ni ofensivo a los ojos, por ello es necesario recordar los fuertes términos que se han usado por parte de medios de comunicación y entidades de control para referirse a las muertes que la política de “*contención de costos*” de las aseguradoras han causado: La Contraloría ha usado el término de “*tren de la muerte*” haciendo mención a 502

pacientes fallecidos en el año 2007 y primer semestre de 2008 por la falta de ubicación oportuna de estas personas en IPS especializadas<sup>95</sup>; en el mismo sentido, el término “*paseo de la muerte*” es el expresado por la defensoría del pueblo para hablar de las personas que en busca de urgencias y por la negación en su prestación por motivos administrativos, económicos o logísticos no se les ha prestado la atención en salud y han muerto en el recorrido en busca de dicha atención (Gañán Ruiz 2011).

Podemos usar como uno, entre varios ejemplos ilustrativos el caso expuesto en el Tiempo del 04 de Marzo de 2006 donde se expuso lo siguiente:

*“El martes en la tarde, mientras Barranquilla gozaba en el último día del Carnaval, Dennis Urieta Rojas buscaba algo que explicara lo inexplicable: la muerte de su hijo, de apenas 11 años.*

*Lo que empezó como una simple fiebre, una semana antes, terminó en tragedia. Inicialmente, cuenta la madre, los médicos de la clínica Prevenir, adonde llegó el 22 de febrero con su niño, no podían hallar la causa de la fiebre.*

*‘Me dijeron que era la peste tropical que anda por ahí; después, que era un uñero que se le infectó. Sólo cuando les pedí que hicieran la prueba de dengue dieron con el mal’, contó la afligida mujer.*

*Pero ni así mejoraron las cosas. Las fiebres altas no cedían, el niño empezó a delirar y en la clínica sólo le recetaban antibióticos y calmantes y lo regresaban a casa.*

*‘Cuando vi que la salud de mi hijo se deterioraba, lo llevé otra vez de urgencias a la clínica. Allí vomitó sangre y fue cuando el médico recomendó remitirlo a una unidad de cuidados intensivos, pero ellos no tenían’, dijo la mujer.*

*El drama se agravó porque la entidad a la que estaba afiliado el niño (Colmédicas) no autorizó el traslado a la clínica Reina Catalina, con la excusa de que el niño sólo tenía cotizadas 26 semanas y se requería mínimo de 100 para permitir el procedimiento.*

---

<sup>95</sup> Véase El Auditor, medio informativo de la Contraloría General de Medellín. 2009, p. 6.

*De oficina en oficina, y enviada de un médico a otro, pasaron los días hasta que finalmente la mujer decidió trasladar al niño al Hospital Metropolitano. Allí le negaron atención porque no tenían convenio con Colmédicas.*

*Desesperada, Dennis corrió con su hijo a la clínica La Asunción, donde le exigieron 5 millones de pesos. Ella ofreció un millón, lo único que pudo reunir con sus familiares, pero no le aceptaron esa plata. Tuvo que regresar a Prevenir.*

*Amenazó con interponer una tutela. Trece horas después, el niño fue remitido, otra vez, a la Reina Catalina, donde demoraron más de dos horas para la admisión mientras el niño agonizaba en una camilla, sin el respirador artificial que necesitaba para sobrevivir.*

*Cuando se decidieron a atenderlo ya era muy tarde. Entró en crisis respiratoria, porque tenía los pulmones invadidos por la enfermedad. A los 11 años no lo mató el dengue, sino la indolencia.”*

Este caso muestra cada una de las trabas del sistema que hasta este momento hemos tratado. Primero, el acto médico no se despliega en su fase **diagnóstica** pues al paciente no se le remite al examen idóneo para determinar su aflicción; posteriormente, y luego de determinar la patología, al niño no se le formularon los medicamentos idóneos para el trato de su enfermedad y se le envió a la casa; y posteriormente, solo al ver que el paciente vomitaba sangre, el médico lo remitió a cuidados intensivos, y en este punto las trabas administrativas, totalmente contrarias al principio de integralidad y el derecho fundamental a la salud en conexión con la vida (para la época no era derecho fundamental *per-se*) fueron pisoteados por un trato inhumano, burocratizado e ineficiente.

Encontramos igualmente otro triste ejemplo expuesto por el periódico *El Espectador* en edición del 1 de octubre del 2008 donde en violación a las reglas de la ética médica y el acto médico por parte del médico tratante, se presentó la muerte de un bebé:

*“Un niño de cuatro meses de nacido fue llevado por su madre en repetidas ocasiones al médico, en la clínica Santillana, pero bajo el cuidado de Saludcoop EPS porque ‘tuvo vómito, presentaba inapetencia y se le veía decaído’. El médico Luis E. Botero le dijo que tenía otitis gripal, a pesar de que en una de las veces que fue llevado por su madre, tenía sangrado rectal. El galeno le*

*dijo que no era más que una gripa y le recetó acetaminofén, indicándole, además, que 'lo podía llevar todos los días y le iba a decir lo mismo'.*

*Posteriormente el pequeño fue operado -invaginación ilio cólica-, duró un mes hospitalizado y posteriormente, ante la insistencia de la madre, a la Fundación Clínica Valle del Lilly y allí internado en cuidados intensivos durante un mes. Dos semanas después de estar en casa, empezó a presentar sangrado rectal nuevamente.*

*La madre quiso llevarlo al Valle del Lilly nuevamente 'para que se le garantizara el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, pero la EPS se negó, aduciendo que ya no tenía convenio con dicha entidad hospitalaria'.*

*La madre llevó al pequeño nuevamente a la Clínica Santillana, 'donde, atendido en urgencias, el médico le volvió a recetar acetaminofén y se negó a poner en contacto a la madre con el cirujano'. La mujer instauró acción de tutela para que se protegiera el derecho a la salud a su hijo, pero este murió antes de obtener una respuesta".*

Este caso, generó un fallo de la Corte Constitucional sin precedentes, donde la sanción a la EPS consistió en obligarla a ubicar placas en cada uno de sus centros de atención que expresen la función que ostentan como entidades prestadoras del servicio público de salud: respetar los derechos fundamentales de los niños y niñas, *"especialmente sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y dignidad"*.

Estos casos muestran el tortuoso proceso de acceso, tan tortuoso que al final la consecuencia fue la más catastrófica, la muerte de los pacientes.

Nos hemos centrado, especialmente en el acto médico, la primera barrera impuesta por las EPS a los usuarios y ella se agrava en virtud al abuso de una posición dominante ante el médico tratante quien ha sido dotado de autoridad para decidir sobre el porvenir de su paciente por la jurisprudencia constitucional, por encima inclusive de las decisiones administrativas de las EPS, pero que en el diario acontecer de la práctica médica en su consultorio, está amarrado por una relación laboral subordinada en donde el 39% de los casos el patrono efectivamente se ha dedicado a limitar el acto médico.

Al galeno solo le queda actuar de acuerdo a la teoría del acto médico, pero siempre con el riesgo de ser despedido de su trabajo<sup>96</sup>, o simplemente desmejorado en su situación laboral, como efectivamente reflejó el estudio de la Defensoría del pueblo.

Casos como los expuestos se han repetido, y como ya informamos en capítulos anteriores, las tutelas en que han fallecido personas a la espera de la protección de su derecho a la salud también son numerosas.

Solo podemos exponer los casos, y aunque está claro que los principios que informan el sistema no buscan que estas cosas sucedan, tenemos una ley que sigue mostrando falencias y que no parece otorgar una solución en el corto plazo, pues no hay garantía alguna de que la ley 1438 de este año haya eliminado los principales problemas reflejados en este trabajo.

---

<sup>96</sup> lógicamente por la vía legal, es decir, despedido sin justa causa y por lo tanto indemnizado, pero despedido al fin y al cabo.

## CONCLUSIONES

Este trabajo comenzó con una pequeña inquietud ante el asombro de ver casos de violación flagrante del derecho fundamental a la vida por parte de las entidades aseguradoras. La pregunta sobre la idoneidad del acto médico nos llevaba a pensar tímidamente que al parecer algo no funcionaba en el sistema.

Repetidas acciones de tutelas con unidad en el tema no podían pasar desapercibidas y, ante una ya pasada tranquilidad inocente, pensábamos que en Colombia se protegía el derecho fundamental a la salud gracias a la existencia de dicho mecanismo.

Pues ahora hay que mirar hacia atrás, luego de estas páginas que han pretendido exponer el *modus operandi* del sistema y concluir que por el contrario, la timidez era injustificada, al igual que la tranquilidad, falsa, pues ni se le ha dado prioridad a la salud por el hecho de existir el mecanismo de tutela, ni todos los médicos han actuado en el mejor interés de sus pacientes y al contrario de lo que se pensaba, el acto médico en Colombia está siendo olvidado y remplazado por políticas de retención de costos mediante barreras de acceso al sistema, violentando la autonomía del médico tratante.

Pudimos observar cómo a través de los años, cada caso de violación al derecho fundamental a la salud fue moldeando el concepto del médico tratante, como la persona llamada a decidir por el devenir del paciente dentro del SGSSS, para la corte constitucional, y, para un porcentaje importante de entidades aseguradoras y prestadoras del servicio de salud, un peón llamado a proteger intereses económicos.



En varias ocasiones el médico tratante puede ser ubicado como la persona que en contravía a los CTC formuló el medicamento/tratamiento que el paciente realmente necesitaba, en otros casos, tal vez por ignorancia o tal vez en cumplimiento de órdenes impartidas por las EPS, actuó en contravía de lo que el acto médico y el juramento hipocrático le exigía.

Es para estos segundos casos que hemos intentado exponer de manera global el problema. Pudimos dilucidar por qué el sistema “gerenciado” de salud va en detrimento del bienestar de los usuarios, pues parece propender por la libertad económica de las entidades aseguradoras, proveyéndolas de un sinnúmero de mecanismos de limitación al acceso, con un blando control Estatal.

Saber que la jurisprudencia le confirió al médico tratante la potestad autónoma y científica de determinar que cuando exista necesidad, el usuario tiene derecho a acceder a la salud, dejando a un lado el plan de beneficios y la misma diferenciación entre régimen subsidiado y contributivo puede, aliviar un poco la preocupación e indignación de saber que hay personas a quienes se les pisotea su derecho de acceso al sistema. Pero como vimos, estas atribuciones pueden resultar inútiles cuando comprobamos que los médicos en Colombia pierden autonomía en virtud a la relación laboral que ostentan con las aseguradoras en salud y en varios casos cuando observamos que sus mismas condiciones de vida han sido comprometidas por dicha sujeción.

La legislación aun no ha logrado limitar tales condiciones y por lo tanto, por ahora la prestación de los servicios de salud sigue dependiendo del mecanismo de tutela. Seguiremos encontrando entonces que el médico tratante en algunos casos no será coherente con el acto médico y ante tal circunstancia la insistencia solo será escuchada, desafortunadamente, mediante orden judicial.

Así las cosas, casos como los presentados en este trabajo seguirán presentándose y seguramente nos escandalizaremos ante nuevas víctimas del sistema. Esperamos con el presente trabajo lograr llamar la atención de los

agentes que participan en el mapa que hemos dibujado (incluidos los usuarios) sobre la importancia de conocer y ser críticos ante el estado de cosas que nos rodea.

## BIBLIOGRAFÍA:

### LEYES.

- **Ley 23 de 1981.** Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica.
- **Ley 100 de 1993.**
- **Ley 715 de 2001: (21 de Diciembre)** Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.
- **Ley 691 de 2001: (18 de Septiembre)** Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.
- **Ley 828 de 2003: (10 de Julio)** Por la cual se expiden normas para el Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social.
- **Ley 1122 de 2007 (9 de Enero)** Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- **Ley 1164 de 2007: (octubre de 2007)** Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.
- **Ley 1438 de 2011 (19 de enero)** Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

## DOCTRINA.

- Academia Nacional de Medicina *El Contrato Social del Médico Ante el Desastre de la Salud*. 9 de Mayo de 2011.
- Aguirre, Gifford. *EL MÉDICO Y SU RESPONSABILIDAD*. Ed. TEMIS, Bogotá, Colombia 1993.
- Bedoya Hernández, Mauricio Hernando; Builes Correa, María Victoria. *El Acto Médico Como Ética de la Relación*. Artículo revista IATREIA, Volumen 22/No.1, Págs. 47 a 54, Marzo de 2009.
- Defensoría del Pueblo. *Autonomía médica y su relación con la prestación de servicios de salud*. 2007  
[http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/aut\\_med.pdf](http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/aut_med.pdf)
- Gañán Ruiz Jaime León. 2011. *Los muertos de la ley 100, prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental de la Salud. Una razón de su ineficacia. Caso POS contributivo*.
- Gascón Marina; De Lora Pablo, *Bioética: Principios, desafíos, debates*. Alianza editorial. Madrid, España 2008.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico-Paciente, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2002
- Monsalve Arenas, Gerardo. (2011) *Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Legis Editores S.A. Colombia.

- Ocampo Cardozo, Alejandro. *La Relación Médico Paciente En El Entorno De La Ley 100*. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas Departamento de Antropología Universidad de Antioquia, 2007.
- *Panel: reforma al sistema de seguridad social en salud, Análisis crítico de la ley 1438, Universidad pontificia Bolivariana, 2011.*
- Varios Autores, Emilio Carrasco (Coordinador) *Diez años del Sistema de Seguridad Social colombiano. Evaluación y perspectivas*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Vélez, Alba Lucía. *La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud?* Facultad de Ciencias para la Salud, Universidad de Caldas, Manizales.  
<http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol36No3/cm36n3a10.htm>
- Vélez Correa, Luis Alfonzo *Ética Médica. Interrogantes Acerca de la Medicina, la Vida y la Muerte*. Corporación para Investigaciones Biológicas
- Varios Autores. *De la Responsabilidad Civil Médica. Ediciones Rosaristas, Bogotá, Colombia, 1995.*
- Yepes, Sergio. *De la Responsabilidad Civil Médica*. Biblioteca Jurídica Dike Medellín, Colombia 7ª Ed. 2008.

## ÍNDICE DE LEYES

	<i><b>Pág.</b></i>
• Ley 23 de 1981.	46,56,60,63,72
• Ley 344 de 1996.	33
• Ley 480 de 1998.	32
• Ley 715 de 2001.	23
• Ley 1122 de 2007.	12,19,20,24,29,33,34,35,100,116,118
• Ley 1164 de 2007.	57,61
• Ley 1250 de 2008.	12
• Ley 1393 de 2010.	22
• Ley 1438 de 2011.	11,12,16,17,19,20,21,23,24,25,30,34,37,61,107,13

## ÍNDICE JURISPRUDENCIA

	<i>Pág.</i>
• Sentencia SU 480 de 1997.	78
• Sentencia T 666 de 1997 .	82
• Sentencia T 378 de 2000.	83
• Sentencia T 749 de 2000.	84
• Sentencia T 597 de 2001.	90
• Sentencia T 828 de 2001.	28
• Sentencia T 256 de 2002.	85
• Sentencia T 344 de 2002.	86,107
• Sentencia T 273 de 2003	87,94
• Sentencia T 053 de 2004.	89
• Sentencia T 001 de 2005.	90
• Sentencia T 339 de 2005.	90
• Sentencia T 504 de 2006:	91,94
• Sentencia T 004 de 2008:	93
• Sentencia T 760 de 2008.	96
• Sentencia C 463 de 2008	31,100
• Sentencia T 864 de 2010:	101
• Sentencia T 874 de 2010:	102
• Sentencia T 354 de 2011:	105