

# **CORRUPCIÓN EN LA SALUD COMO DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.<sup>1</sup>**

## **RESUMEN**

La corrupción es uno de los obstáculos que enfrentan los países para el buen desarrollo económico y social, que afecta a la sociedad ya que se desvía el presupuesto destinado a la prestación de servicios básicos como lo son salud, educación, vivienda, etc.; imposibilitando mejorar la calidad de vida de los ciudadanos poniendo en peligro la vida de las personas y por otro lado existe el abuso de poder y la obtención de beneficios.

Es evidente que los factores normativos frente a la corrupción en Colombia y en muchos países como lo es Brasil presentan debilidades jurídicas y normativas, donde las funciones de la pena han sido ineficaces para ponerle fin a este fenómeno.

En ese sentido se debe hacer una implementación normativa al código penal colombiano para que tanto la sanción como el control de la corrupción en la administración pública realmente tengan eficiencia y no exista afectación a un derecho fundamental como lo es la salud, tal y como lo ha venido implementando la política criminal de algunos países vecinos.

## **SUMMARY**

Corruption is one of the obstacles that countries face for good economic and social development, which affects society since the budget for the provision of basic services such as health, education, housing, etc. ; making it impossible to improve the quality of life of citizens endangering people's lives and on the other hand there is abuse of power and obtaining benefits.

It is evident that the regulatory factors against corruption in Colombia and in many countries such as Brazil present legal and regulatory weaknesses, where the functions of the penalty have been ineffective in putting an end to this phenomenon.

In that sense, a normative implementation of the Colombian penal code must be made so that both the sanction and the control of corruption in the public administration really have efficiency and there is no affectation to a fundamental right such as health, as it has been It has been implementing the criminal policy of some neighboring countries

**PALABRAS CALVE:** Delitos contra la administración pública, Corrupción en Salud, derechos fundamentales.

**KEY WORDS:** Crimes against public administration, Corruption in Health, fundamental rights,

## **INTRODUCCION**

---

<sup>1</sup> JOHANA LEON NEIRA, egresada no graduada de la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomas.

La corrupción es una gran batalla que enfrentan constantemente los diferentes estados, los cuales continuamente deben estar creando estrategias para combatirla y traer soluciones eficientes para los afectados por este fenómeno y así evitar que los recursos públicos sean utilizados de manera incorrecta. La corrupción es una relación existente entre el poder y la confianza ya sea en el ámbito público o privado, en donde es evidente una desviación de recursos para así obtener un beneficio particular.

Ha existido una implementación normativa respecto al tema como lo es la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ley 800 de 2011; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción en el marco de la Organización de Estados Americanos; donde se incluyen también normas a nivel nacional como lo es la Ley 1474 de 2011'' estatuto anticorrupción'' o la Ley 1778 de 2016, las cuales se han promulgado de manera continua para prevenir, judicializar e investigar la corrupción en los diferentes escenarios sociales.

fortalecer las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la corrupción, de manera que se puedan obtener resultados que reduzcan efectivamente la incidencia negativa de este fenómeno en la sociedad colombiana y se obtengan mayores niveles de transparencia e integridad en el sector público y mayor corresponsabilidad del sector privado y la sociedad civil en la lucha contra la corrupción. Igualmente, se busca avanzar en un mejor entendimiento del fenómeno e Implementar una estrategia integral de seguimiento, evaluación y monitoreo de los ejes de acción propuestos (COMPES N° 167 DEL 2013)<sup>2</sup>

En un régimen democrático es de vital importancia trabajar por prevenir y sancionar la corrupción desde todos sus aspectos en especial en el área de la salud en el entendido que se afecta un derecho fundamental, en donde gracias a este fenómeno se desencadenaron múltiples fallecimientos de la población colombiana y es que no solo es un fenómeno que ocurre en nuestro país, sino en otros como es el caso Brasil donde los índices de corrupción aumentan cada día más y más dejando grandes consecuencias que deben asumir las personas del común y viéndose más favorecidas las personas que se encuentran ocupando cargos públicos.

Según la (UNODC) ''*la corrupción genera efectos como lo son Desviación de los fondos destinados a prestar servicios básicos como salud, educación, agua potable y vivienda. Así mismo, en los países en que la ayuda internacional tiene por objeto mejorar la calidad de vida, la corrupción lo imposibilita y puede poner en peligro financiaciones futuras; fenómeno multidimensional que encuentra vínculos evidentes con otras formas de criminalidad organizada, esta puede a su vez exacerbar el problema de las redes de delincuencia organizada y fomentar delitos como la trata de personas, el tráfico de armas y migrantes, la falsificación y el comercio de especies en peligro de extinción; Impide el desarrollo económico, debilita el Estado de derecho*

---

<sup>2</sup> Consejo Nacional de Política Económica y Social Republica de Colombia y Departamento Nacional de Planeación; COMPES N° 167 DEL 2013.

*y despilfarra el talento y los recursos valiosos; Le niega oportunidades de empleo a quienes deberían acceder a ellos por meritocracia al recurrir al nepotismo; desalienta la inversión extranjera, con lo cual se crean todavía menos oportunidades de empleo''.*

En este aspecto la Fiscalía General de la Nación es de vital importancia ya que a través de una justicia eficiente permite una confianza entre las entidades y la población donde se garantice y se protejan realmente los derechos fundamentales.

En el caso de la salud al existir un sistema sancionatorio tan débil, se permite que los funcionarios que prestan este servicio en pro de "proteger o garantizar un derecho fundamental" lo hagan de forma más continua y es que esto no sucede en países como Colombia, en el caso de Brasil el servicio de salud es un servicio público, por lo tanto los médicos y demás funcionarios de la salud son considerados servidores públicos donde en muchas ocasiones prevalece el interés de la administración por obtener un porcentaje de los dineros asignados para la salud del cual se ha visibilizado que "(...)el presupuesto federal brasileño ha sufrido una pérdida de 2.300 millones de reales en el sector de la salud, de aproximadamente US\$ 797 millones en nueve años, de acuerdo con el principal organismo de control del poder ejecutivo brasileño" (GUZMAN, 2015)., en donde los funcionarios se excusan en el desconocimiento de la normatividad que les rige en los acápites de la ley anticorrupción brasileña.

Es evidente que tanto en Colombia y países como Brasil la corrupción es un fenómeno que está cada vez más en cabeza de los funcionarios públicos y entidades del estado que solo se interesan por obtener un beneficio propio desprotegiendo y afectando los demás sectores del país, en donde las funciones que tiene la pena normativamente respecto a este delito y más aún en la salud en donde hay grandes vacíos normativos han sido ineficaces para eliminar o mitigar el delito. Cabría entonces plantear una reforma al código penal colombiano donde se establezca la corrupción en la salud como un delito contra la administración pública, donde su pena sea severa y así mitigar este fenómeno que afecta no solo a la población que accede al servicio sino a los entes privados como IPS que prestan servicios de salud a la población donde los pagos por parte del estado por estos servicios son mínimos o muchas veces no se hacen ya que los funcionarios públicos buscan obtener provecho por cada contrato entre entidades. A lo anterior se podría plantear el interrogante ¿dónde están los millones de pagos que se autorizaron a las Entidades Promotoras de Salud EPS, las cuales funcionan como intermediarias en el sistema colombiano?, para resolver estos interrogantes a través de este artículo considero que es más importante dar opiniones críticas a través de un estudio de derecho comparado respecto al fenómeno de la corrupción y en especial en el sistema de salud haciendo un análisis de la legislación Brasileña y Colombiana.

## **LA CORRUPCIÓN UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

En un estado social de derecho como lo es Colombia, se debe propender porque sus poderes otorguen a los ciudadanos los servicios públicos pertinentes para que estos satisfagan sus necesidades como lo es el caso de la salud, educación, vivienda, un salario mínimo y todos aquellos que van de otra forma ligados a los derechos fundamentales de cada individuo.

Para dar entendimiento a la temática acá planteada se debe en primera medida establecer que la administración pública es entendida como “ (...) *actividad cumplida por aquellos que ponen en funcionamiento el estado para que este haga un efectivo cumplimiento de sus fines y funciones de acuerdo a sus jerarquía*” (FRANCISCO JOSE FERREIRA, 2006). Siendo entonces la administración pública el bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, del cual prevalece el servicio que presta la persona al estado desarrollando los fines del mismo, de forma adecuada, es decir sin que caiga en algún ilícito.

Por otro lado Gómez Díaz de León, establece que la administración pública puede ser entendida como “estructura<sup>3</sup>”, como “función<sup>4</sup>” o “como disciplina científica” (CARLOS GOMEZ DIAZ, 1998), donde el interés es garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en óptimas condiciones, creando así mecanismos que permitan el verdadero cumplimiento de la administración pública dentro de un marco de legalidad. Dentro de este campo hay que tener en cuenta claramente la diferencia entre el empleado y el funcionario público, toda vez que estos poseen características diferentes, y es para el derecho penal de importancia tener claridad de quién cometió el acto ilícito o si bien fue un particular que transitoriamente cumple funciones públicas.

Muñoz Conde establece que la función pública está guiada al interés colectivo y social que realizan órganos estatales para cooperar con los fines del estado, dándole un punto de vista penal el funcionario público debe cumplir con requisitos como lo son incorporación y participación en la función pública (NOGALES, 1997) a lo que puede concluirse que todo funcionario público llega a cumplir funciones públicas.

Doctrinalmente se han establecido diferentes teorías que brindan una protección a los delitos cometidos contra la administración pública entre estas están: la teoría del quebrantamiento en donde su mayor exponente es JAKOBS quien afirma que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que protege las expectativas que tiene la sociedad, por ejemplo, los que están sujetos a la administración pública deben velar por la correcta administración (JAKOBS, 1997). Otras de las teorías es la fidelidad proteccionista del estado, esta teoría plantea que los delitos contra la administración pública, están relacionados con la fidelidad al estado o el deber que tiene respectivamente el funcionario (BARRANCO, 2009) de lo anterior se puede entender que el injusto de los delitos cometidos por estos funcionarios es por infracción del deber del funcionario que quiebra la confianza que se ha depositado a este, respecto a su cargo. La teoría de la dignidad de la administración pública, en esta teoría el bien jurídico protegido es el buen

---

<sup>3</sup> En cuanto a la administración pública como estructura, está en sentido formal u subjetivo, esto quiere decir, como el aparato administrativo gubernamental y funcionarios que realizan los fines del Estado (CARLOS GOMEZ DIAZ, 1998)

<sup>4</sup> La administración pública como función, es en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público (CARLOS GOMEZ DIAZ, 1998)

nombre de la administración y el prestigio que esta debería tener a los administrados<sup>5</sup> (BATARRITA, 1997). Entre tanto la teoría de la funcionalidad de la administración pública<sup>6</sup>, para esta teoría lo que se tutela es la función constitucional de la administración pública es decir que esta debe cumplir con principios tales como eficacia, objetividad, imparcialidad que satisfacen el interés social (SANCHEZ).

De las teorías anteriormente planteadas podría entonces llegarse a la conclusión que en el caso Colombiano la teoría que más se ajusta a nuestro sistema podría evidenciarse que es la fidelidad del estado, en el entendido que es a esta a la que se le asignan diferentes funciones y responsabilidades con el fin de garantizar y proporcionar al individuo seguridad y cumplimiento de los derechos fundamentales que el estado garantiza, sin que esta incumpla o llegue a realizar actos irregulares o ilícitos que afecten estos derechos, y peor aun cuando estos ilícitos son cometidos para satisfacer o buscar provecho propio.

En la mayoría de códigos penales la corrupción no ha llegado a ser considerada un delito y por lo tanto no tiene una gran conceptualización legal pero lo que si se ha podido llegar a determinar es que la corrupción es el abuso del poder para beneficio particular y este abuso puede ocurrir en el nivel de la administración y los servicios públicos o en los cargos políticos.

Es así como la corrupción puede ser entendida como “(...)la apropiación indebida de un bien público” (Gomez, 1993), por otra parte, hay otros autores que la definen como “desviación ilícita del interés público o colectivo en beneficio de intereses privados” (FERNANDO, 2015); en base a las anteriores definiciones se puede establecer que los actos de corrupción son realizados tanto por personas de entidades públicas como privadas y estas tienen incidencias en la toma ilícita de recursos.

Los economistas consideran que la corrupción hace referencia a “crimen de cálculo, basado en incentivos. En esa medida, el tamaño y la incidencia de la corrupción depende del cálculo estratégico de costos y beneficios que los actores lleven a cabo en un contexto institucional determinado”. , mientras que los juristas consideran que este fenómeno hace referencia a “conductas desviadas frente a normas y se enfoca principalmente en los efectos perjudiciales que las prácticas corruptas tienen respecto del mantenimiento y la consolidación del Estado de Derecho”.

En Colombia hay varias identidades e instrumentos jurídicos que luchan contra la corrupción como “el estatuto anticorrupción; un código de ética disciplinario, ley para controlar el contrabando; una secretaria para la transparencia al interior de la presidencia de la república. Actualmente la corrupción en la administración pública ha dejado de ser un fenómeno que se ejerza únicamente por los funcionarios públicos, convirtiéndose en un fenómeno que realizan todas las personas desde políticos, funcionarios, socios etc. Donde cada uno de estos se

---

<sup>5</sup> La razón o fundamento de la protección penal, entonces, no se ubica en la fuente del prestigio o buena imagen de la administración (el correcto desempeño del cargo público), sino al prestigio, dignidad o buena imagen en sí (BATARRITA, 1997).

<sup>6</sup> La administración pública para esta teoría pudiera entenderse como un bien jurídico funcional que cumple funciones sociales que vienen desde la constitución.

encarga de sacar provecho de contratos, presupuestos designados por el estado para salud, vivienda, educación. Se ha llegado a tal punto que los funcionarios no reciben ellos mismos los dividendos de las actuaciones irregulares o ilícitas, muchas veces estas lo hacen a través de grupos, sociedades o a través del conocido fenómeno de la puerta giratoria el cual consiste en que cuando estas personas que cometen actividades ilícitas salen de la administración pública para posteriormente convertirse en parte de las empresas de las cuales resultaron beneficiadas; y es ahí donde se tiene que muchas veces aplicar la norma contraria puesto que no se deja evidencia como tal del delito y en varios casos no se judicializa al particular como autor.

*Para la Corte Suprema de Justicia se castiga como autor a un particular extraneus; se tipifican dos conductas punibles, cuya existencia es incompatible en el derecho comparado, como la concusión y el tráfico de influencias; se consagra un delito, cuya existencia vulnera todas las garantías del Estado de derecho, como el enriquecimiento ilícito de funcionarios, y nadie sabe a qué se refirió la ley cuando habla de “requisitos legales esenciales” en la celebración indebida de contratos (CRLOS, 2008).*

Es el derecho penal ha servido como herramienta proteccionista de los bienes jurídicos y una prevención a cada delito que normativamente está tipificado en el código penal colombiano, garantizando entonces entre muchas cosas la correcta administración pública y los derechos fundamentales que de esta se emanan, es evidente que hay vacíos normativos y sanciones laxas que han permitido que exista reincidencia en la comisión del ilícito como lo es en el caso de la corrupción tanto en la administración pública cometida por sus mismos funcionarios como en otros sectores y más aún en la salud donde se están vulnerando no solamente los derechos fundamentales de los individuos sino también es evidente que no se le garantizan a las instituciones prestadoras del servicio y por ende a sus empleados el pago oportuno y proporcional por el servicio prestado a los miles de usuarios que acceden al sistema de salud.

## **LA CORRUPCIÓN UN DELITO QUE AFECTA EL SECTOR SALUD**

El fenómeno de la corrupción afecta al país en todos sus ámbitos a nivel económico<sup>7</sup>, político, social y en general todo el sistema que permita un crecimiento y desarrollo de un país, a lo que podría decirse que a un alto índice de corrupción, mayor pobreza ya que este es un fenómeno que no solo se presenta en el sector privado sino también en el sector público y aunque este tema ha sido abordado por los medios de comunicación y diversas denuncias e investigaciones que han quedado en el olvido ya que el sistema judicial en su momento dio seguimiento a estos casos pero que al día de hoy es evidente que quedaron en el olvido y así mismo en la impunidad.

Mario Caciagli establece que “mientras que el clientelismo ocurre de manera vertical, la corrupción sucede de manera, más o menos, horizontal. La corrupción tiene una causalidad de

---

<sup>7</sup> “la distribución de los beneficios y costes (sic) que controla el Estado se hallan generalmente bajo el control de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional. Las personas y las empresas privadas que desean un trato favorable pueden estar dispuestas a pagar para obtenerlos. Los pagos son corruptos si se hacen ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de obtener un beneficio o de evitar un coste” (ACKERMAN, 2001)

largo y corto plazo que, entre otros factores, se halla en la intervención estatal, la crisis de los partidos y el nuevo espíritu de los políticos profesionales. La descentralización del Estado, finalmente, multiplica los espacios susceptibles de prácticas corruptas. De modo que la corrupción, al ser una manera de actuar, es el medio y no la sustancia de una cultura política". (H., 2002)

No hay un concepto claro o definido sobre este fenómeno de la corrupción que afecta no solo a Colombia sino también a países como Brasil, es así como el profesor Iván Montoya en su Manual sobre Delitos contra la Administración Pública establece que "(...) Todo acto de corrupción tiene que ver con la anti normatividad, el interés privado y abuso de una función", estableciendo entonces que corrupción es " el abuso de poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público "así mismo el profesor Montoya menciona qué hay diferentes tipos de corrupción, como lo son por naturaleza, Corrupción política, Corrupción burocrática, Corrupción individual o directa, sistémica.

A nivel internacional se ha establecido que "corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales". La Comisión Interamericana establece que "la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afro descendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres" (OEA, 2017)

Aunque no exista un concepto claro de corrupción, lo que sí es cierto es que este se ha convertido en un negocio, en donde se establecen unos recursos técnicos, físicos y humanos, y el cliente selecciona el producto que desee; pero en el mundo real en el sistema de salud no debería ser un negocio que se presta para actos ilícitos como lo es la corrupción, en donde se deja en manos de entes públicos que muchas veces subcontratan a entidades privadas quienes en medio de esta tercerización, se aumentan los costos quedándose así con porcentajes para beneficio propio, dejando de lado el concepto de derecho fundamental que adquiere la salud, al que deberían tener acceso y excelente servicio todos los individuos sin distinción<sup>8</sup> de sexo, edad, raza o condición socioeconómica, es claro que la corrupción tiene varios componentes de la realidad actual del país viéndose involucradas tanto entidades públicas como privadas y aún más en el sector salud donde todos están implicados como lo son profesionales en la salud, farmacéuticas, el estado entre ellos los hospitales y sin duda las empresas prestadoras en salud (ÉPS); este grupo de entidades buscan un interés individual el cual sobrepasa el interés o las necesidades que tiene la población.

---

<sup>8</sup> Equidad: El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad, a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa. (LEY100/93)

Hay que mencionar acá que un gran detonante de la corrupción en el sector salud comenzó a raíz de la ley 100 del 1993 que si bien es cierto aumentó los recursos que serían destinados al sector salud, el cual en la realidad no tiene la cobertura que debería tener permitiendo un acceso garantizado al derecho a la salud y así mismo al pago por el trabajo realizado (prestación del servicio en salud), a primera vista esto permite afirmar que el rubro o recurso destinado a la salud no ha llegado a la población colombiana como debería ser y sin más ni menos a causa de la corrupción entre intermediarios. Ha sido tanto el nivel al que se ha llevado este fenómeno que ha ocasionado la muerte de cientos de personas que no obtienen un derecho realmente garantizado y oportuno, como lo es el caso de múltiples muertes por enfermedades crónicas porque no hay medicamentos, muertes infantiles y demás casos que pudieron ser prevenidos si se hacía la inversión al sistema de forma adecuada.

La crisis de la salud se evidencia mes a mes y como evidencia de ello son las innumerables tutelas radicadas por los usuarios para acceder a los servicios de salud, la Corte Constitucional reiteradamente ha establecido que la mayoría de las tutelas interpuestas hacen referencia a servicios médicos que ya han sido reconocidos en el plan obligatorio de salud, pero hay omisión a la prestación del servicio y del ente de vigilancia Superintendencia Nacional de Salud (SENTENCIA T-760 , 2008)

De lo anterior cabe entonces hacer el pregunta ¿dónde están los dineros de pagos que se autorizaron a las Entidades Promotoras de Salud y del rubro que destina el estado anualmente, siendo las primeras intermediarias en el sistema colombiano?, es evidente entonces que el país no ha tenido únicamente pérdidas económicas sino de igual forma de personas que perdieron la vida al no tener un acceso oportuno y garantizado a la salud y no se puede olvidar que hablamos de un derecho fundamental constitucionalmente.

Para recordar un poco el sistema de salud en Colombia está compuesto por el régimen contributivo y subsidiado es decir el sector privado y público respectivamente y los regímenes especiales como Fuerzas Militares, Policía Nacional, magisterio etc., la forma de subsistencia de cada sistema es diferente puesto que en el sistema contributivo depende de la cotización de cada uno de sus afiliados, en el Subsidiado quienes sus afiliados son personas que no cuentan con una capacidad de pago, el cual opera bajo un sistema de subsidiado cruzado entre el sistema contributivo mas los fondos fiscales provenientes de los impuestos. La afiliación al sistema de salud es obligatoria mediante las EPS (Empresas Promotoras de Salud) ya sean públicas o privadas y que estas a su vez se encargan de ofrecer el plan obligatorio de salud; estas EPS entregan los montos reunidos por las cotizaciones al FOSYGA.

En el caso de países como Brasil de acuerdo a lo establecido por Couttolenc & Dmytrzenko luego de la constitución del 88 y luego de reformas sociales que buscaban inclusión social, se pudo establecer que la salud era un derecho al cual tenían acceso todos los ciudadanos, siendo el estado el garantista del cumplimiento a este derecho; en Brasil este derecho es financiado por los impuestos y es vigilado por el Ministerio de salud, puede establecerse entonces que este servicio es descentralizado, donde se hacen contratos entre el gobierno federal y entidades

locales de salud; y es ahí como en el caso colombiano que en medio de esa contratación y tercerización del servicio los dineros se van quedando en entes que buscan un bienestar individual. *“Los servicios de cuidados hospitalarios más sencillos son provistos por el sector privado, mientras que los de mayor nivel de complejidad, como trasplantes de órganos, son proporcionados por hospitales públicos – especialmente aquellos asociados al Ministerio de Educación. En estos niveles el método de pago utilizado es el de caso o de Diagnosis Related Group”* (MONTEKIO, 2001). En Brasil fue creado el *“Sistema Único de Saude”* el cual es Público y que tienen derecho a recurrir a él todos los brasileros, el cual es coordinado por el Ministerio de Salud.

De acuerdo a Couttolenc & Dmytrzenko (2013), *el paquete de beneficios al que tienen acceso los brasileros en el Sistema Único de Salud ha evolucionado en el tiempo. Este se caracteriza, sin embargo, por ser una lista inclusiva –es decir, no es negativa, ni con exclusiones claras y es definida por Ministerio de Salud en consenso con las Secretarías de Salud estatales y municipales con criterios de “costo-efectividad”* (Dmytrzenko, 2013). Sin embargo, no existe una medida clara de lo anterior y tampoco suelen hacerse evaluaciones de costos y el beneficio cuando se modifica el plan de beneficios. Si bien es cierto en este país existe cierto número de beneficios que incluyen los tratamientos médicos en determinadas enfermedades, no se sabe con exactitud hasta donde el Sistema Único de Salud brasilerero hace cubrimiento en los tratamientos y al no tener exacta claridad en el sistema, se radican constantes demandas en los tribunales solicitando la prestación de servicios en salud y tratamientos y que finalmente estos terminan siendo financiados por el sector público del cual se obtienen beneficios propios e ilícitos.

Los líderes en temas de corrupcion y la afectación de este en la salud de los colombianos establecieron que siguen los problemas de sostenibilidad financiera y la existencia de barreras al acceso a los servicios de salud y respecto a retos del sistema, el primero corresponde a alcanzar dicha sostenibilidad, mientras que el segundo desafío identificado es la necesidad de recuperar la legitimidad y confianza en el sistema.

Realizando un análisis en derecho comparado, es importante citar lo establecido por Klitgaard quien afirma: *“en todos los países hay corrupción y esto mismo puede pasar en cualquier institución, que provea bienes y servicios o que tenga activos, que pueden ser explotados por los empleados, para sus propósitos individuales; en ese sentido, la corrupción se da porque la gente trata de aprovecharse de estas instituciones y activos”* (Klitgaard, 2009), es evidente que ningún país tenga la capacidad de tener un plan ilimitado de salud para todos sus habitantes, pero si es necesario que los países generen nuevas formas que garanticen de forma efectiva el servicio a la salud.

Para concluir se puede establecer que en Colombia existen tres problemáticas fundamentales uno es la baja cobertura del régimen contributivo que a su vez se relaciona con el bajo nivel económico que presenta el país actualmente, el segundo hace referencia a la financiación que presenta el sistema, ello debido a diferentes restricciones presupuestales de origen público que pone en desequilibrio la prestación del servicio y principalmente la de hospitales públicos, y como

tercer factor encontramos los innumerables casos de corrupción que afectan al sistema que por un lado están los recobros del foso por las EPS, medicamentos por sobrefacturados, la intervención a las EPS por parte de la Superintendencia que deja grandes deudas a los prestadores. Son entonces estos factores los que están no solo afectando a las personas que prestan los servicios de salud, sino que también se está violando el derecho fundamental a la salud dentro de un estado garantista.

El país necesita claramente una reforma al sistema de salud que contenga mecanismos eficientes, que deje de lado y no permita la corrupción en el sistema como permitiendo armonización en la economía del sector salud con el objetivo de encontrar un punto medio entre los dos regímenes y sus afiliados para sanear el déficit del sistema, brindando así una igualdad con cobertura, eliminando la tercerización a las EPS o demás contratistas que afectan tanto a los usuarios como a las IPS y hospitales. Pero no sólo eso se debe plantear de igual manera una reforma al código penal colombiano en su Título XV delitos contra la administración pública y que incluya penas severas en casos de corrupción en la salud en el entendido que no solo se está afectado el dinero destinado sino la vida de los ciudadanos al permitir que particulares, funcionarios públicos y entidades públicas pongan por encima su interés y quedarse así con dineros destinados para prestar un derecho fundamental.

### **LA SALUD UN DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO POR LA CORRUPCIÓN, NO REGULADO PENALMENTE**

El derecho a la salud surge para algunos autores como un valor social debido a lo suscitado en la revolución industrial de Inglaterra, donde los movimientos sanitarios permitieron el paso de investigaciones en sanidad, enfermedades y a raíz de ello surge la institucionalidad de la salud como derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup> y posteriormente en el Pacto Universal de Derechos Humanos, finalmente la organización mundial de la salud hizo una implementación del derecho a la salud el cual trajo un nuevo concepto de salud<sup>10</sup> en torno a sociabilidad, economía y emocionalidad; siendo el estado en primera medida el responsable de este derecho.

Las primeras aproximaciones del sistema de salud datan de 1883 en Prusia la cual fue creada por canciller Bismarck el cual establecía que “la financiación de la salud, se debía originar principalmente del recaudo de aportes obligatorios, los cuales debían ser pagados en conjunto por las empresas y los trabajadores a una caja de seguro público obligatorio” (Moreno, 2009), posteriormente la organización mundial de la salud define el sistema como la suma de todas las

---

<sup>9</sup> “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (DECLARACION UNIVERSAL DE LAS NACIONES UNIDAS , 1948)

<sup>10</sup> La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (SALUD, 1948)

organizaciones, instituciones y recursos cuyo objetivo principal consiste en mejorar la salud. Un sistema de salud necesita personal, financiación, información, suministros, transportes y comunicaciones, así como una orientación y una dirección generales. Además, tiene que proporcionar buenos tratamientos y servicios que respondan a las necesidades de la población y sean justos desde el punto de vista financiero.

Con el paso del tiempo y con la llegada de la globalización, las entidades privadas fueron tomando poder para hacer parte de este derecho siendo así como se implementó el suministro de fármacos por parte de entidades privadas, prestación de servicios de rehabilitación; viendo entonces cómo el sector de la salud pero sobre todo el derecho al que tienen las personas, ha atravesado procesos de institucionalización y pese a ello se ha tenido una gran discusión sobre la reglamentación de este derecho y así mismo la sanción cuando este es vulnerado.

En el caso Colombiano pese a que la Constitución Política no tiene la salud dentro de los derechos fundamentales, jurisprudencialmente se ha elevado la salud a un rango de derecho fundamental, como se puede evidenciar en la sentencia (Sentencia T-548, 2011) *“La salud<sup>11</sup> es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social...”*

Así las cosas en Colombia en la década de los noventa comienzan las implementaciones al sistema de salud para garantizar de mejor forma este derecho y evitar entonces que el único garantista fuera el estado, dando paso a la ley 100 de 1993 como primer cambio legal en donde se organiza nuevamente el Sistema Nacional de Salud, dictando disposiciones sobre el servicio público a la salud en cabeza del estado regido por principios básicos como lo son subsidiaridad, universalidad e integración funcional el cual pretende lograr una armonía entre el sector privado y público, igualmente se comenzaron a regular prestación de servicios en salud encontrando como prestadores a los entes privados como las IPS, tercerización de contratos y servicios, intermediarios; es ahí donde se le da paso en primera medida al fenómeno de la corrupción ya que se empezó a buscar prioridad en destinación de recursos pidiendo coimas para esto.

Seguida de la ley 100 de 1993, fue promulgada la ley 1122 de 2007 la cual trajo modificaciones, entre las más relevantes encontramos el aumento de los recursos para el régimen subsidiado y la implementación de la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud la cual calcula el pago por capitación tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado.

Posteriormente con la llegada de la ley 1438 de 2011 se hace una reforma al Sistema de Seguridad Social en Salud, en donde frente a los gastos de administración de las entidades promotoras en salud establece en su artículo 23 que *“... El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades*

---

<sup>11</sup> Inherente al ser humano el cual se debe prestar de forma oportuna, eficaz y con calidad.

*Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación. Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.” Idealmente, las empresas privadas que participan vía EPS e IPS compiten vía eficiencia y calidad en beneficio de ellas y de la sociedad’’ es decir que para el caso de Colombia lo que se quiere es una igualdad para los Colombianos, de forma oportuna, aunque en muchos casos y como es evidente aunque se destine el presupuesto de la salud para proteger el derecho, se generan sobre costos en los medicamentos o en los servicios y este aumento no es precisamente para el usuario sino muchas veces tomado para beneficio personal de funcionarios del sector salud, generando así sobrecostos innecesarios al sistema.*

Puede afirmarse que Colombia cuenta con recursos suficientes designados para el sistema, pero debido a factores como la intermediación estos dineros no son realmente destinados para el usuario que requiere el servicio y mucho menos para los pagos de los prestadores, lo que conlleva a la no prestación de servicios de salud; otro de los factores es el mal manejo y el elevado índice de corrupción entre las EPS, lo que da lugar a que estas se declaren en quiebra y tengan que ser intervenidas como lo es el caso de Caprecom, SaludCoop, Medimas, etc. Dejando un gran vacío y desequilibrio económico en el sector, pero sobre todo, personas desprotegidas y muchas veces al borde de la muerte por la inoportuna prestación de los servicios.

En la actualidad personas del medio como lo es Oscar Ospina Quintero establece que *“ El sistema de salud usa intermediarios que necesitan utilidades para mostrar a sus dueños o recursos para poder sobrevivir, por ello en algunas oportunidades se niegan servicios a los usuarios y en otras se cobra un mayor valor por el producto o servicio ofrecido.”* por otro lado Néstor Álvarez Lara, quien es representante de los Pacientes de Alto Costo, menciona que *“no podemos desconocer que tanto en el sector público como en el privado, el mismo modelo de mercado lleva a la corrupción”*. La corrupción llegó al país y se quedó por un largo tiempo en diferentes sectores económicos y sociales. *“En este país no hay compromiso social de la ciudadanía, no hay castigos, controles. De ahí que se vuelve muy fácil robarse el dinero de la salud”, explicó Álvarez Lara*’. (Sandoval, 2016), podemos ver como los actos de corrupción vulneran derechos fundamentales y para el caso de la salud se puede presentar de dos formas: ya sea de forma directa<sup>12</sup> cuando se presenta el incumplimiento de obligaciones como lo son proteger, contribuir o respetar estos derechos que han sido llevados a rango constitucional e inherente al ser humano; o bien sea de forma indirecta cuando el acto ilícito (fenómeno de la corrupción) conlleva a varios momentos que como consecuencia final es el incumplimiento de la prestación del servicio de forma respetuosa, cumpliendo y protegiendo el derecho que tienen las personas.

---

<sup>12</sup> Un ejemplo de la corrupción directa que afecta el derecho fundamental a la salud se presenta cuando el estado omite la prestación del servicio de salud impidiendo que los individuos accedan al sistema.

Los actos de corrupción vulneran<sup>13</sup> no solo el derecho a la salud y otros derechos que van de la mano como lo es la afectación del derecho a la igualdad y discriminación, donde se desvían fondos; por ello es necesario no solo buscar una solución a la protección de los derechos humanos sino de igual modo erradicar la corrupción siendo esta uno de los problemas que no permiten que los derechos sean garantizados en su debida forma.

La OEA menciona en diferentes documentos, la importancia de la lucha contra este fenómeno que afecta derechos fundamentales “las víctimas de la corrupción deben estar en el centro de la lucha contra este fenómeno y formar parte del análisis, diagnóstico, diseño e implementación de mecanismos, practicas, políticas y estrategias para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción considerando los principios de no discriminación e igualdad, rendición de cuentas, acceso a la justicia, transparencia y participación”

Colombia no es el único país afectado por este fenómeno, si revisamos países como Brasil podemos observar que la corrupción afecta cada día más este sector de la salud, por ejemplo, en el caso Ximenes Lopez contra Brasil *“Este caso representa la muerte del Señor Ximenes, quien padecía una discapacidad mental, razón por la cual fue internado en el Centro de Salud “Casa de Repouso Guararapes”, perteneciente al Sistema Único de Salud Pública de Brasil. En el año de 1995 había sido internado por primera vez y tras un período de dos meses, regresó a su casa aduciendo haber sido víctima de violencia. El 1° de octubre de 1999 ingresó nuevamente, tras unos episodios de agresividad; allí fue sometido a contención física y tratos crueles e inhumanos. El 4 de octubre de 1999, cuando su madre fue a visitarlo, lo encontró en condiciones de salud e higiene degradantes, con heridas y sangrado constante. El Sr. Ximenes falleció ese mismo día”* (Humanos, 2006).

En el caso anterior se puede observar que los actos de corrupción no son precisamente responsabilidad del estado, sino de los funcionarios que prestaron el servicio de salud.

Para la Comisión Interamericana, la ausencia de una regulación clara, con definición adecuada de procedimientos y criterios objetivos para la asignación de los casos, así como para la separación de las y los operadores del conocimiento de los casos que se encuentran en curso, favorece la pretensión de las partes en un proceso o de otras personas, incluidos funcionarios del propio poder judicial, fiscalías o defensorías públicas, de incidir o interferir en la asignación particular de casos o en el retiro de los mismos. Este tipo de prácticas discrecionales puede aprovecharse con el objetivo de contribuir, a través de la corrupción, a generar riesgos objetivos a la independencia en el desempeño de las y los operadores de justicia y favorecer la impunidad de los casos(OEA, 2013)

Es así como se puede establecer que *“la consecuencia más grave de la corrupción en la administración de justicia es que puede generar una decisión injusta y ello afecta a la igualdad de las partes y a la independencia y neutralidad de una corte. Si un juez recibe un soborno de*

---

<sup>13</sup> La violación a los derechos humanos tiene una estrecha relación nexo causal con la corrupción y así mismo con la responsabilidad que tiene el estado.

*una de las partes para que falle a su favor, el derecho a la igualdad de las partes está claramente afectado. Por esta razón, es fundamental el derecho a un juez imparcial e independiente. Si hay corrupción, se viola este derecho'' (Bacio Terracino, 2009)*

En este año han sido constantes los cierres de las EPS, y como consecuencia de ello la no prestación del servicio en salud, afectando así el derecho que tienen las personas, así como lo establecen los expertos como el senador Alberto Castilla quién afirma: "Aquí no se está pensando en el servicio a los ciudadanos, sino en el negocio de las EPS. Por ejemplo, la Empresa Prestadora de Salud-Comparta les debe a los hospitales 423 millones de pesos en Santander. En este sentido, es pertinente que el gobierno le gire directamente a los Hospitales para eliminar la especulación de las EPS, enfatizó el congresista"; por otro lado, el senador Gabriel Velasco, menciona que la responsabilidad y los compromisos deben ser de doble vía "si la ADRES le cumple a las EPS, estas deben cumplir a los hospitales y que no se mantenga la intención permanente de que estas no les pagan a los hospitales. agregó además que la culpa no debe ser sola del gobierno, sino también de las EPS, éstas deben reconocer su responsabilidad", mientras que el senador José Riter López manifiesta que "Aquí se le está mintiendo al país por parte de las EPS, quienes expresan una situación favorable con los miles de afiliados, aunque la realidad es otra y el servicio actualmente sea precario. Por lo tanto, pedimos a la Superintendencia para que saque del mercado aquellas empresas de Salud que no están cumpliendo con el buen servicio al ciudadano".

Posterior a la intervención al ADRES el superintendente de Salud, Fabio Aristizábal Ángel, denunció que ha encontrado varias prácticas de corrupción. *"Día a día desde la Supersalud nos encontramos con prácticas de corrupción al interior de las instituciones, esto no puede seguir así, la Supersalud está avanzando en la sanción ejemplar de estas instituciones que infringen la ley".* Así mismo el superintendente en entrevista para la revista semana estableció que:

varios actores del gremio se juntan para poder hacer estas jugadas. Para violar la ley, es común que una EPS le gire a una IPS más de lo que causó, como lo detectamos en Córdoba, donde un hospital le facturó a la EPS 1.200 millones de pesos, cuando el promedio mensual era de 149. Con el resto de la plata, se hicieron pagos e incluso giros a personas. Otras modalidades que identificamos tienen que ver con el desvío de recursos de la salud para patrocinar reinados, como el de la Ganadería, y equipos de fútbol, como Jaguares, tal como hizo Comfactor.

Estableciendo de igual forma que la facturación de servicios de pacientes fantasmas, es decir, que están muertos, no existen o que usan cualquier cédula para cobrar por atenciones que también son inexistentes, como pasó con los carteles de la hemofilia, el sida o los pañales. Para que una EPS robe plata se necesitan hospitales, clínicas y prestadores que la ayuden, y viceversa. Pero muchas veces se hace a través de operaciones y sistemas muy sofisticados. Y para finales como medida preventiva estableció que actualmente se intervinieron 19 EPS en medida de vigilancia especial, 9

IPS intervenidas y hemos abierto 348 nuevas investigaciones. Y ahora, con la Ley 1949, vamos a ir al bolsillo de los responsables.

En respuesta a lo expuesto por las Supersalud, el viceministro de Salud, Iván Darío González, expresó que la ley de punto final es para que los recursos de la liquidación les lleguen a los empleados, a las IPS y a los proveedores. En esta medida se espera que, con más recursos inyectados al sistema, se mejore la atención de los pacientes.

Es importante no solo la tipificación de la corrupción como delito, sino entender el fenómeno que se relaciona con un conjunto de hechos como lo es el ofrecimiento de dádivas que por actos de acción u omisión, se alteran procedimientos y de igual forma el entorpecimiento de la justicia; por lo tanto es necesario que la inspección, vigilancia y control del sector salud sea de manera eficaz y oportuna, donde este en cabeza no solo de la súper salud sino también de los demás entes como lo son la fiscalía, la procuraduría y la contraloría para así ver de forma más detallada todo lo que ocurre en este sector de la salud que día a día afecta un derecho fundamental de miles de Colombianos.

Podríamos concluir que aunque existe normatividad sobre el tema y pese sus vacíos, estas no son cumplidas y los actos ilícitos que se cometen en el sistema no son realmente investigados por las entidades de vigilancia y control como tampoco son judicializados; en Colombia encontramos la tutela como mecanismo de protección a los derechos fundamentales cuando estos son omitidos o vulnerados por entidades públicas o privadas y que es regulado constitucionalmente, no existe ninguna regulación o sanción en los actos de corrupción por parte de funcionarios que vulneran este derecho, por medio de actos ilícitos como lo es con el fenómeno de la corrupción.

## **CONCLUSIONES**

El fenómeno de la corrupción como se ha visto a lo largo de este artículo investigativo, es un problema que afecta no solo países como Colombia sino muchos otros, como en el caso de Brasil que muestra grandes índices de violación al derecho a la salud a causa de este ilícito que pone en riesgo el Sistema de salud ya que son las mafias las que han venido patentando procedimientos, métodos y prácticas para apropiarse día a día de los recursos desinados al sector salud. Por ello en el caso colombiano es importante realizar una reforma verdadera al sistema de salud, que garantice un verdadero acceso al sistema, que beneficie no solo al paciente sino también a las entidades de salud como IPS que prestan estos servicios, con controles eficaces en donde estén involucrados todos, y no solo los entes gubernamentales a los que muchas veces se les sale de las manos controlar esta problemática.

Como se ha podido ver a lo largo de esta investigación desafortunadamente el actuar político de nuestro país va encaminado a un interés particular, lleno de ambiciones y lucha por el poder, desencadenando este problema político social la mayor causa de corrupción generando una

cadena en diferentes sectores, en donde se ve el manejo indebido de recursos los cuales terminan afectando a la población más vulnerable. Es por eso importante que los entes de control realicen auditorías más rigurosas y estrictas ya que lo que está en juego es un derecho fundamental, el derecho a la salud.

De igual forma es importante realizar una implantación normativa al Código Penal Colombiano, que permita establecer un agravante de responsabilidad penal a aquellos tipos penales que reprochan las conductas contrarias al servicio público y en especial aquellas que versan sobre la administración y ejecución indebida de los recursos destinados para la financiación del Sistema en Salud y con ello se evite la corrupción en la salud que afecta tanto a prestadores del servicio como a la población que requiere acudir a un servicio en salud, es importante tener en cuenta que prevenir la corrupción debe ser la prioridad del estado colombiano para así mejorar la calidad de vida de las personas.

## Bibliografía

ACKERMAN, R. (2001). *LA CORRUPCION Y LOS GOBIERNOS: CAUSAS CONSECUENCIAS Y LA REFORMA* . MADRID .

BARRANCO, N. M. (2009). *SENTIDO Y LIMITES DE LA SANCION PENAL DE CONDUCTAS DE CORRUPCION PÚBLICA* . JURISTA EDITORES .

BATARRITA, A. A. (1997). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA* . BILBAO : INSTITUTO VASCO DE LA ADMINISTRACION PUPLICA .

CARLOS GOMEZ DIAZ, D. L. (1998). *ADMINISTRACION PUBLICA CONTEMPORANEA*. MEXICO: MCGRAW-HILL.

CRLOS, C. C. (2008). *CORRUPCION Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA*. BOGOTA : UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

DECLARACION UNIVERSAL DE LAS NACIONES UNIDAS , ARTICULO 25 (1948).

Dmytrczenko, C. &. (2013). *Brazil's Primary Care Strategy*. Brasil .

FERNANDO, J. V. (2015). *EL INTERES JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CORRUPCION EN COLOMBIA* . PUEBLA-MEXICO : IUS. REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS DE PUEBLA.

FRANCISCO JOSE FERREIRA, D. (2006). *DERECHO PENAL ESPECIAL TOMO I*. TEMIS.

Gomez, H. (1993). *la corrupcion en colombia una perspectiva politica y gerencial* .

GUZMAN, D. (FEB de 2015). *ASOCIACION DE ESPECIALISTAS CERTIFICADOS EN DELITOS FINANCIEROS* . Recuperado el NOV de 2019, de [www.delitosfinancieros.org](http://www.delitosfinancieros.org)

H., I. (2002). *RESEÑA DE CLIENTELISMO, CORRUPCION Y CRIMINALIDAD ORGAMIXADA* . ICONOS .

JAKOBS, G. (1997). *DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, FUNDAMENTOS Y TEORIA DE LA IMPUTACION* . MADRID : MARCIAL .

Klitgaard, R. (2009). *CORRUPCION NORMAL Y CORRUPCION SISTEMATICA* . BOGOTA: OLACEFS.

LEY100/93, 100/93 (CONGRESO DE LA REPUBLICA).

MONTEKIO, V. B. (2001). *SISTEMA DE SALUD EN BRASIL* . Recuperado el NOVIEMBRE de 2019, de SCIELO.UNAM : <http://scielo.unam.mx/pdf/spm/v53s2/08.pdf>

NOGALES, I. O. (1997). CONCEPTO DE FUNCIONARIO PUPUBLICO A EFECTOS PENALES. *DELITOS CONTRA LA ADMINSTRACION PUPUBLICA* , BILBAO .

REYES ECHANDIA, A. (1989). *TIPICIDAD* . TEMIS.

SANCHEZ, B. F. *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUPUBLICA* . PERU : REVISTA CIENCIAS PENALES .

SENTENCIA T-760 , T-760 DE 2008 (CORTE CONSTITUCIONAL 2008).

UNODC. (s.f.). *OBSERVATORIO TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCION* . Recuperado el NOV. de 2019, de CORRUPCION Y LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE : <http://www.anticorrupcion.gov.co/>