



**LA VALIDEZ DEL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO DE LA SALUD EN
COLOMBIA**

ERNESTO MARTÍNEZ CELIS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.

2019

LA VALIDEZ DEL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO DE LA SALUD EN
COLOMBIA

ERNESTO MARTÍNEZ CELIS

Trabajo presentado para obtener el título de magister en derecho público

DIRECTORA DE TESIS:
MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.

2019

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	7
1. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.....	19
1.1 DESARROLLO HISTÓRICO Y NORMATIVO	20
1.2 DISEÑO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.....	37
1.3 LA ACCIÓN DE TUTELA UNA BARRERA PARA EL ACCESO A LA SALUD ..	57
1.4. ESTADÍSTICAS	75
1.5. PAPEL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD	81
2. COMPATIBILIDAD, COMPLEMENTARIEDAD Y COORDINACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	88
2.1 TENSION ENTRE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES..	91
2.2 TENSION DE PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO Y PRINCIPIOS DIRECTIVOS.....	96
2.3 TENSIONES EN LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN LA ATENCIÓN BÁSICA.	102
2.4. TENSIONES EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	109
3.CONCLUSIONES.....	116
3.1. PROPUESTA PARA LOGRAR UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LA FALTA DE VALIDEZ SUSTANCIAL DEL SISTEMA NORMATIVO DE LA SALUD.....	117
BIBLIOGRAFÍA	124
ANEXOS.....	129
fichas jurisprudenciales	129

RESUMEN

El presente, es un estudio jurídico dogmático de interpretación normativa, el cual pretende determinar si en Colombia el desarrollo legal del actual diseño normativo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es acorde o no a los postulados constitucionales e internacionales que manifiestan, el deber del Estado de ofrecer, cobertura universal, buena calidad, y gratuidad de la atención básica de la salud para todos.

Para empezar, se dará inicio identificando el aspecto histórico y la vigencia de la normatividad actual del sistema, luego se estudiarán desde el punto de vista académico, los principales problemas estructurales de la prestación del servicio de la salud, lo anterior, para determinar y hacer juicio o calificación, respecto del grado de la validez sustancial de la normatividad del ordenamiento jurídico que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir, verificaremos cuando el contenido de las disposiciones legales es coordinado, compatible y complementario entre sí y con las fuentes de derecho de mayor jerarquía.

Durante el presente documento, observamos dos tendencias yuxtapuestas en torno a la prestación del servicio del derecho de la salud, la primera desde el punto de vista constitucional, la cual tiene como fin generar calidad y cobertura total en el derecho de salud apegados al “garantismo rígido constitucional” promovido por el maestro Luigi Ferrajoli, en el cual toda la población nacional, sin importar sus recursos o aportes se le debe asegurar la protección a sus derechos sociales, y en segundo lugar la posición que tiene las entidades promotoras del servicio de salud (EPS) que no dirigen sus actuaciones al cumplimiento de este fin social, sino en cambio desarrollan formalismos y barreras para darle prevalencia a las ganancias económicas que permite y propende por generar la Ley 100 de 1993.

Palabras Clave: Salud, Validez, Sustancial, Eficacia, Doctrina, Legislación, Sistema, General, Seguridad, Social, Contributivo, Subsidiado, Participaciones, Privatización, Ordenamiento, Jurídico, Jurisprudencia, Economía, Sostenibilidad, Financiera, Garantismo, Constitucional.

ABSTRACT

This is a dogmatic legal study of normative interpretation, which aims to determine whether in Colombia the legal development of the current regulatory design of the General System of Social Security in Health, is consistent or not with the constitutional and international postulates that state, the duty of the State to offer, universal coverage, good quality, and free basic health care for all.

To begin, it will begin by identifying the historical aspect and the validity of the current regulations of the system, then the main structural problems of the provision of the health service will be studied from the academic point of view, to determine and do trial or qualification, regarding the degree the substantial validity of the regulations of the legal system that regulates the General System of Social Security in Health, that is, we will verify when the content of the legal provisions is coordinated, compatible and complementary to each other and with the sources of law of greater hierarchy.

During this document, we observe two juxtaposed tendencies regarding the provision of the health law service, the first from the constitutional point of view, which aims to generate quality and total coverage in the health right attached to the “guarantee rigid constitutional ”promoted by the teacher Luigi Ferrajoli, in which the entire national population, regardless of their resources or contributions, must be assured of the protection of their social rights, and secondly the position of the entities that promote the health service (EPS) that do not direct their actions towards the

fulfillment of this social purpose, but instead develop formalities and barriers to give prevalence to the economic gains that it allows and tends to generate Law 100 of 1993.

Keywords: Health, Validity, Substantial, Effectiveness, Doctrine, Legislation, System, General, Security, Social, Contributive, Subsidized, Participations, Privatization, Order, Juridical, Jurisprudence, Economy, Sustainability, Financial, Guarantee, Constitutional.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico que rige en Colombia, en el actual siglo XXI, es el resultado de un complejo desarrollo histórico del orden mundial, el cual, es la consecuencia de múltiples acontecimientos fácticos, que provienen de las decisiones tomadas por las personas protagonistas del progreso, quienes, a través del intelecto, protestas e incluso el uso de la fuerza, lograron la generación de conceptos jurídicos claves en nuestra sociedad actual, tales como, la definición del Estado de Derecho, la Democracia, y los Derechos Humanos. Es decir, durante el paso del tiempo, siempre ha sido el desarrollo doctrinal jurídico un derrotero, para la evolución del pensamiento y el actuar del ser humano en comunidad.

Por lo tanto, desde los debates teóricos de las escuelas doctrinarias del derecho, se producen los diversos sistemas normativos, los cuales, partiendo de la ejecución del principio de juridicidad, son la base para que el Estado Social y Democrático de Derecho, este orientado hacia el cumplimiento de unos fines esenciales sociales, como es el deber desde el Estado, de otorgar protección y garantía de los derechos fundamentales y sociales de todos sus habitantes.

Con base en el principio de juridicidad, el ordenamiento jurídico es de obligatorio cumplimiento incluso para los gobernantes, quienes deben acatar la Constitución y las leyes, en todo momento, es decir, la ejecución de este principio genera que el sistema normativo, efectúe un sometimiento para todas las personas de la sociedad, al punto, que incluso sus autoridades máximas, no puedan sobreponer sus decisiones a los mandatos constitucionales o legales.

El sistema jurídico es definido como un conjunto de normas, con el deber de generar la protección de los derechos y garantías fundamentales, de tal manera que los enunciados normativos sean claros y con un mismo propósito, esto para garantizar la protección de los derechos y deberes de los sujetos que viven en comunidad.

A propósito, del “sistema jurídico” (Alexy, Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, 1988) en Colombia, se estructura a partir de la Constitución Política de 1991, que desarrolla el modelo de “Estado Social y Democrático de Derecho” en la que se adoptan valores, principios, derechos fundamentales, y controles para los poderes públicos, como criterios orientadores para la promulgación de las Leyes, decretos reglamentarios, ordenanzas y finalmente actos administrativos y directrices de las entidades públicas. Así las cosas, se analizará la validez sustancial de los criterios orientadores que expresa el bloque de constitucionalidad, en el desarrollo legal del sistema jurídico, que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por lo tanto, es dable realizar su validación a partir de un criterio finalístico, esto es cuál es la finalidad del modelo actual del sistema de salud, es decir si está corresponde a un “Estado Benefactor” en el que se evidencie el compromiso del Estado para brindar los servicios sociales a todos los habitantes de un país o si por el contrario los servicios sociales de salud se brindan a través de una visión de un “Estado Neoliberal” donde la atención es suministrada desde una concepción de mercancía en una economía de mercado, tensión que se evidenciara a lo largo del texto.

Dado que el modelo “Estado Benefactor” es el modelo propuesto desde la Carta Magna se dispone como responsabilidad en cabeza del Estado, la protección, promoción y satisfacción de los derechos fundamentales individuales y sociales de cada uno de sus habitantes, por lo tanto, su significado está ceñido a una labor de índole garantista en cabeza del Estado y a favor de los ciudadanos. (Rendon, 1998)

Su principal diferencia con el axioma del modelo “Estado Neoliberal” es su motivación, el cual establece, que la mejor manera para lograr el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y libertades empresariales, donde el papel del “Estado” es

intervenir lo menos posible en el desarrollo de las instituciones privadas y solo debe brindar las condiciones para su desarrollo, con esto, se lograra la protección de los derechos fundamentales individuales y sociales. (Hernandez, 2007)

Verificado lo anterior, es preciso indicar que el tema central de estudio del presente texto, parte de la teoría del “Garantismo Constitucional” producida por el maestro Luigi Ferrajoli, quien desarrolla la importancia de estudiar el “contenido” de la norma, a través del concepto de “validez sustancial” que explica que es indispensable que las normas generadas en el Estado, sean compatibles, coordinadas y complementarias, las cuales deben ser promulgadas en cumplimiento al mandamiento Constitucional (Ferrajoli, Juspositivismo critico y democracia Constitucional, 2002), para nuestro caso en concreto el derecho fundamental de la Salud en Colombia, como piedra angular del Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe tener un ordenamiento jurídico que lo integre, la premisa se centra en resolver si objetivamente, existe o no un desajuste de lo promulgado en la Carta Magna, con el contenido y la regulación establecida en el sistema originado por la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, la pregunta a resolverse en la presente investigación es:

¿En Colombia, el diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud realizado desde el legislativo, es coordinado, compatible y complementario con los objetivos plasmados en la Constitución de garantizar la cobertura universal, buena calidad y gratuidad de la atención básica del derecho fundamental de la salud?

Para responder esta pregunta, la hipótesis central del problema de investigación, está focalizada en que el derecho fundamental de la salud, se previó de manera original por el

constituyente primario¹, para garantizar su efectividad en un modelo institucional de estado social y democrático de derecho, en el que se garantizase su cobertura, calidad y gratuidad en la atención básica de la salud, a toda la población, esto desde un punto de vista de carácter benefactor, sin embargo, este mandato constitucional está siendo afectado por su desarrollo en la Ley, la cual prioriza un diseño institucional de prevalencia económica del derecho social con tendencia al libre mercado, y con énfasis a un “Estado Neoliberal” en el que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son entidades privadas, con ánimo de lucro y sin un límite legal para la regulación de sus ganancias, efectuándose un desarrollo legislativo alejado de los preceptos y principios constitucionales, lo cual a su vez, genera la ineficacia de la prestación del servicio de la salud en los términos exigidos de cobertura, calidad y gratuidad que fueron proyectados por el constituyente e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Para desarrollar este problema jurídico, se plantea como objetivo general, cuestionar el ordenamiento jurídico que regula la protección y prestación del servicio de la Salud en Colombia, lo anterior, con el propósito de examinar la validez sustancial de los razonamientos legales, dispuestos por el poder legislativo para efectuar el cumplimiento de los postulados y objetivos

¹ El texto original aprobado en la Asamblea nacional constituyente era el siguiente; ARTÍCULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Constitucionales, principalmente aquellos que hacen referencia a la cobertura universal, calidad, y gratuidad de la atención básica de la salud.

Este objetivo general se desarrollará a partir de los siguientes objetivos específicos:

Estudiar concisamente el desarrollo histórico normativo nacional entorno a la prestación del servicio de la salud, tanto antes como después, de la promulgación de la Constitución de 1991, encaminando el documento a verificar las posiciones dogmáticas respecto del grado de validez sustancial del recuento normativo del actual Sistema General de Seguridad Social de Salud en Colombia, se analizaran factores y consecuencias del actual diseño normativo tales como, la tutela como una barrera, la inaplicabilidad de las sentencias de unificación, las estadísticas y el papel de la Superintendencia Nacional de Salud.

Interpretar el grado de validez sustancial es decir de coordinación, compatibilidad y complementariedad, entre el desarrollo legal del actual Sistema General de Seguridad Social de Salud en comparación a los mandamientos constitucionales y el bloque de constitucionalidad que exigen al Estado brindar cobertura universal, calidad en la prestación del servicio y gratuidad de la atención básica.

Proponer una solución, para dar una mejora al sistema legal que regula la prestación del servicio de la Salud, promulgándolo con un criterio de “estado benefactor” que genere, mayor determinación en las conductas y decisiones de las entidades encargadas de ofrecer este servicio público a los colombianos, con el fin, que el ordenamiento legal sea más influyente y cercano al cumplimiento de lo estipulado en el mandato constitucional, de suministrar universalidad en la salud, atención de la mejor calidad, y atención básica gratuita para todos.

Esta investigación propositiva se elaboró mediante el método científico cuantitativo, una metodología basada en la deducción lógica que emana de un análisis dogmático de la normatividad

que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los distintos postulados doctrinales, jurisprudenciales y legales, basándonos en la herramienta socio jurídica de análisis secuencial, validando en una perspectiva crítica y progresiva los aspectos históricos y los aspectos de interpretación de la normatividad.

Lo que motivó la presente investigación, es la notoria falta de eficacia en la normatividad que regula el derecho a la salud, puesto que el suministro y atención médica, es en la actualidad una constante de crítica social, por la negligencia, impericia, corrupción y omisión de quienes pretenden dar cobertura y calidad a este importante servicio.

Lo más decepcionante, es que a sabiendas de la crisis del sistema, que se manifiesta en los errores y problemas citados, no existe voluntad política, legislativa, administrativa o judicial de reformar o corregir el diseño privado institucional y por tanto el ordenamiento normativo y las actuaciones u omisiones de las EPS e IPS, genera que los índices de morbilidad y mortalidad se mantengan ascendentemente, además quienes tienen la facultad legal y administrativa de controlarlos como es la Superintendencia Nacional de Salud, se quedan cortos con sus sentencias, no mejoran el sistema y sus aportes no son relevantes ni generan una constante de progreso. (Tello, 1999)

Ahora bien, para introducirnos en el análisis del primer capítulo es preciso identificar previamente cada una de las tensiones específicas entre lo dispuesto constitucionalmente y el desarrollo legal del sistema, junto con los efectos y las consecuencias jurídicas respecto del criterio “validez sustancial”, por la existencia de dichas disyuntivas.

Es prudente en este punto reseñar un aspecto fundamental en el presente estudio, el cual es, la diferencia entre la validez sustancial y la validez formal, puesto que la primera expone que el ordenamiento jurídico debe ser un conjunto de normas que se complementan, dirigidas al mismo

objetivo y finalidad para la aplicación imparcial y adecuada del Derecho (Atienza J. R., 2007) mientras que la segunda hace referencia a los requisitos, procedimientos y solemnidades para su entrada en vigencia, es decir, que la norma cumpla con los debates requeridos y la sanción presidencial. (Catalayud, 2007)

Verificada la citada diferencia y empezando por la tarea categorizar las tensiones jurídicas del sistema de salud, traemos a colación el concepto “la compatibilidad normativa” que nos habla Atienza, quién explica que el choque de principios estructuradores en los sistemas normativos es una de las consecuencias (Atienza J. R., 2007), que se desarrolla con la incongruencia legislativa, no sometida a las disposiciones constitucionales, esta será una de las principales características evidentes en este estudio.

En este mismo sentido, en Colombia, se observa como funcionalmente el Sistema General de Seguridad Social en Salud es acreedor de esta incongruencia legislativa; denominada por el maestro Luigi Ferrajoli como “inflación legislativa”, donde los preceptos y principios de las constituciones son reemplazados o modificados por el gobernante de paso, que voluntariamente se aparta de la subordinación de la Carta Magna, con la finalidad de lograr cumplir la promesa política, aunado a la presión de los intereses sectoriales y corporativos (Ferrajoli, El derecho como sistema de garantías, 1999) Esto evidencia, tensión por los motivos subyacentes de la norma, entre diversos intereses y motivaciones particulares en las normas que no se interrelacionan o complementan y que tiene por fin objetivos inmediatos, alejados del espíritu de la Constitución.

Por otra parte, y sumada a la incongruencia legislativa, se encuentra una nueva tensión y es la generada entre la decisiones jurisprudenciales desde la posición y el rol de control que ejerce el “Juez”² Colombiano sobre la interpretación que se debe aplicar al desarrollo legislativo, para

² Para Luigi Ferrajoli “el Juez” es quien define la validez sustancial o no de una norma dependiendo de cada caso en específico, manifiesta que: “el juez no pondera las normas sobre las circunstancias agravantes y atenuantes,

esto es preciso subrayar que el precedente jurisprudencial, en la actualidad tiene fuerza vinculante de acuerdo a las disposiciones contempladas desde la expedición de la sentencia C-083 de 1995, T 123 de 1995 y de la expedición de la Ley 1437 de 2011 y las decisiones administrativas; En consecuencia, en el presente texto se identificará, en donde se sitúan las sentencias de unificación del derecho fundamental de la salud, como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico y que aplicación se le ha dado a este precedente, por parte de las entidades encargadas de ser las promotoras del servicio de salud y las instituciones prestadoras de salud.

Como observaremos más adelante, el citado precedente ha afectado la Ley, debido a que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en materia de la salud proyectan su mayoría de decisiones sobre la ejecución del modelo de Estado Benefactor, de acuerdo a lo previsto por el Constituyente, en estas, prevalece cumplir los objetivos de calidad, cobertura y gratuidad de la atención básica; lo anterior es contrario al diseño institucional desarrollado para la prestación del servicio de la salud el cual se basa bajo un modelo privado, en el que hay preferencia al derecho de libertad económica o libre mercado que promueve la Ley 100 de 1993 y demás leyes complementarias, las cuales, se alejan a la ejecución de los principios en mención, en consecuencia, se evidencia otro argumento de la falta de validez sustancial de la normatividad, por su poca coordinación entre las disposiciones legales y jurisprudenciales.

Por tanto, la premisa de este trabajo de investigación es que el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia a la fecha, carece de los elementos y requisitos de validez sustancial por no cumplir con los requisitos de complementariedad, compatibilidad y coordinación, de

las normas que incriminan conductas, las relativas a las eximentes, o las normas sobre la libertad de prensa y sobre el derecho a la privacidad. Y ni siquiera deriva las reglas aplicables de la ponderación de los diversos principios subyacentes a las mismas, al contrario de lo que dice Alexy. Sí pondera, en cambio, las diversas circunstancias fácticas que justifican la prevalencia de las agravantes o las atenuantes, las particularidades del hecho que justifican o no la aplicación de una eximente, o bien si el hecho es un legítimo ejercicio de la libertad de prensa o una violación de la privacidad ajena.

acuerdo a los principios constitucionales de universalidad, eficiencia, solidaridad, gratuidad de atención básica y obligatoriedad de cobertura desarrollados en la Carta Magna.

Cómo se puede inferir, es tarea de los juristas y estudiosos del derecho de la actualidad, desde una perspectiva crítica propositiva, centrarse en identificar los vicios de contenido de la normatividad por cuanto es preciso que el derecho social a la salud por sí mismo, sea desarrollado en un sistema acorde a la Constitución o normas fundamentales, sobre el cual el Estado tiene la “obligación de hacer” y “brindar prestaciones positivas”, (Courtis V. A., 2002) como en todos los derechos de carácter social de los cuales el Estado tiene el deber de respetar, promover, proteger, satisfacer y progresar.

Partiendo de los supuestos anteriores ello autoriza a concluir que la principal tensión se encuentra entre el contenido del sistema originado en la Ley 100 de 1993 y lo ordenado en la Constitución Política de Colombia de 1991, que se verificará en detalle, validando entre el cuerpo normativo que la rama legislativa desarrolló, y lo que se emite directamente por el artículo 49 de nuestra Carta Magna que indica en su tenor literal:

“Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Desde el enunciado de este mandato de “garantía constitucional” (Ferrajoli, El derecho como sistema de garantías, 1999) se señala que la atención de la salud es un servicio público enmarcado como una obligación de “hacer” (Courtis V. A., 2002) a cargo del Estado, por cuanto la expresión “a cargo” estipula que este es un derecho social, que se debe proteger, promover y satisfacer, e incluso en este mismo sentido de interpretación se establece taxativamente en la Constitución en su artículo 49 “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; a pesar de ello, el diseño legislativo tiene una tendencia marcada a la priorización de la sostenibilidad financiera de las entidades privadas prestadoras de la salud, deja de lado y con descuido, el deber social que tiene “a cargo” el Estado.

Por otra parte, se observará como el desarrollo legislativo ha hecho caso omiso a un desarrollo complementario de la disposición Constitucional de brindar “atención básica gratuita para todas las personas”, la cual, en primera medida no se ha expresado en el rigor literal de las leyes, y en segundo lugar con el actual diseño institucional privado, es un imposible de alcanzar.

Aunado a lo anterior, es prudente precisar que el artículo 49 somete y le ordena al legislativo, emitir una Ley la cual indique expresamente y regule en sí, la atención básica en salud, que debe ser gratuita y obligatoria en cuanto a su prestación para todos los habitantes, esta solicitud fue obviada por el desarrollo del legislador por cuanto en el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, no existe una fuente legal que de manera expresa, desarrolle y obligue a las entidades prestadoras de salud cumplir el enunciado constitucional de manera óptima o eficaz que permitan gozar a todos los habitantes, de un servicio de salud básico de atención gratuito a la fecha.

En el presente documento, se definen como criterios rectores, los principios señalados en la constitución, tales como la universalidad, eficiencia y solidaridad, sobre su cumplimiento y regulación normativa se realizará el análisis y juicio de la validez material de la norma, esto es el

sometimiento de las leyes al logro de estos postulados, los cuales como manifiesta Ferrajoli, deben ser el punto central para el criterio de elaboración del poder legislativo, a pesar de ello, y aun cuando están meramente enunciados en el marco normativo, su provecho y finalidad en la Ley, no es el indicado por la carta magna.

Con base a lo anterior, y siguiendo el análisis de validez sustancial del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se validará la tensión entre los principios directivos y principios en sentido estricto, a manera de ejemplo previo, encontramos la tensión entre el principio de “eficiencia” e “integralidad”, el cual es notorio, según las reglas de la experiencia es imposible brindar atención “integral” a todos los pacientes, de todas las enfermedades, si se tiene como limitante un presupuesto restringido, por la aplicación del principio de “eficiencia” que se mide en iguales servicios a menores costos, a causa de este, se genera la tendencia a disminuir la inversión en la prestación del servicio, lo cual conlleva, fomentar una atención sin cobertura integral, que no contemple tratamientos o medicinas de alto costo.

Una segunda tensión en este sentido, se evidencia, entre el principio de universalidad y el principio de solidaridad, que en resumen, si el Sistema General de Seguridad Social en Salud va a generar una cobertura a toda la población del territorio nacional y la única forma para que esta sea efectiva es lograr que la totalidad de las personas, sin importar su clase social, tengan el mismo acceso a la Salud, por lo tanto si el presupuesto destinado para esta, se limita al que sea obtenido en virtud del principio de Solidaridad, donde unas personas aportan más y otras menos, para garantizar cubrir a esa totalidad que define la Ley, el presupuesto no va ser suficiente para todos de manera equitativa por regla básica matemática, siempre existirán personas excluidas de este beneficio, incluso desde el mismo cuerpo normativo, como ejemplo básico de esto son las personas

que no cumplen los requisitos para ser parte del régimen subsidiado, pero tampoco ganan más de un salario mínimo mensual vigente que les permita ser parte del régimen contributivo.

Siguiendo el análisis de la validez sustancial del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, encontraremos en el presente texto una verificación del desacato al cumplimiento de lo mandado por el inciso quinto del artículo 357 de la norma fundamental, en el entendido de no cumplir la legislación proferida con el procedimiento señalado desde la carta magna para la distribución del presupuesto del Sistema General de Participaciones en el marco de la salud.

Posteriormente, estudiaremos sobre el desacato por parte de las autoridades administrativas en cumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en específico, el precedente jurisprudencial vinculante, prima facie, desde la entrada en vigencia del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes. Así como, por el incumplimiento del principio de no regresividad de los derechos sociales³ en específico el derecho de la salud. (Courtis C. , La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, 2015)

Una vez, sean resueltas al detalle cada uno de los criterios con los cuales se pretende calificar la validez sustancial del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el tercer capítulo se ofrecerá un horizonte de solución, en el cual, no solamente se pretende resolver la pregunta

³ Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 357. inciso 4 Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

problema, sino que, desde una perspectiva académica, proponemos una estrategia para avanzar en la protección “sustancial” del derecho social de la salud.

CAPITULO 1

1. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Con la finalidad de dar un orden sistémico al primer capítulo, los puntos se desarrollarán así: en primer lugar, el desarrollo histórico y recuento normativo del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

En segunda medida, la identificación de los temas centrales del debate dogmático entre doctrinantes, respecto a la eficacia o ineficacia del diseño privado de la normatividad, la cual se traduce en la crisis de sostenibilidad, que padecen los actores del sistema y la falta del logro de los objetivos planteados por el constituyente.

Luego y como tercer aspecto miraremos el desgaste judicial generado por la acción de tutela, la cual es una barrera de atención, un requisito de procedibilidad para hacer exigible el derecho a la atención en salud, en este mismo punto se validara un recuento jurisprudencial logrado a través de sentencias de unificación emitidas por la Corte Constitucional con base al uso de la citada acción, donde se evidenciara la falta de coherencia normativa⁴ (Catalayud, 2007) que se evidencia, en la inaplicación del precedente jurisprudencial por parte de los funcionarios administrativos, quienes omiten el carácter vinculante “erga omnes”⁵ de las sentencias.

⁴ Coherencia normativa quiere decir “Vincular la validez material o sustantiva a la coherencia normativa supone adoptar una visión del Derecho amplia, en la que éste no se concibe únicamente como un mecanismo que tiene la función de proporcionar una guía estable de la conducta, mediante el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes.”

⁵ Sentencia C-600 de 1998 define a las sentencias emitidas por las altas corte que son con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

En cuarto lugar, se expondrán los estudios sectoriales arrojados por el DANE para validar las estadísticas, de la prestación del servicio de salud en Colombia, donde se evidencia un aumento significativo con la implementación del Sistema General de Seguridad Social de las cifras que relacionan la cobertura de los afiliados sobre un 90%.

Y por último lugar, se validará las facultades sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud para entender los logros alcanzados y los que se pretenden conseguir por la citada entidad.

1.1 DESARROLLO HISTÓRICO Y NORMATIVO

En cualquier tema de investigación, es necesario verificar el contexto histórico, con el fin de identificar el origen y las causas del problema que se pretende solucionar, (Courtis C. , Ecos Cercanos Estudios sobre derechos humanos y justicia, 2009) por cuanto, con un análisis de circunstancias de modo, tiempo y lugar, es posible escudriñar las soluciones que fueron proyectadas y no caer en un círculo de malas decisiones. Con base en lo anterior, se realizará un recuento normativo y un breve resumen de los acontecimientos fácticos sucedidos de la prestación del servicio de la salud en Colombia.

Para comenzar, es preciso explicar, que el desarrollo del derecho de la salud ha sido un proceso que históricamente en Colombia ha tenido varias instancias o sucesos, sin embargo, verificaremos la línea doctrinal, más relevante, partiendo que es de interés, tener claridad respecto de los acontecimientos sucedidos tanto antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, como después de esta.

Como un breve preámbulo, antes del presente análisis histórico, es prudente reseñar que antes de la Constitución de 1991, quien predominaba como institución a cargo de la Salud era el Instituto de Seguros Sociales, sobre el cual la prestación del servicio de la salud era esencialmente un servicio público al alcance de todos, con una calidad limitada pero efectiva en el primer nivel

básico de atención, pero después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la atención básica que se pronosticó como gratuita y obligatoria, y que además, se elevó a derecho fundamental la seguridad social, a pesar de lo anterior y a causa de que se privatizó la prestación del servicio, a través de la Ley 100 de 1993, la gratuidad y obligatoriedad de este primer cuidado nunca se materializó, y el sistema degeneró, al punto de transformarse a un modelo con muchos intermediarios, interesados únicamente en lucrarse con los aportes del sistema.

Como resultado de la implementación de un diseño privado del Sistema General de Seguridad Social de Salud en la Ley 100 de 1993, aparece la clasificación del régimen contributivo, y régimen subsidiado con esta primera categorización, se generó que la calidad del servicio prestado, dependa de la capacidad socioeconómica del aportante, lo que generó como definitivo que la gratuidad básica quedara descartada, pero antes de llegar a explicar en qué consiste la citada clasificación de regímenes, es preciso, citar el desarrollo investigativo de los autores doctrinantes más relevantes en este proceso histórico del derecho de la salud en Colombia.

Julio Mario Orozco Africano⁶, realiza una división histórica de la salud en Colombia, en tres periodos específicos: (I) un primer periodo de 1886 a 1950, (II) un segundo periodo de 1970 a 1989 y un (III) tercero de 1990 hasta la fecha. (I) El primer periodo desde la promulgación de Constitución de 1886 hasta el año 1950, lo denomina Orozco como el período del “modelo higienista”, quien en su obra (Africano, 2017) nos especifica que durante este lapso de tiempo, “la provisión de salubridad pública se limitaba a atender aspectos de carácter sanitario, mientras que la atención preventiva y curativa en salud tenía que ser financiada por los propios usuarios o por algunas instituciones religiosas de caridad”. (Africano, 2017) Esta aseveración es precisa, para confirmar la situación tan precaria de la prestación del servicio de salud para la época.

⁶ Docente Universitario de profesión Médico de la Universidad de Cartagena, Especialista en Seguridad Social y Gerencia en Servicios de Salud de la Universidad de Cartagena y Magister en la Universidad de Alcalá de Henares

Durante la década de 1920 -1930, en el que la prestación del servicio de salud en Colombia no tenía un ente regulador: en cada centro de atención en salud se variaban los procedimientos en la atención básica, pues no existía regulación jurídica respecto de si era gratuita o tenía algún costo; además de ello, como cada epidemiología dependía del clima donde se encontraran los habitantes para la época, las enfermedades carecían de protocolos estandarizados de tratamiento; así mismo, es preciso indicar que la profesionalización de la medicina, al igual en este lapso, estaba iniciando en Colombia, y para la prestación del servicio de la salud, no existía una cantidad de profesionales médicos acorde o equivalente al nivel poblacional de nuestro país, incluso para algunos autores la “profesión médica era comparada incluso con el sacerdocio” (Abel, 1996); del igual forma de 1930 a 1940, el acceso a los galenos era muy limitado, sólo para las personas con más recursos económicos y expresamente ubicados en las áreas metropolitanas.

Lo anterior, se mantuvo hasta los años de 1945 y 1946 lapso durante el cual se empieza a contemplar la prestación del servicio de la Salud como un sistema, puesto que en el año 1945 se crea la Caja Nacional de Previsión Social, la cual atendía la salud de los funcionarios públicos y mediante la Ley 90 de 1946, que creó el Instituto de Seguros Sociales ISS, este se encargó de atender a los trabajadores de las empresas privadas. Con esta innovación en la prestación del servicio de salud, surgió como principal característica, el delegar responsabilidades a los empleadores respecto de la salud de sus trabajadores y formar un sistema de contribuciones que mejorase los niveles de protección y amparo.

Para las vigencias de 1950 a 1970, la prestación del servicio de salud en Colombia vio los efectos de la segunda guerra mundial, por cuanto en Colombia se empezaron a citar los procedimientos de atención de nivel internacional utilizados para la atención básica y en estado de emergencia. Lo anterior, fue acogido desde el Instituto de Seguros Sociales ISS, quien era

encargado de desplegar un ambicioso programa, y dar cobertura a todos los trabajadores de manera equitativa y de acuerdo a las necesidades específicas de cada uno. Sin embargo, para la época el ordenamiento jurídico vigente era muy general trataban de igual modo la salud, la maternidad, las incapacidades, los accidentes de trabajo, y la jubilación sin discriminación, lo cual generaba desorden y desatención especial (Abel, 1996)

Durante el segundo (II) periodo de 1970 a 1989, se evidencia que la prestación del servicio de la salud a pesar de la existencia del ISS era un sistema con inconvenientes en la organización, y destinación de recursos, debido a que la prestación del servicio variaba de acuerdo a la capacidad económica de cada persona, se evidenció durante esta etapa la existencia de “clínicas privadas” y “hospitales de caridad”. El Sistema Nacional de Salud generó la desigualdad de trato, medicina e intervenciones quirúrgicas, cuando la atención y cobertura no solo tenía una gran brecha de inequidad, sino que el mismo padecía de constantes crisis económicas por la burocracia y corrupción en los hospitales públicos, quienes no tenían implementos médicos mínimos para la atención básica de los pacientes (Vacha, 2011)

Para Julio Mario Orozco Africano durante este segundo periodo de tiempo de 1970 a 1989, manifiesta en su obra, lo siguiente de esta época:

“Se caracteriza por la creación del Sistema Nacional de Salud bajo el esquema de subsidios a la oferta, en el entendido que los recursos del gobierno central para la salud eran transferidos a la red de instituciones públicas hospitalarias. En este periodo, el servicio de salud se convierte en parte integral de la planeación socioeconómica del país. También se crea un esquema tripartito (estado - empleadores - empleados) de financiación para la prestación de los servicios de salud a la población trabajadora formal (PNUD, 1998); sin embargo, tal Sistema seguía sin proporcionar una atención integral en salud a la población de escasos recursos” (Africano, 2017)

Lo anterior, demuestra que durante este segundo periodo existieron fuerzas e intenciones de realizar un plan de sostenimiento económico, a este derecho de la salud, de gran importancia en su

ponderación, lastimosamente las labores realizadas para hacerlo viable seguían sin contemplar a la población con menores capacidades económicas.

Para Julio Mario Orozco Africano el tercer (III) periodo año de 1990, se expidió la Ley 10, la cual en concordancia con el artículo 36 de la Constitución Política del año 1886, se elevó el derecho de salud, al rango de un servicio público. Luego de esta, se encuentra la promulgación de la Constitución Política de Colombia 1991, donde se declara un Estado Social y Democrático de Derecho, está consagra la vida como un derecho fundamental e inviolable, y a su vez, estipula que la Salud es un servicio público a cargo del Estado en su artículo 49, por lo que se revela como la norma magna tiene una tendencia marcada al Estado Benefactor, que se preocupa por garantizar no sólo los derechos civiles, y políticos sino también los derechos sociales, económicos y culturales de sus habitantes. (Africano, 2017)

Una vez, fue proferida la Constitución Política de Colombia de 1991, la salud toma el carácter de un derecho fundamental seguido del derecho a la vida. Se habla desde el punto de vista del estado de bienestar, de cobertura y calidad total, se hace énfasis desde la carta magna de la trascendencia de la universalidad, y brindar la prestación del servicio de la salud de manera eficiente a cada uno de los Colombianos independiente de los recursos o aportes que hagan al Sistema, lo anterior bajo la trascendencia y aplicabilidad de los principio de universalidad, solidaridad y eficiencia (Echevarria, 2013), a su vez el artículo 50 de la carta magna asegura que todo menor de un año recibirá atención gratuita de salud, en todas las instalaciones de salud que reciban aportes del Estado.

En el año de 1993 se profiere la Ley 100, que crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), la cual ha tenido más de diez Leyes hasta la actualidad, que han modificado y complementado el Sistema, su contenido, tiene un énfasis con oposición a la Constitución puesto

que se centra en el desarrollo a la privatización de la prestación del servicio de la salud y genera un estado de prevalencia de la obtención de recursos económicos a favor de las EPS sin imponer un margen o límite de sus ganancias.

Para Julio Mario Orozco Africano, el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, en específico la actual Ley 100 de 1993, fue proyectado y efectuado con base a los lineamientos del Consenso de Washington, lo cual, ha determinado el estado de prevalencia económica y de ganancias de las empresas privadas “EPS” desde este predomina el libre mercado y el mercantilismo de la prestación del servicio de la salud en Colombia, esto dista de lo planteado y ordenado desde la Constitución y como podremos observar será la ruta inicial de la multiplicidad de disconformidades del ordenamiento jurídico vigente del derecho de la Salud en Colombia. (Africano, 2017)

Por cuanto, en el marco del derecho fundamental a la salud y de su aplicación con base al desarrolló de la Ley 100 de 1993, se establecen tres principios básicos, sobre los cuales se evalúa la validez sustancial de la norma (Ferrajoli, Juspositivismo critico y democracia Constitucional, 2002) tales como, son eficiencia, universalidad y solidaridad, que fueron previstos en el artículo 49 constitucional, con la pretensión de dar cobertura total, buena calidad y atención básica gratuita. Sin embargo, y como estudiaremos más adelante su adecuación en el desarrollo legislativo y diseño institucional, no han permitido que se cumpla con estos objetivos estipulados desde la Carta Magna.

Después, de que fue proferida la Ley 100 de 1993 en ese mismo año, fue proferida la Ley 60 de 1993, a través de la cual, se dictan parámetros respecto de la disponibilidad de recursos, en la descentralización del sistema de salud, donde se proyectó la ejecución del plan de desarrollo, con el fin de crear una adecuada infraestructura para la atención de pacientes y establecer personal de

planta disponible, a su vez en la citada Ley, se originó el fondo prestacional para garantizar el pago a los trabajadores de sus incapacidades, y lo más importante esta Ley reglamentó que todas las IPS debían acreditar la capacidad tecnológica y administrativa para poder efectuar las labores de promoción y protección que establece la Constitución.

Para la vigencia 2001, se profirió la Ley 715, la cual fue emitida en el marco de las primeras crisis económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en esta se estipuló el uso y manejo de los recursos, la organización de la prestación de los servicios de salud, y el manejo de recursos asignados a la salud que sean parte del Sistema General de Participaciones.

En el citado cuerpo normativo, se desarrolló, el principio de sostenibilidad financiera, que da cuenta que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene dos fuentes de financiamiento: la primera el régimen contributivo, cuya principal fuente de recursos son las cotizaciones por empleadores y trabajadores, de acuerdo, con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015; Un régimen subsidiado, donde el Estado es responsable de suministrar los recursos a través del Sistema General de Participaciones, a las entidades territoriales, con base a lo estipulado en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y la Ley 715 de 2001.

Conforme el artículo académico *“Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”* el cual precisa que *“desde el origen del SGSSS los recursos financieros del sistema de salud se han incrementado de manera sostenida, mientras el gasto en salud se ha situado alrededor del 8% del PIB. La cobertura, medida por la afiliación a los regímenes contributivo y subsidiado, se encuentra alrededor del 92% de la población total.”* (Calderón, Botero, Bolaños, & Martínez, 2011), por lo tanto es prudente indicar, que desde la implementación desde ahora es preciso indicar que el sistema han mejorado las cifras de cobertura, sin embargo, estas se encuentran enfrentadas, a una crisis constante de sostenibilidad, por el manejo negativo de los

recursos a cargo de entes privados, sobre esta permisividad y la posibilidad de generar un margen de rentabilidad está orientado el diseño del Sistema vigente.

Más adelante en el año 2007, fue emitida la Ley 1122, que buscó mejorar la atención en la prestación de los servicios, sin embargo, la citada racionalizó e impuso límites económicos para la prestación al servicio a través de la categorización de los servicios suministrados en el Plan Obligatorio de Salud, “POS” y los “NO POS”, lo cual es sencillamente la restricción en el uso de los recursos financieros del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con la citada norma se crea la Comisión de Regulación en Salud CRES⁷, como una unidad administradora.

⁷ Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

1. 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.

2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.

5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada. Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-955 de 2007, por los cargos estudiados, y condicionada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud, para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales en salud.

8. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

9. Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

10. Adoptar su propio reglamento.

Además de lo anterior con la citada Ley, se impulsó el aumento de la cobertura⁸ señalando cobertura universal a la población, además, estableció un porcentaje de distribución de recaudo para las cotizaciones correspondiente al empleado y el empleador.

En el año 2008, fue emitida la Ley 1250, la cual adicionó un artículo de la Ley 100, que establece la cotización del 12 % por parte de los pensionados, además de ello, suma un párrafo de no obligatoriedad de cotización al sistema cuando los ingresos no superen el salario mínimo, es preciso indicar, que el enfoque de esta disposición es netamente neoliberal y dirigido a la recepción de más recursos para las Entidades Promotoras de Salud, debido a que gracias a su emisión se aumentaron el nivel de recursos percibidos por las entidades privadas, por cuanto, se obligó a un gran número de personas, a que se les descontara de su asignación pensional, el aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con la finalidad, de hacer más efectivo el derecho de la salud de los colombianos, se profirió la Ley 1393 de 2010, que tuvo su origen en la declaración de estado de emergencia decretada mediante el Decreto 4975 de 2009, por este se indicó que existía una emergencia social, que perturbaba inminentemente el orden económico social y cultural del país y con la finalidad de

11. Las demás que le sean asignadas por ley.

Parágrafo 1°. El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

Parágrafo 2°. En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

Parágrafo 3°. Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

⁸ Artículo 9°. Financiación. El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema.

optimizar el uso de los recursos del sistema, los cuales para esa fecha ya reportaban crisis de sostenibilidad, debido a la debilidad manifiesta en la prestación de los servicios, a causa de las crisis de corrupción y manejo de recursos con negativos resultados a cargo de múltiples entidades privadas, surgidas en varias EPS.

Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-252 de 2010 declaró INEXEQUIBLE la declaratoria del estado de emergencia, así como la citada ley y todos los decretos expedidos por el gobierno nacional con el fin de solucionar la crisis económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con el control de constitucionalidad posterior, perdieron validez y vigencia las normas citadas en precedencia, las consideraciones de la ratio decidendi, de la mencionada sentencia que hace énfasis en la negligencia por parte del Congreso de la República, en debatir y proferir Leyes puntuales que regulen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo al sometimiento del marco establecido en la Constitución, en este sentido la Corte indicó:

(...) La atribución de configurar el diseño y la estructura del servicio público de salud le fue asignada en su trámite y debate al Congreso. En opinión de la Corte “esta reserva de Ley tiene especial significado dado que la salud es un derecho fundamental. Lo anterior no significa que todas las Leyes sobre la salud deban ser estatutarias, sino que aún las decisiones sobre la organización del sistema de salud y la configuración de los organismos que lo integran, deben ser adoptadas mediante Leyes después de un proceso de deliberación democrática y pluralista (...)

“Entonces, corresponde al Congreso: expedir las Leyes que regirán la prestación del servicio público de salud (art. 150.23 C.P.); asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional regulando mediante Ley la forma de prestación y su régimen jurídico (arts. 48 y 365 C.P.); consolidar la prestación del servicio de salud por medio de entidades públicas o privadas (arts. 48 y 150.23 C.P.), creando por Ley las entidades que sean necesarias (art. 210 C.P.); organizar la prestación de los servicios de salud, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, de manera descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (arts. 49, 150.23 y 365 C.P.); regular los mecanismos

y las funciones de vigilancia y control de la seguridad social en salud (arts. 49, 150.7 y 365 C.P.); determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares a este efecto, así como los aportes a su cargo (arts. 49, 288 y 365 C.P.); y establecer los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria (art. 49 C.P.).” subrayado fuera de texto

En este primer punto, es preciso indicar que la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de⁹ la Ley fundamental, profirió una decisión con respeto a los requisitos exigidos por la norma magna, para que se decreta el estado de emergencia social, esto con base a que se evidenció por parte de la Corte, que no se cumplía con lo estipulado en el artículo 215¹⁰ de la Constitución, de que sobrevengan hechos nuevos que afecten grave e inminentemente el orden económico y social, esto debido, a que según el criterio de la Corte, la crisis económica del sector Salud, no eran hechos nuevos, pues eran, acontecimientos que venían sucediendo durante varios años atrás, de los cuales la Corte había llamado la atención al Gobierno, varias veces, para que con uso de sus facultades instaurara medidas en la cantidad, uso, y vigilancia del presupuesto, y al Congreso para proferir Leyes con un diseño del sistema que respete y sea acorde a la Constitución, sumado a lo anterior explicó la Corte, que la intervención del Estado con los decretos reglamentarios a fin de aliviar la tensión y problemática entre el interés privado y el interés público o general, es una extralimitación, al respecto señalo:

*(...) En cuanto al Sistema General de Seguridad Social en Salud se presenta **una intervención reforzada del Estado que se dirige a superar la tensión entre el interés privado existente en el seno de las empresas y el interés general involucrado en tal actividad, máxime cuando se está ante la prestación de un servicio básico para la sociedad que propende por el derecho irrenunciable a la salud** que tienen todos los habitantes. Poderes de intervención del Estado que llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación.*

⁹ **Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

¹⁰ Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Ello acarrea que las medidas legislativas que se adopten para la prestación del servicio público de salud no puedan soportarse en términos de mera eficiencia técnica o económica toda vez que “la prestación del servicio de salud en Colombia no puede ser entendido como un simple ‘mercado de la salud’, regido por las Leyes de la oferta y la demanda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no depende de criterios de simple utilidad o provecho económico particulares. (...) Subrayado fuera de texto. (C 252, 2010)

En este punto es preciso indicar, que, para la Corte Constitucional, el presupuesto que se otorga para la prestación del servicio del derecho de la Salud, amerita por parte del Gobierno un aumento sustancial y mejora en la vigilancia y control de su distribución e inversión, en las entidades territoriales y en lo que respecta al Sistema General de Participaciones, es preciso seguir el mandamiento constitucional del procedimiento para su inversión.

Asociado a lo anterior, la Corte manifiesta finalmente que los “abusos” acusados por el Gobierno en los Decretos en que declaró el Estado de Emergencia y a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, son parte de un conjunto de actos estructurales del Sistema que corresponden al legislativo regular.

(...) Por otra parte, en cuanto a la necesidad de fijar un marco legal que armonice las prestaciones del sector con los principios constitucionales, **es importante insistir en que los supuestos “abusos” que se presentan en el sistema son parte de un conjunto de actos estructurales en el diseño del sistema** que deben ser sometidos al escrutinio del Congreso de la República. De cualquier manera, el Gobierno no mostró qué deficiencia normativa o institucional específica le impide regular las actividades que se prestan en el sistema. (...) Subrayado fuera de texto. (C 252, 2010)

Al respecto, es oportuno manifestar, que el Congreso de la República, ha obviado en múltiples ocasiones los argumentos de la Corte Constitucional, respecto de que no puede ni debe regular el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en términos de eficiencia técnica o económica, a pesar de ello la rama legislativa del poder público, no solo hace caso omiso, sino que

ha emitido Leyes que complementan el sentido neoliberal y mercantilista de la Ley 100 de 1993.

De los otros pronunciamientos al respecto la Corte manifestó:

(...) “De otra parte, la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales (art. 241 superior), vía sentencias de constitucionalidad y vía sentencias de tutela - también de la excepción de inconstitucionalidad-, se ha visto abocada a llamar la atención sobre las distintas e innumerables situaciones problemáticas que enfrenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, cuya respuesta sustancial, oportuna y eficaz radica i) en el Congreso que tiene la libertad de configurar el servicio público y el derecho fundamental a la salud con la expedición de Leyes ordinarias, estatutarias y orgánicas, y ii) en el Gobierno, haciendo uso de la potestad reglamentaria, como de inspección, vigilancia y control, además de la iniciativa legislativa que dispone en la materia. Lo anterior, también concierne a la sostenibilidad financiera del sistema.”(…) Subrayado fuera de texto

(...) En contraste con lo planteado por el Gobierno, de este considerando la Corte puede extraer claramente que sí existen oportunos, efectivos y suficientes mecanismos de respuesta a partir de los cuales es posible prever y solucionar financieramente, así sea de manera provisional o a corto plazo, la problemática estructural que aqueja al Sistema General de Seguridad Social en Salud (traslado de recursos al menos mientras se discute la formación de fuentes adicionales y estrategias complementarias en el Congreso). Además, siendo un fenómeno que se viene presentando de tiempo atrás y de orden estructural, la Corte no puede más que reprochar que las medidas fiscales resulten adoptadas tardíamente y cuando finalmente se adoptan aparecen ahora como insuficientes. (...) (C 252, 2010)

En conclusión, de este análisis jurisprudencial es oportuno indicar que en esta sentencia la Corte Constitucional, dejó claro que la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, está en contraposición a los mandamientos constitucionales, y pone en evidencia la falta de validez sustancial, de las Leyes que componen este Sistema, por cuanto el criterio fundante es manifiestamente de tendencia totalmente neoliberal y mercantilista, mientras que los proferidos por la Ley fundamental son de índole garantista y benefactor, con cobertura, calidad y gratuidad.

Durante el año 2011 entró en vigencia la Ley 1438 de 2011. Esta reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para mejorar presuntamente, el modelo de atención primaria en salud definiendo como su objeto, ajustar el modelo de prestación de servicio para el progreso de la salud y disminuir las brechas de desigualdad¹¹, pero es preciso manifestar, que en el cuerpo de la citada Ley, no se establecieron los requisitos de “gratuidad para todos en atención básica”, de acuerdo al mandato constitucional establecido en su artículo 49.

Integrado a lo mencionado con anterioridad, con esta Ley se creó el Comité Técnico Científico (CTC)¹², los cuales como función clave se encontraba aprobar los servicios por fuera del plan obligatorio de salud, estos dejaron de existir con la aplicación del Mipres¹³, realizado mediante un aplicativo regulado por la Resolución 0532 de 2017, con el fin de “eliminar” las barreras de acceso, en esta misma norma se establece la afiliación obligatoria al Régimen Contributivo de las personas con capacidad de pago, en este punto evidenciamos que la Ley emitida con el supuesto fin de regular la “gratuidad de la atención básica” terminó un desarrollo reiterado al lado neoliberal y mercantilista del sistema y no reguló nada al respecto de la obligatoriedad que tienen las IPS, de brindar atención básica gratuita a cualquier persona, pero si reitera la obligación de realizar aportes de todas las personas con capacidad de pago.

Para la vigencia 2013 fue expedida la Ley 1608, la cual estableció los medios con el fin de mejorar la liquidez y el flujo de recursos en el sector salud. En la citada se dispuso el uso de

¹¹ ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY (...) Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera.

¹² COMITÉ TÉCNICO-CIENTÍFICO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD. <Ver Notas de Vigencia> Para acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad, la prescripción del profesional de la salud tratante deberá someterse al Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud con autonomía de sus miembros, que se pronunciará sobre la insuficiencia de las prestaciones explícitas, la necesidad de la provisión de servicios extraordinarios, en un plazo no superior a dos (2) días calendario desde la solicitud del concepto.

¹³ MIPRES es una herramienta tecnológica que permite a los profesionales de salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios.

recursos con el fin de pagar las “deudas” de Régimen Subsidiado y originó el Fondo de Salvamento y Garantía para el Sector Salud (Fonsaet), el cual, es administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social. De la misma manera, se crea un programa con el objeto de fortalecer su solidez financiera, cuya finalidad es dar continuidad a la prestación de los servicios de las EPS.

En el año 2015 fue expedida la Ley 1751 de 2015, esta tiene carácter de estatutaria y desarrolla el carácter de fundamental del derecho de la salud, de manera independiente, dándole prioridad a la cobertura y calidad total, por cuanto, se responsabiliza al Estado de garantizar el gozo efectivo del derecho fundamental de la salud, su promoción, prevención y protección.

Entre los aportes más interesantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la anteriormente citada fuente jurídica, está, la facultad que otorga a los profesionales de la medicina, para actuar con autonomía en las decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes, lo cual encamina, un poco esta norma al sentido de garantismo constitucional, por cuanto, da la posibilidad de que el tratamiento de un paciente no esté supeditado al mercado, ni al nivel de aportes, sin embargo en la práctica, el libre uso de dictaminar y formular medicinas o tratamientos es bastante complicado para los profesionales de la medicina, en el actual sistema, por cuanto para brindar dichos productos o procedimientos, predomina el estado de prevalencia económica del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud que reitero, está basado en la rentabilidad de las promotoras y prestadoras del servicio y no en el servicio a sus pacientes.

Para la vigencia 2016 fue proferida la Ley 1797 de 2016, que reguló la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo anterior, en busca de solucionar las deudas y otra crisis más del sector salud por medio del Fosyga, la misma, también tuvo como finalidad mejorar el flujo de recursos y la calidad en la prestación de los servicios. Sin embargo, la modificación más notoria dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es que a través de la citada norma se

permitió el otorgamiento de créditos y la modalidad de giro directo a las EPS del Régimen Contributivo, quienes manifestaban supuestamente no lograr sostenibilidad.

En lo que se lleva del año 2019 entro en vigencia la Ley 1949, la cual, adiciona y aumenta las sanciones administrativas que puede interponer la Superintendencia Nacional de Salud, esta es una medida de gran relevancia y tiene como finalidad afrontar la corrupción prácticamente generalizada en múltiples Entidades Promotoras de Salud, a la fecha, aún no es posible evidenciar resultados de su uso, pero se espera que genere un cambio en la manipulación de los Recursos Públicos, proferidos para la protección del derecho fundamental de la salud.

Antes de concluir con esta breve reseña histórica - normativa, es prudente en esta etapa integrar el desarrollo normativo de carácter internacional, las cuales tiene rigor vinculante en Colombia, por ser parte del Bloque de Constitucionalidad, contemplado en el artículo 93 de la norma magna, es de gran trascendencia el citado bloque, por cuanto el mismo hace parte integral y tiene fuerza coercitiva el doctor Oscar Parra Vera indica *“si el Estado colombiano se ha comprometido con el cumplimiento de internaciones de derechos humanos que tienen similar fuerza normativa a las normas constitucionales, es exigible que las leyes ordinarias se ajusten a esos compromisos. En otras palabras, el Estado debe adoptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno (leyes ordinarias, decretos reglamentarios, resoluciones, etc.) a los contenidos del bloque de constitucionalidad”* (Vera, 2003).

Es prudente entonces explicar concisamente, al bloque de constitucionalidad como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer explícitamente en los artículos de la constitución, son integrales a la misma y hacen parte de los parámetros sobre los cuales se examina la exequibilidad e inexequibilidad de las leyes. (C 225 , 1995)

Al respecto es preciso indicar que el marco internacional es bastante amplio donde se ratifican y protegen los derechos humanos, de la mujer, del niño, de los refugiados, de los trabajadores, y demás sin embargo se hace necesario citar aquellos considerados más relevantes y que taxativamente regulan algún aspecto de la salud, en primer lugar el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” aprobada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, emitido a través de la Resolución 2200 A del 16 de diciembre de 1966 en Asamblea de las Naciones Unidas, en su artículo doce literal d, impone “el deber a todos los Estados partes, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Antes de la emisión de la citada, fue proferida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la cual en su artículo veinticinco protege a la salud y a la asistencia médica, como un derecho social que tienen todas las personas.

Por otra parte, en la declaración de los derechos del niño del año 1959 se establece igual a la salud, como un derecho social que debe ser protegido, a estos sujetos de especial protección, así mismo, en la convención de derechos del niño, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990 ratifica, que se les debe garantizar a los niños el más alto nivel posible de salud, donde el estado debe asegurar la atención médica y establecer procedimientos para combatir y prevenir las enfermedades.

En el año de 1989, entró en rigor el convenio sobre pueblos indígenas y tribales que estableció como el Sistema General de Seguridad Social en Salud, también debe extenderse a los pueblos indígenas, quienes también deben gozar de un nivel de plenitud máxima en este aspecto.

Es preciso indicar que los citados tratados internacionales sumados a aquellos que no estipulamos directamente en este texto, por no ser taxativo la palabra salud, son parte del bloque

de constitucionalidad, sobre los cuales debe existir especial atención en su acatamiento debido a que existen diversos comités internacionales encargados de vigilar en el estado colombiano su respectivo cumplimiento, organizaciones que hacen parte del Sistema de Naciones Unidas, los cuales imponen diversos instrumentos para la calificación de las acciones nacionales, y brindar dicha información a la Organización Mundial de la Salud.

En síntesis, el desarrollo histórico y legal del el Sistema General de Seguridad Social en Salud orientado a garantizar el derecho de la Salud en Colombia, ha sufrido continuas modificaciones, sin embargo, es evidente la tensión entre los preceptos constitucionales y legales, aun a pesar de su constante transformación y complementación, persiste en las disposiciones normativas contradicciones con la garantía constitucional y su objeto de protección, esto se debe al diseño institucional de carácter privado que imposibilita la ejecución de logros planteados desde la Carta Magna.

1.2 DISEÑO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Ahora bien, que tenemos claro el desarrollo histórico del derecho de la salud y las disposiciones legales que adhieren y complementan la Ley 100 de 1993, se procede a estudiar el concepto de eficacia y su relación con el concepto de validez sustancial, con el fin de validar la observancia y rigurosidad actual del diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con los citados preceptos jurídicos.

Para dar inicio estratégico al estudio de las citadas definiciones, es preciso partir desde la escuela jurídica iuspositivista clásica, Norberto Bobbio, manifiesta que la regla para medir la eficacia, es “*si la norma es cumplida o no por las personas a quien se dirige*” (Bobbio, 2016), es decir para que una norma sea eficaz debe ser socialmente aceptada y acatada por la sociedad, por otra parte, para Kelsen en su obra teoría pura del derecho ha clasificado la eficacia en dos

categorías, la primera eficacia normativa y la segunda eficacia causal, la última hace referencia a la incidencia de las normas jurídicas en la determinación del comportamiento de los individuos, por ser premiados o tener temor a una sanción. De tal modo que la eficacia normativa la subdivide en acatamiento y aplicación de la sanción, en ambas tanto los individuos someten sus acciones o decisiones a lo expresamente descrito con anterioridad en una norma jurídica (Kelsen, 1970),.

Alf Ross, por su parte, ha expresado que: *“el concepto de validez puede usarse como sinónimo de “eficacia jurídica” como cuando se usa en el campo de la dogmática jurídica, como “eficacia sociológica” que se identificaría con la existencia efectiva y real de una norma o de un sistema jurídico, por oposición a los meros proyectos de normas o a las reglas o pautas imaginadas, y como sinónimo de “fuerza obligatoria moral” como se entiende por la teoría del derecho natural. Para Ross, es el segundo uso el que revela el verdadero sentido de “validez”* (Ross, 1993) , para los citados autores clásicos solo identifican el criterio de validez formal, razón por la cual, la conjugación de dichos conceptos con la eficacia de la norma no deslumbra la posibilidad otro criterio de calificación, como es el tema de validez sustancial o material estudiada en el presente texto.

Para Robert Alexy, indica que un sistema de normas que no obtiene un mínimo de eficacia o aceptación social, difícilmente puede valer jurídicamente, por ello, sostiene Alexy, la validez jurídica incluye necesariamente elementos de la validez social.

Para autores más recientes de la Escuela Neoconstitucional como Pablo Navarro y José Juan Moreso en su artículo *“aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”* indican que la eficacia de la norma puede medirse en los efectos que tenga para guiar el comportamiento humano, pero que también pueden ser eficaces en un sentido normativo por su relación con otras normas aplicables en un sistema jurídico. (Navarro, 1996). Para resolver este punto acerca de la elección

de un criterio de “eficacia” es adecuado citar también su desarrollo legal como concepto en Colombia “*que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas*”¹⁴ .

De acuerdo a lo anterior es visible que existen múltiples axiomas respecto de este precepto, sin embargo, todos guardan una línea similar al exponer que la “eficacia” de un sistema normativo, se evidencia en la esfera de la aplicación del derecho, y en la esfera de la interrelación de unas normas con otras, y será sobre estos aspectos donde se efectuará un análisis de nivel teórico práctico, respecto de los efectos positivos o negativos de la aplicabilidad del vigente diseño normativo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de su relación entre ellas aunado a el criterio de validez sustancial.

Partiendo de lo anterior, para el actual estudio del Sistema General de Seguridad Social en Salud desde una perspectiva objetiva, verificaremos los pronunciamientos de los doctrinantes a favor de la aplicación del vigente diseño del sistema, como es el caso de Juan Carlos Galindo Vacha escritor de “*amparos y coberturas de la Salud*” quien considera que el sistema originado con la Ley 100 de 1993 ha generado mejor y mayor cobertura, que la que se ha tenido de la salud en otros países latinoamericanos. En contraste, en completa crítica al mismo, Jaime León Gañan Echevarría, con su obra “*Los Muertos De La Ley 100*” desarrolló y llegó a la conclusión respecto, de la falta de eficacia¹⁵ del diseño de la normatividad de todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por otra parte, también exploraremos la posición de un doctrinante que describe imparcialmente el Sistema General de Seguridad Social en Salud y pretende encontrar y estipular el contenido mínimo esencial de la salud que puede hacerse exigible al estado colombiano, este es

¹⁴ Ley 42 de 1993 artículo 8.

¹⁵ Es eficaz como cumplimiento, en el sentido más amplio y a la vez más sencillo que cabe atribuir al adjetivo ‘eficaz’ (en el sentido “material” o “externo”), si la acción que la norma prescribe es, en realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma

el doctor Oscar Parra Vera con su obra “*El derecho a la salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*”.

Antes de dar inicio a la discusión, es preciso entender el diseño del actual sistema por lo cual se hace necesario estudiar la distinción de las funciones de las entidades a cargo de la prestación del servicio de la salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en primer lugar, encontramos las Entidades Promotoras del Servicio de Salud (EPS), y en segundo lugar las Instituciones Prestadoras del Servicio (IPS), las primeras se encuentran definidas en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, que indica en su tenor literal:

(...)ARTICULO. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente Ley. (...),

Con base en esto, es clave determinar que las Entidades Promotoras, son las encargadas de tres aspectos muy puntuales los cuales son, la afiliación, el registro y el recaudo de cotizaciones, es decir son meramente intermediarios en este servicio, ahora bien, comprendido esto, revisaremos la definición de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) las cuales se encuentran definidas en el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 que expone:

(...) ARTICULO. 185.-Instituciones prestadoras de servicios de salud. Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de servicios de salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Para que una entidad pueda constituirse como institución prestadora de servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.

En consecuencia, las Instituciones Prestadoras de Salud, son las entidades que directamente prestan el servicio de salud a los pacientes, en síntesis, son los hospitales y clínicas.

Identificada la diferencia entre estas dos figuras institucionales, es preciso dar paso a explicar que el artículo 181 de la Ley 100 de 1993, estableció varios tipos de EPS, las cuales, pueden ser públicas o netamente privadas, asociado a esto para su conformación exigió algunos requisitos como son tener una razón social, una personería jurídica, organización administrativa, organización financiera, capacidad técnica, un número mínimo de afiliados y un capital social mínimo, sin embargo, como vemos la norma, no exige, como requisito mínimo que la entidad promotora deba ser una persona jurídica con una función social, sin ánimo de lucro, el cual su margen de ganancia y efectividad se deba medir por los resultados de calidad obtenidos, y no por los réditos financieros logrados.

El argumento central de la rama legislativa del poder público, para implementar este fenómeno de privatizar la salud, fue la ineficiencia histórica ya estudiada, del gobierno para suministrar bienes y servicios a la población, la creciente inflación y el fracaso de los programas sociales (Vacha, 2011); para él citado autor la privatización de la salud, era la única herramienta

para hacer efectivo el goce del derecho de la salud de los Colombianos, e indica, que es gracias al marco que abrió el sistema originado a la Ley 100 de 1993, que a través de seguros privados muchos pudieron gozar de mejores tratamientos médicos y de una mejor atención, además señala que el fenómeno de la tutela como amparo es un proteccionismo excesivo, que tiene el Estado y manifiesta que este error craso es de la gran mayoría de países latinoamericanos, quien en su obra (Vacha, 2011) retrata y compara como se ponderan y otorgan coberturas no antes designadas, en el que denominamos “Plan Obligatorio de Salud” y como las Entidades se han visto obligadas a cumplir decisiones judiciales, en proteger e invertir derechos de la Salud, sin tener en cuenta la naturaleza “privada” del sistema.

Ahora bien, respecto del pronunciamiento de otros autores, el hecho de que las Empresas Promotoras de Salud-EPS son entidades con ánimo de lucro, sobre las cuales el ordenamiento jurídico no tiene definido, cuál es el margen de rentabilidad de la prestación de sus servicios, es un hecho grave. Oscar Echeverri, quien en su artículo “la Mercantilización del derecho de la salud en Colombia” (Echeverri, 2008) indica que bajo las reglas de la experiencia de cualquier negocio, siempre lo que se busca es rentabilidad, un beneficio económico de sus asociados, razón por la cual se ha degenerado la prestación de los servicios de la salud a pesar, que según, la normatividad según el artículo 49 de la Constitución, la atención básica debe ser gratuita y obligatoria, las instituciones prestadoras de salud, se niegan a brindar cualquier solicitud sin costo, y antes de brindar cualquier atención médica en la práctica, incluso en las sedes de urgencia, se valida primero el régimen contributivo o subsidiado de cada persona para verificar si es posible atenderlo o no.

Los niveles de morbilidad e índices mortalidad, han subido en Colombia y los medicamentos y tratamientos están siendo alcanzados solo a través de la acción de tutela, cogestionando la administración de justicia y aumentando la tramitología, para la obtención de medicamentos e

intervenciones establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), el cual le da “prevalencia al derecho de libertad económica sobre el derecho fundamental de la salud” (Echevarria, 2013), El doctor Gañan Echevarría en su obra “Los muertos de la ley 100” nos indica en un resumen breve, que en la actualidad existe gran cantidad de solicitudes de servicios de salud, que son negados por formalismos administrativos de las EPS, para evitar el gasto, hacer sostenible y rentable el negocio de la prestación del servicio de la salud.

Añadido a lo anterior el problema central de que no tenga un tope este negocio, es que los socios y propietarios de estas empresas (EPS), que prácticamente su única función es tercerizar la prestación de los servicios de salud, es que mientras se surten acciones judiciales, los propietarios invierten el dinero de aportes y lo multiplican para su beneficio, mientras que las personas que necesitan inversión de estos dineros para tratamientos o medicinas sufren perjuicios irremediables por la desatención medica promulgada, para la obtención de ganancias económicas.

Para (Echeverri, 2008), todo el negocio de la salud en régimen contributivo se basa en las denominadas “UPC” Unidad Percápita, la cual es el valor que le paga el Estado a través del “Fosyga” a las “EPS” empresas privadas con ánimo de lucro, por cada persona afiliada al sistema.

El recaudo de aportes a la fecha es obligatorio para cualquier persona que devengue más de un salario mínimo, incluso si está pensionado o sea parte de un régimen especial, así la persona se encuentre enferma o no, debe realizar un pago del 12.5 % de su salario para el sostenimiento del sistema, así la persona no esté conforme con el servicio de las “EPS”, pues por Ley, es obligatorio que debe estar afiliado y pagar, sin embargo, y es de resaltar que no es imperativo en el mismo sentido para la “IPS” otorgue atención básica gratuita para todas las personas.

Por lo tanto, es un negocio perfecto por cuanto siempre va tener clientes, a pesar de que los ciudadanos no lo utilicen, o no estén conformes con el mismo, con base en esta máxima, es que

las “EPS”, tienen todo tipo de escudos, burocracia y tramitología para la entrega de medicamentos o tratamientos médicos de alto costo o incluso de bajo costo incluidos en el POS.

Aunque cada autor da una posición distinta, de su concepción respecto de la privatización del desarrollo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, estadísticamente la ley 100 de 1993 permitió ofrecer cobertura a más del 90% de la población nacional, lo cual, antes no existía, sin embargo la desnacionalización convirtió en negocio a un derecho irrenunciable e íntimamente relacionado con el derecho a la vida y perpetuó el desequilibrio preexistente en la prestación de servicios de manera estratificada y de acuerdo a los ingresos económicos de las personas.

Ahora bien, revisadas estas dos posiciones, es objetivo manifestar que lo ordenado por la Ley 100 de 1993 en su artículo segundo literal d, no es eficaz al no ser aplicado por las Entidades Promotoras de Salud, por cuanto no cumplen su deber de garantizar con integralidad la cobertura de todas las contingencias de la salud, por lo tanto, es preciso señalar que la cobertura no debe medirse con un porcentaje estadístico de afiliados, sino en la cantidad de prestaciones sociales médicas que se aseguran por dichas entidades.

Para continuar, con la validación del grado en que se debe verificar la “eficacia” de la normatividad en el marco de la salud en relación con el precepto constitucional, para el Doctor Oscar Echeverry la eficacia de cualquier sistema de salud se mide en cumplir la norma constitucional y brindar la calidad y cobertura total, para lo cual es preciso afirmar objetivamente que respecto de la cobertura, históricamente el sistema si mejoró numéricamente, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, pero el tema de la calidad sigue siendo cuestión en discusión, por cuanto, según indica el citado autor que *“El problema central sobre la Ley 100 es si es el*

esquema de la EPS como (negocio) es decir, con fines de lucro es el apropiado para garantizar el suministro de buena (calidad) de los servicios de salud en Colombia” (Echeverri, 2008).

Para Echeverry *“El debate se centra en la concepción de la salud como una mercancía cualquiera (bien privado), que se debe comprar obligatoriamente mediante un seguro, y que debe dejar un margen de ganancia suficiente para los socios de las EPS. ¡Es aberrante que haya que comprar una mercancía obligatoriamente, por Ley!” (Echeverri, 2008).*

Posición clara y lógica, por cuanto el hecho de que mediante la Ley se ordene como obligatorio, para los colombianos adquirir un servicio del cual no gustan, se quejan por su ineficacia e inequidad, y el cual se privatiza para presuntamente mejorar la “calidad”, pero no se generan cambios progresivos de mejora, es en donde pierde la validez sustancial de la norma (Ferrajoli, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, 2006) debido a que la Ley, está diseñada estructuralmente con fines diferentes a los dispuestos en la Ley Fundamental y por esto, no logra, ni alcanzará a ejecutar los principios planteados.

Las múltiples negativas de las EPS, en brindar medicinas o tratamientos a sus pacientes, hoy realmente “clientes” (Echevarria, 2013), hace ineficaz la normatividad que rige el sistema por no cumplir eficazmente las disposiciones constitucionales en referencia a los objetivos y metas de cobertura universal de calidad con gratuidad y obligatoriedad de la prestación del servicio de la Salud en Colombia, por lo tanto la realidad social, no se modifica y menos con la Ley impuesta y contraria a la Constitución, que manifiesta, la obligatoriedad del sostenimiento de estas empresas promotoras del servicio de salud, con cotizaciones obligatorias, lo cual no permite mejorar la calidad de la salud de los colombianos, esta una de las razones para justificar la actual falta de eficacia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Echevarria, 2013) en este orden de ideas, es prudente indicar que es viable examinar la posibilidad de aplicar una modificación

legislativa que imponga premios o castigos más imperativos en el comportamientos a quienes suministran el servicio de la salud, para mejorar la eficacia de la normatividad.

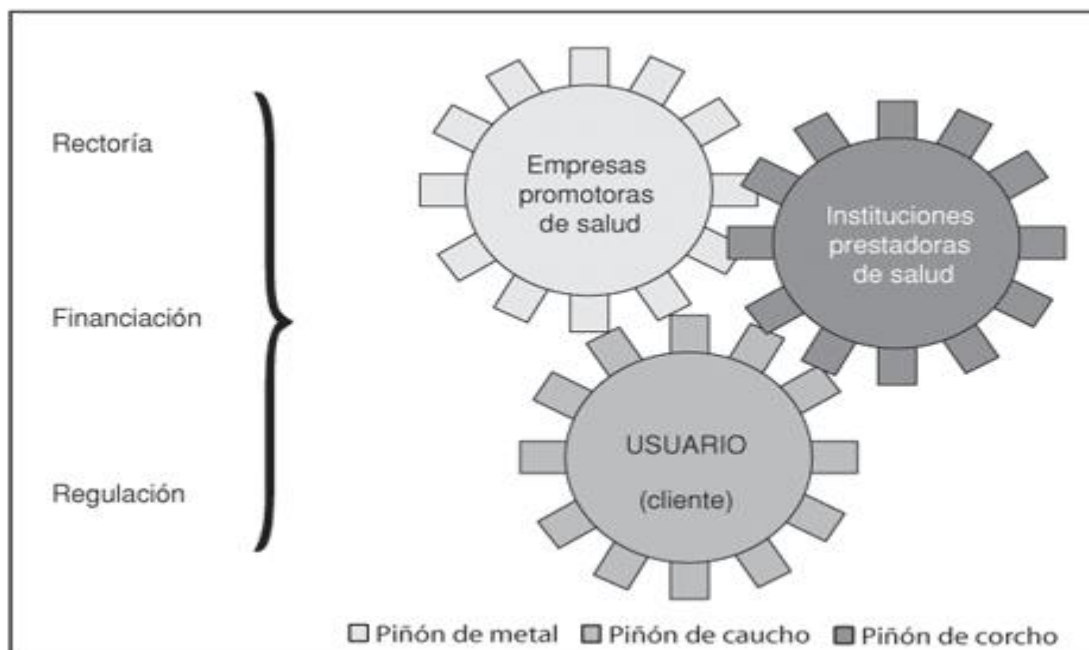
Según Echeverri, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es similar a un sistema de piñones, el piñón de las EPS es de metal (con la fortaleza económica para dominar el mercado), el de las IPS es de corcho (prestadores de la salud hospitales), y el del usuario es de caucho (tiene que aguantar y acomodarse a lo que los otros piñones hacen) El resultado es que, con el tiempo, el piñón de acero daña el de corcho, y el de caucho se desestabiliza. Así, los resultados del sistema no pueden ser buenos. (Echeverri, 2008)

“El sistema colombiano tiene serias debilidades pues, como sistema, es un engranaje de piñones en que todos deben ser del mismo metal y trabajar con las mismas tensiones para evitar un mal funcionamiento. En el caso colombiano, el piñón de las EPS es de metal (con la fortaleza económica para dominar el mercado), el de las IPS es de corcho (intermediarios), y el del usuario es de caucho (tiene que aguantar y acomodarse a lo que los otros piñones hacen). El resultado es que, con el tiempo, el piñón de acero daña el de corcho, y el de caucho se desestabiliza. Así, los resultados del sistema no pueden ser buenos. Por otro lado, la rectoría, la regulación y la financiación son débiles, confusas y poco efectivas, pues no estaban preparadas para la competencia ni para vender servicios; el Ministerio de Salud se debilitó tanto con el modelo, que desapareció al fusionarlo con el de Protección Social, y nadie se quejó; la avalancha de decretos, resoluciones y nuevas Leyes sobre el sistema de salud prácticamente sepultó la poca funcionalidad que tenía; y la evasión y la elusión debilitaron más las finanzas públicas

La bandera eje de la política Gubernamental, respecto de la privatización de este derecho fundamental a la salud, es que gracias a este se ha logrado avances notorios respecto de la cobertura universal, sin embargo este es un deber jurídico de la Ley frente a la Constitución, recordar que la carta magna referente a este derecho social, indica una regulación que es expresa y exige la totalidad de cobertura e incluso de manera gratuita de atención básica, por lo tanto, es claro que la responsabilidad de su protección está en cabeza del Estado, e incluso después de veinticinco años

de su entrada en vigencia y con diez reformas legales aún no se ha logrado la meta del 100% por ciento de cobertura de afiliados y mucho menos el 100% de cobertura integral de las posibles contingencias o enfermedades de la ciudadanía.

Figura 1. El sistema de salud colombiano



Fuente: (Echeverri, 2008)

Otra posición respecto del actual Sistema General de Seguridad Social, es la del Doctor Oscar Parra Vera, quien indica que es indispensable medir el progreso del sector salud a través de la continuidad de cuatro elementos esenciales, tales como, la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, y la calidad, de los cuales es indispensable que se efectúen y acaten para indicar que se brinda salud integral. (Vera, 2003) debido a esta circunstancia es preciso que el Estado actúe con obligaciones de respeto, protección y cumplimiento sobre la protección del derecho de la salud, las cuales algunas son de efecto inmediato y otras de efecto mediato, siendo las primeras aquellas que hacen especial protección a sujetos con debilidad manifiesta las cuales el Estado debe cobijar.

En el citado orden de ideas, el doctor Parra manifiesta al tenor literal que la debida utilización de los recursos para la protección de los derechos económicos sociales y culturales tales como la salud es una obligación inmediata del Estado Colombiano, indica exegéticamente: *“si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales. De allí la importancia de determinar si se han adoptado las medidas adecuadas y si estas se acompañan de la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles”*.

Al respecto, y con base al uso adecuado de los recursos, se clasifican dos obligaciones inmediatas para el Estado Colombiano, establecidas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la primera de ellas, es garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna, esta eventualmente no es eficaz en Colombia debido a que se deslumbra inequidad y rechazo en la prestación del servicio de la salud, a personas en condición de indigencia; la segunda regla, es adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho de la salud, a su vez esta obligación es cuestionable, por cuanto, no son visibles los cambios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para alcanzar, un progreso en los factores de universalidad en la cobertura, buena calidad y gratuidad de la atención básica. (Vera, 2003).

Además de lo anterior el doctor Parra Vera en su obra *“el derecho a la salud, en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales”* finiquita su estudio, manifestando que el derecho fundamental de la salud por sí mismo o por vía conexidad, goza de un contenido mínimo esencial, el cual limita el actuar del legislador, quien está encargado del deber de implementar un diseño que garantice sus niveles esenciales y a su vez adoptar medidas

para su desarrollo progresivo, reseña este último aspecto, como un tema esencial, por cuanto es inadmisiblemente constitucionalmente, la adopción de retrocesos judiciales. (Vera, 2003)

Sumado a las causas anteriores es preciso validar la eficacia sobre el diseño mismo del sistema, observaremos como ejemplo de ineficacia que el diseño que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de carácter contributivo, no tuvo en cuenta la discrepancia de las relaciones laborales estables y de carácter indefinido para la décadas de 1970 a 1980 y 1990, muy diferentes a las del nuevo milenio en adelante, por cuanto en esta nueva era, la informalidad es una realidad cotidiana, en los empleos de los nacionales según la página oficial del DANE en la más reciente estadística del 2019 “La proporción de ocupados informales en las 13 ciudades y áreas metropolitanas fue 45,9% para el trimestre móvil diciembre 2018 - febrero 2019. Para el total de las 23 ciudades y áreas metropolitanas fue 47,3%.” (DANE, Medición de empleo informal y seguridad Social, 2019).

Más del 45% de la población nacional, tienen trabajos informales, quienes pueden ganar menos de un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, y si los empleadores no les realizan pagos de aportes al Sistema de Salud, menos personas harán aportes al sistema, sumado a lo anterior, las relaciones laborales estables de personas entre 20 a 30 años, llegan a tener una estabilidad de 6 meses a un año como máximo, lo cual implica que la gran mayoría de las personas no tienen condiciones para realizar el pago de aportes mensuales, ni tampoco para ser beneficiarios del SISBEN por no vivir ni estar clasificado en un barrio con estrato 1 o 2.

Dadas estas condiciones, la universalidad en cobertura que se pretende cumplir a nivel de principio de acuerdo a lo establecido en la (Ley 100, 1993), es una utopía, un imposible de llegar, desde un punto de vista lógico por cuanto el cuerpo discursivo de lo descrito en el ordenamiento legal, en la misma norma se aleja de la aplicación real de lo que sucede, para cumplir el objetivo

que plantea la norma constitucional, haciendo que aquella pierda eficacia al no hacer posible la cobertura total.

Lo anterior, se debe a que el espíritu de la normatividad del legislativo, está diseñado no para dar cumplimiento a los principios u objetivos constitucionales, sino que está dirigida a generar plusvalía y obtención de recursos económicos en la prestación del servicio de la salud, y por ende la validez sustancial de la Ley 100 de 1993 puede ser cuestionable, al ser el sentido profundo de esta Ley incompatible con la finalidad de garantía total, dispuesta en la Constitución, norma de mayor rango y jerarquía que somete a las inferiores. (Ferrajoli, El derecho como sistema de garantías, 1999)

Sumando a lo anterior, desde la Constitución¹⁶, se indica que se creará una entidad encargada de validar dentro del presupuesto del Sistema General de Participaciones, la cual verificará que el presupuesto otorgado a las entidades territoriales, sea invertido primero en este derecho fundamental a la salud, lograr la cobertura buscada y luego si invertir en demás obras e infraestructura requerida.

A la fecha, no existe un permiso o una autorización emitida por una entidad encargada de validar este presupuesto del Sistema General de Participaciones, por cuanto el presupuesto es distribuido a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) el cual tiene sus funciones regladas a través del Decreto 2148 de 2009, las cuales son:

¹⁶ Artículo 357 Constitución Política de Colombia modificado por el acto legislativo 004 de 2007 indica “Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”

1. Presentar, para su estudio y aprobación, la programación macroeconómica anual.
2. Someter a su consideración el Plan Nacional de Desarrollo, en los términos señalados en la Ley orgánica del Plan.
3. Presentar, para su aprobación, las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del Gobierno nacional.
4. Presentar, para su análisis, estudios sobre la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y sobre las políticas, estrategias, programas y proyectos del Gobierno nacional.
5. Someter, para su estudio y aprobación, las bases y criterios de la inversión pública.
6. Presentar, para su estudio y aprobación, el plan financiero del sector público.
7. Presentar, para su estudio y aprobación, el plan operativo anual de inversiones.
8. Presentar, para su estudio y aprobación, el programa de desembolsos de crédito externo del sector público.
9. Preparar y someter a su consideración los conceptos relacionados con la celebración de los contratos de empréstito de la nación o de las entidades públicas, en los términos previstos por las disposiciones legales vigentes.
10. Preparar y someter a su consideración los conceptos relacionados con el otorgamiento de garantías por parte de la nación a los contratos de crédito interno o externo de las entidades públicas, en los términos previstos por las disposiciones legales vigentes.
11. Presentar, para su estudio y aprobación, el monto y distribución de las utilidades y los superávits de las entidades descentralizadas.
12. Prestar el apoyo requerido por el CONPES en todas las demás actuaciones y funciones de su competencia.

Como podemos observar, no se especifica una adecuada labor de vigilar, que las entidades territoriales inviertan el presupuesto primero en la cobertura de salud, no se tiene controles de fondo al respecto y tampoco existe una función en brindar autorización a las entidades territoriales a que inviertan obras e infraestructura, una vez, logren la cobertura total de su municipio o departamento en estos ámbitos, por lo tanto, lo estipulado en el artículo 357 de la Constitución modificado por el acto legislativo 004 de 2007 en su inciso 5, norma vigente, indica en su tenor literal **“Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”**

La citada, es una norma sin aplicación, aunque se exija en la misma reglamentación, a la fecha no existe disposición legal emitida por el legislativo acorde a este mandato constitucional, en este punto, es en donde se evidencia “ineficacia” de las normas incluso a nivel constitucional, una norma muerta en cuanto a su utilización, no puede gozar de eficacia (Bobbio, 2016), por cuanto el sentido de la misma no ha sido resuelto ni de manera lógica argumentativa, ni de manera fáctica, como asegura el Doctor Carnelutti (Carnelutti, 2010) en su obra *“Como nace el derecho”*., por lo tanto una norma ineficaz del más alto rango, demuestra la falta de complementariedad y coordinación de las normas de menor valor, las cuales, no tienen un orden estructural y convierten, el actual Sistema General de Seguridad Social de Salud, de un sistema compatible “modelo” a un sistema sin rigurosidad en su regulación legal, por lo que es de notoriedad, las causas jurídicas por las que en el presente texto cuestiona su validez sustancial.

Por otra parte, entre las funciones citadas en el artículo 156 literal L de la (Ley 100, 1993) la entidad encargada de regular económicamente la salud es el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) con la Unidad Per Cápita. La Unidad de Pago por capitación (UPC) es el valor, que se reconoce por cada uno de las EPS por el número afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado.

En el régimen subsidiado, el FOSYGA, hace parte junto con los recursos del Sistema General de Participaciones, las rentas cedidas por juegos de azar, las bebidas alcohólicas, y los recursos propios de cada entidad territorial, constituyen el sostenimiento económico del régimen el cual es esencialmente gratuito para las personas con menos capacidad adquisitiva económica en Colombia.

Para el año 2013, el presupuesto invertido anualmente en el sector Salud del Sistema General de Participaciones era del 24,5% según (Dirección General del Apoyo Fiscal Ministerio de Hacienda , 2013) este es un porcentaje que no es acorde a lo manifestado en el artículo 357 de la Constitución modificado por el acto legislativo 004 de 2007, el cual, establece que cumplidos los objetivos de cobertura de calidad de salud, educación, agua potable y saneamiento básico y *previa certificación de entidad nacional podrán las entidades territoriales invertir en otros sectores*, lo anterior se debe a que en la (Dirección General del Apoyo Fiscal Ministerio de Hacienda , 2013) y el informe de esta fecha 2013, se evidencia, que dentro del Sistema General de Participaciones el “11,6%” señala un nuevo rubro que se denomina “participación de propósito general” este no fue estipulado en la norma magna, y en el cual algunos de los 57 municipios, que tienen categoría de especial de clasificación 4, 5 y 6 pueden hacer libre destinación y libre inversión de estos recursos.

Por otra parte, la UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES y a través de la Resolución 5858 de 2018, se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación- UPC esta es quien financia los servicios y herramientas tecnológicas del Plan de Beneficios en Salud, del régimen subsidiado; durante la vigencia 2019 es destacable la nivelación de la prima al 95% para los regímenes contributivo y subsidiado.

A su vez, debemos tener en cuenta, la UPC-adicional esta es, una prima o valor adicional reconocido por la CRES a diversas zonas geográficas, por concepto de dispersión geográfica. Es decir, un valor aplicable para las áreas de algunos departamentos, en los cuales hay una menor densidad poblacional, que a su vez puede representar un mayor gasto, por los sobre costos de atención en salud derivados entre otros del transporte de pacientes.

Con posterioridad, a la creación de la prima adicional para las zonas geográficas por dispersión territorial, explicado en el inciso anterior, surge otro tipo de prima adicional llamada diferencial, aplicable para las zonas geográficas que presenten mayor siniestralidad respecto del resto de municipios del país. Se aplica por zona geográfica a los municipios conurbados, es decir aquellos próximos a centros urbanos.

A pesar, de existir una reglamentación de la inversión en múltiples lugares, los recursos no son suficientes y la necesidad de inversión social en salud permanece y crece en el ordenamiento jurídico, por lo tanto persiste una realidad, que dista mucho de los objetivos Constitucionales ya mencionados, lo anterior también se debe a que, la Contraloría ha evidenciado escándalos de recobro y pago doble o incluso hasta triple de cada UPC a las EPS, quienes de esta forma obtienen ilegalmente fondos para sus “socios” por lo tanto, para cumplir el principio de eficiencia, se debe

agregar más funciones de instructor y control al FOSYGA quien actualmente se encuentra limitado a cumplir con el pago a las EPS, según el número de cotizantes y el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y a trasladar los recursos fiscales para el régimen subsidiado, pero es preciso que la citada entidad tenga el deber de realizar un control previo al giro de las UPC.

Para (Echevarria, 2013) en su obra “los muertos de la Ley 100” el reto se encuentra, en superar los grandes problemas que recaen de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, uno de ellos es la forma en que se destinan los recursos, al existir la falta de un control óptimo de vigilancia e integralidad, en que se inspeccione que determinado recurso tiene una determinada finalidad, esto sumado a lograr la cobertura a personas en condición de verdadera pobreza, mejorar el grado de prevención de las enfermedades, y el modelo de atención primaria básico y gratuita, con la estandarización de una primera respuesta de servicio, y habitualidad del pago de medicamentos de alto costo y tratamientos de alto costo a personas sin recursos, con estos logros el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud dejaría de ser un blanco de críticas.

Es preciso asumir, que las citadas responsabilidades de atención recaen en “comerciantes” de la salud, las “EPS”, las cuales desenfocadas y pendientes de la rentabilidad y ganancias, dejan sin solución, tratamientos, medicinas, intervenciones y pagos, sin importar, si discriminan a personas sin recursos, por esta circunstancia, el derecho fundamental de la salud, se encuentra estancado sin sometimiento a los principios constitucionales, y es totalmente en este punto válido y positivo rescatar la teoría de la “validez sustancial” de las normas, puesto que es la única manera de que a través del derecho, se pueda generar un cambio en las conductas sociales, para esto citamos al doctor Gerardo Durango, en su obra aproximaciones conceptuales a la democracia y los derechos fundamentales en la teoría de L. Ferrajoli, el cual, sintetiza dos argumentos de gran trascendencia del autor italiano que me permito citar

(...) El Estado de derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las Leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales(...) si bien una Ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción, Pero ¿quién determina tal coherencia? En este caso, como ya se ha mencionado anteriormente, es el juez ferrajoliano quien tiene la última palabra incluso frente al legislador (...) Subrayado Fuera de Texto (Alvarez, 2007)

Es posible, dictaminar que el maestro Luigi Ferrajoli en su desarrollo teórico no está nada alejado de la aplicación realista del derecho en el siglo XXI, es más se puede asegurar que es bastante asertiva, en el entendido para nuestro caso en estudio, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrollado por el legislativo, ha tenido varios problemas de eficacia, debido a que, en cuanto a su regulación ha actuado en contra de los derechos fundamentales, de salud y seguridad social, siendo estos los principales elementos de “validez sustancial”, esto al proferir normas que desarrollan un procedimiento distinto al mandato constitucional, además de ello la regulación legal del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha sido tardía en tiempo y no acorde a las necesidades de la población, por motivo de lo anterior fue “el juez” constitucional quien a través de la C- 252 de 2010, solicitó un llamado a la coherencia en la promulgación de Leyes con un diseño institucional que sea compatible a los preceptos de la Carta Magna.

Podemos concluir que el nivel de ineficacia y falta de validez sustancial de la normatividad del sistema, se debe a que tiene graves problemas estructurales referentes al diseño institucional privado que tiene, por cuanto con este, no es posible alcanzar a ejecutar los principios de

universalidad en cobertura, buena calidad y gratuidad de la atención básica, desarrollados con carácter impositivo por la Constitución.

Por lo que es posible manifestar que la falta de eficacia, no es un tema que se evidencia únicamente en el ser de la aplicación que se la da en la normatividad, sino que incluso el deber ser de la regulación legal, por cuanto esta no modifica el actuar de las personas de la sociedad, y tampoco se adhiere a las normas de más jerarquía.

1.3 LA ACCIÓN DE TUTELA UNA BARRERA PARA EL ACCESO A LA SALUD

Según, el ordenamiento legal, para acceder a que se brinden los mínimos del Plan Obligatorio de Salud “POS” los miembros del Régimen Contributivo, con contrato laboral, deben cotizar mensualmente el 11% de su sueldo o ingreso, además, de un uno 1.5% por ciento de más para asignar un subsidio cruzado que financia, de manera parcial, el aseguramiento en salud de los miembros del régimen subsidiado, este aporte, también es realizado por los trabajadores independientes, el restante financiamiento del Régimen Subsidiado, proviene de los ingresos generales de la nación.

Para acceder al POS, los miembros del Régimen Subsidiado deben haber establecido su condición de beneficiarios, sometiéndose a un mecanismo de clasificación socioeconómica denominado sistema de identificación de beneficiarios (SISBEN), el cual es administrado por los municipios. (Ministerio de Protección Social Programa Apoyo Reforma a la Salud ESAP, 2008)

El SISBEN clasifica a la población en seis niveles, a partir de ciertas características estructurales del hogar y de sus miembros. Las personas pertenecientes al nivel 1 y 2 del SISBEN, son llamadas vulnerables. A este, pueden pertenecer otras poblaciones, como grupos étnicos desplazados, entre otros.

En principio, los aseguradores no compiten, por el precio sino por la calidad de su gestión administradora de riesgos y la organización de las redes de prestación de servicios; por consiguiente, tanto los miembros del régimen contributivo, como los del régimen subsidiado, pueden escoger su propio asegurador de salud, ya sea una entidad promotora de salud (EPS) o una administradora del régimen subsidiado (ARS).

Sin embargo, la población cotizante desconoce si sus derechos están incluidos o no en el “POS” lo cual ha sido la excusa perfecta para que las EPS o ARS, puedan negar la atención médica, medicinas e intervenciones quirúrgicas que son partes de los derechos fundamentales mínimos de los ciudadanos, lo anterior, se demuestra cuando el derecho a la salud genera un amplio número de sentencias de revisión de acciones de tutela, que por más de veinticinco años dan cuenta de los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se presentan en la aplicación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con respecto al POS del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado, los cuales desde que fue proferida la sentencia T- 760 de 2008 emitida por la Corte Constitucional, unificaron la prestación de servicios mínimos en ambos Regímenes, además de ello, por parte del “el juez” , se han ampliado coberturas y atacado los formalismos de las instituciones del sector salud.

En la actualidad las EPS generan barreras de atención para la prestación del servicio de salud, y muchos pacientes por la lesividad de estas barreras, sufren daño o afectación grave a su salud por no ser intervenidos a tiempo, lo cual, ha generado un fenómeno mal denominado “tutelitis”¹⁷; El doctor Jaime León Gañán Echavarría en su escrito “los Muertos de la Ley 100” (Echevarria, 2013) manifiesta que

¹⁷ Termino sacado del texto: La Tutela en Colombia: Hacia la vigencia de los derechos fundamentales William Alvis Pinzón. Revista Foro; Bogotá N.º 21, (Sep 1993): 28-43.

“(..) de acuerdo con el informe de la Defensoría del Pueblo la Acción de 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 SGSS 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, el 76.7% de las citas médicas y el 62.6% de solicitudes de exámenes tutelados se encuentran en el POS”.

De lo anterior, es claro que el 62.6%, es una cifra bastante alta de medicamentos e intervenciones incluidos en el POS, teniendo en cuenta que los profesionales de la salud y sus administradores, deben tener conocimiento de cuáles son los servicios que se deben garantizar a sus pacientes protegidos desde la Ley, por lo tanto, es notorio que este alto nivel de tutelas no sean parte de un error involuntario de las EPS o IPS, sino que el mismo es un requisito de procedibilidad, de acuerdo a las políticas de manejo de sus socios mayoritarios, quienes imponen barreras como la tutela, para prevalecer el sostenimiento y rentabilidad del “negocio” de la salud (Echeverri, 2008), en este orden de ideas las acciones de tutela, son muestra fehaciente de la ineficiencia y de la falta de calidad con las que las EPS e IPS han tratado el tema del suministro de los mínimos del POS.

Se hace evidente la falta de validez sustancial, por cuanto, el desarrollo legal hace caso omiso a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, tanto el desarrollo legal y reglamentario, hace que la prestación del servicio varíe según la capacidad económica adquisitiva de quien lo requiera, y de donde se encuentre afiliado para que se preste el servicio, al punto de hacer popular que las personas se consulten entre sí, de manera cotidiana cual EPS brinda o no determinado servicio, a sabiendas que es una verdadera “Garantía Constitucional” (Ferrajoli, Las Garantías

Constitucionales de los Derechos Fundamentales, 2006) prestar los mínimos servicios señalados en la Ley.

Siguiendo la discusión, respecto de la acción de tutela, en la cobertura del derecho fundamental de la salud, la opinión del doctor Jaime León Gañan, en el sentido que en la actualidad no es un secreto que la acción de tutela, se ha convertido un requisito sine qua non, para acceder a algún tratamiento de salud, medicamento o cirugía de alto costo. Al respecto, si existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y con carácter de “unificación”, sin embargo pese a existir el precedente judicial, con efectos “erga omnes”, las EPS siguen interponiendo barreras y formalismos, para generar desatención a sus pacientes, esto genera que las “EPS” sean intermediarios con múltiples sanciones en los estrados judiciales, por actuar con negligencia, de manera omisiva y lenta al negar los servicios de salud a sus afiliados. (Echevarria, 2013)

Ahora bien, en cuanto a las barreras de la prestación del servicio, es preciso citar la labor investigativa de un grupo de investigadores en Medellín, quienes efectuaron un análisis de cuáles son las principales barreras para acceder a la salud, en especial aquellas que hacen parte de una posición socio-económica poco privilegiada.

“se identificaron las siguientes barreras más recurrentes, que suelen afectar en mayor medida a personas de menor nivel socioeconómico: 1) costo de medicamentos, consultas médicas y exámenes; 2) temor o vergüenza al ser atendido en un servicio de salud; 3) desconfianza en los equipos de salud y en el tratamiento prescrito, y 4) estigma social, creencias y mitos.” (Restrepo-Zea JH, 2014)

Sin embargo, es de aclarar que los citados autores hicieron un trabajo de campo, que aparte de ser de utilidad académica, se puede constituir en una base, para los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud para supervisar y mejorar algunas barreras para el acceso a la salud

tales como, ubicación geográfica, el nivel de formación, y su posición social o cultural. Aunque la labor fue realizada en algunos barrios y localidades de Medellín, esta labor debe servir como ejemplo para los actores del sistema, puesto que, sin una mejora estructural amarrada de una retroalimentación constante de los aspectos negativos y por mejorar, con el fin de generar y asegurar la salud de todos los colombianos, no va a existir, un cambio en la calidad de la prestación del servicio de la salud.

En el contexto citado, es preciso, indicar cuales fueron las soluciones o facilitadores que utilizó la población y los actores del sistema para superar las barreras de la prestación del servicio las cuales fueron (Restrepo-Zea JH, 2014):

“se analizaron las estrategias más recurrentes que utilizan los actores para solventar las barreras: 1) urgencias, 2) tutela, 3) acudir a funcionarios “puente”, con buena disposición y contactos, 4) acompañamiento de líderes locales con conocimiento, 5) esfuerzo de profesionales de salud para ayudar, por ejemplo, al transporte de pacientes, 6) estrategias de ips para aumentar oferta y extender horarios, y 7) atención privada.”

Observamos como la acción de la tutela, se encuentra en el segundo lugar para la protección del derecho fundamental de la salud, que si bien goza de un amplio desarrollo doctrinal que la ha estudiado como una barrera al acceso del derecho fundamental de la salud, es importante citar el trabajo de la Doctora Alba Lucía Vélez que desarrollo un orden y clasificación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional con base en acciones de tutelas fundamentadas en la protección y promoción del derecho a la salud,

“pueden identificarse las siguientes fases: inicialmente se sentaron las bases para construir una línea jurisprudencial, fijando puntos centrales: uno, la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en cabeza del Estado, cuando de ello depende la vida e integridad de una persona en situación económica precaria, y se le confiere como prestación, exigible mediante tutela, que el Estado asegure la efectiva prestación del servicio requerido. En una segunda etapa coincide con la expedición de la Ley 100/93

mediante la cual se crea el SGSSS concebido como un conjunto de normas, procedimientos e instituciones cuya finalidad es cubrir el derecho irrenunciable a la salud de toda la población y crea dos regímenes: contributivo y subsidiado. Las personas afiliadas al régimen contributivo tienen acceso al Plan de Atención Básico en Salud (POS) Los afiliados al régimen subsidiado tienen derecho al POS” (Velez, 2005)

Es preciso observar que la acción de tutela, ha sido un ancla que ha mediado porque el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea acorde a la Constitución, y lo ha mantenido al nivel del Estado Social y Democrático de Derecho, más adelante como estudiaremos existe un amplio desarrollo jurisprudencial, el cual, deja al papel del “Juez” como el menos responsable de la ineficacia advertida en la prestación del servicio de salud, a causa de la falta de validez sustancial de la normatividad en el sector.

A pesar de lo anterior, se manifiesta por algunos autores como Juan Carlos Galindo Vacha (Vacha, 2011) quien manifiesta, que los fallos han afectado el presupuesto de las EPS y se han excedido a los límites establecidos en el marco de la legalidad, sin embargo el citado autor no ha tenido en cuenta que la Constitución prima sobre las Leyes y “en desarrollo de la norma fundamental, se deben ceñir las normas de menor categoría”. (Courtis V. A., 2002)., por lo tanto, la ley se debe someter al mandato constitucional y no inversamente.

Reseñamos como soporte al anterior párrafo, que, la segunda causa anual de la acción de tutela, son temas relacionadas con la prestación del servicio de salud, las cuales para el año 2017 se llegaron a presentar 197.555¹⁸ procesos que tenían como fin una reclamación de este derecho fundamental, por lo cual se aprecia una necesidad de replantear la prestación del servicio a un sistema más competente y centralizado en el Estado, que debe cumplir sus deberes y garantizar los derechos sociales a sus ciudadanos. A su vez, es viable en este punto describir sucintamente la

¹⁸ Cifras tomadas de la unidad de tutelas de la Corte Constitucional.

posición del doctor Oscar Parra, quien indica que las sentencias hito, son subreglas de interpretación que sirven como base para que el juez posterior decida su aplicación o no en casos análogos, una vez entendido este concepto es preciso citar la conclusión expuesta y relacionada en este aspecto que indica: *“en tanto las subreglas que se ofrecen en este libro son consecuencia de problemas en la política pública, están llamadas a incidir en ella, de tal forma que se cierre el círculo vicioso de descargar en la acción de tutela los problemas del sistema. Los jueces no pueden seguir enfrentando las fallas estructurales del sistema, toda vez que cuentan con una capacidad limitada frente a posibles soluciones”*

En el citado texto, se indica que es sumamente grave la exigencia de la interposición de acciones de tutela como un requisito más para el suministro de cierto tipo de prestaciones de la salud, lo cual es con claridad una conducta ilegal y claramente injustificable, tal y como se expone en la sentencia T-1384 del 2000¹⁹ proferida por la Corte Constitucional. (Vera, 2003)

En este orden de ideas es preciso concluir que la acción de tutela no debe seguir siendo una regla cotidiana para lograr obtener la prestación de servicios de la salud, y a diferencia de creer que esta ha servido para la protección de los derechos de los ciudadanos, este mecanismo también ha favorecido a las Entidades Promotoras de Salud que aprovechan el citado procedimiento legal para que antes de su agotamiento puedan negar tratamientos, citas o medicinas hasta que exista una sentencia judicial que los obligue, por esta causa, es prudente finalizar, resaltando que este fenómeno de la acción de tutela como una barrera, es una consecuencia directa de la falta de validez sustancial del diseño privado institucional del Sistema General de Seguridad Social de Salud en Colombia.

¹⁹ Sentencia T-1384 de 2000, la Corte Constitucional destacó que la tutela no es un trámite administrativo o un requisito previo que deba cumplirse con el fin de lograr la atención en salud por lo tanto “la conversión de la tutela en un trámite adicional, además de desdibujar la protección constitucional entraña una violación al artículo 84 de la carta”.

Validado el fenómeno de la acción de tutela como una barrera para la prestación del servicio de la salud, es prudente estudiar al “precedente vinculante”, el cual es fuente prima facie de nuestro ordenamiento jurídico después de la Ley, por lo tanto, el mismo debe ser aplicado en el marco del derecho de la salud, tanto por las entidades públicas que ejercen la vigilancia y control, como por las EPS e IPS entidades privadas que brindan un servicio público de un derecho fundamental irrenunciable.

Para comenzar a realizar un análisis Jurisprudencial en Colombia es importante sentar bases, en aclarar en qué consiste el principio del precedente vinculante, establecer cuál es la aplicación que se le da, y cuál es la aplicación que se le debe dar, al momento de emitir un acto administrativo, o emitir una sentencia, por un funcionario de una entidad pública o privada, para así, distinguir cuando la extensión de jurisprudencia debe ser tomada en cuenta como una fuente de derecho primaria y cuando el funcionario juzgador o administrativo es libre de apartarse y tomar una decisión en contrario sensu.

En ese orden de ideas, es necesario precisar que con la expedición de la Ley 153 de 1887 se establece que la “Ley” es fuente principal del derecho, mientras que los principios del derecho natural y la jurisprudencia servirían para ilustrar en casos dudosos, luego en la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 230 establece “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”. y finalmente en la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A. en su artículo décimo indicó en su tenor literal “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar

las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

El artículo décimo anteriormente citado, ha sido sujeto de interpretación doctrinaria y puesto en duda respecto de si es o no inconstitucional, sin embargo, la Corte Constitucional lo declaró exequible, a través de la sentencia (C 634, 2011) manifestando que con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas, por lo cual, para los servidores públicos y administradores de justicia existe una obligación *prima facie* de seguirlo y en caso que desee apartarse debe justificarse, citando el precedente al que no se acoge, junto con las razones jurídicas de ponderación o de evaluación del caso en concreto, que le den la facultad de apartarse sin incurrir en prevaricato, igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que no solo sus precedentes son obligatorios respecto de las sentencias con efectos *erga omnes*, que evalúan con un control de constitucionalidad el ordenamiento jurídico, sino también todas las emitidos por las altas cortes como son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En este orden de ideas, se estudiarán las características de las providencias judiciales en primer lugar, respecto de que significan los efectos de las *erga omnes* y que representan los efectos *inter partes*, luego de esto, validaremos como se conforman los fundamentos de derecho de una sentencia como es la *obiter dicta* y la *ratio decidendi*;

En primera medida respecto de los efectos *erga omnes*, estos hacen referencia a las decisiones judiciales, que tienen efectos y deben cumplirse por todas las personas que se encuentren en el territorio colombiano, mientras, que los efectos *inter partes* hacen alusión a las

decisiones que solo afectan a las partes que intervinieron en el proceso judicial, es decir solo le infieren a él, tales como el demandante y el demandado, siendo solo estos los obligados a acatarla.

Por otra parte, la *obiter dicta*, son los fundamentos de derecho citados por el juez, quien adiciona observaciones complementarias que puede contener la sentencia, los mismos, no son vinculantes, pero pueden influir persuasivamente en otros tribunales que tomaran decisiones similares o sobre los cuales no existe Ley al respecto y por analogía el mismo puede ser citado.

Respecto de la *ratio decidendi* son los fundamentos de derecho originados por el juez para solucionar un conflicto particular y concreto, pero que implica una motivación para que se aplique en casos similares, donde el juez posterior decide si debe ejecutarse y solucionarse de la misma manera, o puede apartarse de la citada subregla por argumentos de fondo del caso en particular.

La doctrina, ha manifestado que la expedición del artículo décimo de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A. tenía como finalidad “*incidencia directa en la protección de derechos en sede administrativa, la reducción de la litigiosidad y la garantía de seguridad jurídica y coherencia en la aplicación de las normas jurídicas*” (Echevarria, 2013) siendo este el sentido y el objetivo tanto del legislador, como de las altas cortes en sus pronunciamientos, no da lugar a duda jurídica, que el precedente vinculante es una herramienta de gran utilidad y trascendencia, por lo que, se debe aplicar desde la sede administrativa, para mejorar la eficacia y eficiencia de la defensa y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es de tal importancia y exigibilidad que se aplique por la administración, que la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales o administrativas, que están en contra del precedente vinculante.

En definitiva, si existe una obligación prima facie de seguir el precedente de las altas cortes, siempre y cuando se cumpla el requisito exigido en la normatividad, esto es, que se vuelve obligatorio únicamente validar el precedente si el mismo indica en su tenor literal que se trata de

una decisión de “unificación”, serán estas las providencias las únicas sobre las cuales la autoridad judicial o administrativa deben dar aplicación en sus decisiones y en caso último que decida apartarse, deben ofrecer una justificación suficiente, por cuanto esta tiene como finalidad solucionar de raíz no solo el caso en cuestión litigiosa, sino casos similares, y así garantizar una seguridad jurídica en el ámbito social como un presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, sus efectos son para todos con el fin de garantizar el principio de igualdad en el actuar frente a la sociedad, por lo tanto, no pueden ni deben, los funcionarios públicos o administradores de justicia, apartarse sin un argumento jurídico y fáctico de peso.

Ahora bien, entendido el concepto del precedente vinculante y sus efectos es procedente avanzar con la relatoría de las principales decisiones emitidas hasta la fecha en materia de promoción, protección y satisfacción del derecho fundamental de la salud, para lo cual es necesario, indicar que las sentencias seleccionadas a continuación, todas han sido emitidas con carácter de unificación y por ende a luz de lo establecido en el artículo 10 del C.P.A.C.A. (Ley 1437, 2011) deben ser tenidas en cuenta como fuente prima facie en derecho, es decir, deben ser acogidas para cumplir los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia de este importante derecho social.

A continuación, se realizará un breve análisis jurisprudencial únicamente de sentencias de unificación emitidas por la Corte Constitucional que sobresalen, desde la promulgación de la ley 100 de 1993 hasta la fecha, utilizando el método dogmático que se ha desarrollado durante el presente texto, partiendo de una validación inductiva cuantitativo a través de un análisis descriptivo general de las providencias citando la dimensión axiológica, normativa y fáctica de cada caso sucintamente y en específico el desarrollo del problema jurídico y la ratio decidendi de cada una de las sentencias con carácter de unificación más transcendentales y con este resumen

validar cuál fue su aporte en la línea jurisprudencial en regular los vacíos de interpretación legislativa que trajo consigo la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia; a su vez es preciso subrayar que la metodología de análisis jurisprudencial que se sigue es la propuesta por el maestro Oscar Agudelo con su obra *“la pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación”* quien indica la posibilidad de practicar relatoría de sentencias y análisis jurisprudencial a partir del análisis descriptivo “*lata ferenda*”²⁰ donde se enuncie los aspectos estrictamente claves que han sido visualizados por el Juez y que son viables de resaltar respecto de la falta de armonía de la norma evaluada y sirvan para resolver el problema de investigación, a su vez, es preciso subrayar que obraran como soportes de esta investigación las fichas de análisis jurisprudencial en los anexos de este trabajo

En la sentencia de unificación 043 de 1995, emitida por la Corte Constitucional, el problema jurídico se centró en validar si era viable brindar atención y cobertura en salud a un menor que de acuerdo al derecho vigente para la época en específico el Decreto 3063 de 1989 y los Decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977, al tener una enfermedad incurable era posible su desafiliación, la ratio decidendi de la Corte Constitucional que con base a los mandamientos del artículo 48 y 49 de la Carta Magna es deber del Estado ofrecer cobertura y amparo en salud aun cuando no se cumplan los requisitos legales para ser parte de cualquiera de los regímenes de afiliación.

En la sentencia de unificación 111 de 1997, emitida por la Corte Constitucional, el problema jurídico se centró en validar si a una mujer de la tercera edad, que dejó vencer los términos legales para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, vía conexidad a través de

²⁰ Luego, del significado y contenido atribuidos, sumado a la proyección de efectos dentro del sistema jurídico, proviene la fase segunda de la investigación hermenéutica. Esta fase marca dos posibilidades: por un lado, asumir que la delimitación del alcance de la norma jurídica resulta insuficiente, en tanto puede ser una norma jurídica de textura abierta –cargada de términos ambiguos o vagos– razón por la cual se propende a través de la investigación por una solución por vía legislativa; situación que da lugar a la elección de una metodología de *lege ferenda*

tutela podía atacar un acto administrativo que le suspendió los servicios médicos, respecto de la razones de la decisión, la corte deja decantado el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, es decir que el citado procedimiento especial solo procede cuando no exista un mecanismo a través de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa para la protección de la garantía fundamental, a no ser que se demuestre en el proceso de tutela conexidad con afectación al mínimo vital o al derecho a la dignidad humana, para el caso el concreto aduce la corte no se demuestra ninguna de estas alternativas y la accionante de la tercera edad dejó vencer los términos, para interponer la acción contencioso administrativa, por lo tanto no procede la tutela y no se protege los derechos fundamentales y se le indica a la accionante que igualmente si es que carece de recursos y no lo demostró dentro del expediente de tutela podrá acudir a clasificación del régimen subsidiado para ser beneficiaria del Sisben.

En la sentencia de unificación 442 de 1997, desarrollada por la Corte Constitucional el principal problema jurídico se centra en validar si es viable la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales tales como la salud y a un ambiente sano a nivel colectivo, existiendo medios pertinentes como las acciones de grupo o las acciones populares, al respecto desarrolla una ratio decidendi de bastante trascendencia, puesto que estipula por primera vez al derecho de la salud como fundamental, por estar conexo al derecho a la vida; aunado a lo anterior manifiesta que es procedente la acción de tutela si además de proteger garantías sociales se consagra la protección de derechos individuales aunque sea por conexidad.

En la sentencia de unificación 480 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, el problema que se desarrollo es si es viable la entrega de medicamentos o tratamientos aun cuando no estén descritos con anterioridad como obligatorios, en la razones de la decisión se manifiesta que el Estado está obligado a brindar el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado siempre

y como mínimo, las EPS e IPS debe brindar este servicio así se estén realizando o no aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo anterior, para dar cumplimiento a los principios consagrados en la Constitución y en la Ley 100 de 1993 como son de universalidad, solidaridad y eficiencia en la prestación del servicio de salud, es de anotar que la mencionada jurisprudencia indica que el derecho de la Salud y el cumplimiento de estos principios son uno de los objetivos primordiales del Estado Social de Derecho, por lo tanto, agrega el mencionado precedente que es legítimo, el concepto de que las EPS deben obtener ganancias por cuanto así está hecho el sistema al ser eminentemente privado, pero las mismas ganancias no pueden entenderse de propiedad de la EPS, IPS, o de sus socios, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto el Sistema es Solidario y estas deben reinvertirse, para cumplir con lo estipulado en el Ordenamiento Jurídico y brindar la mejor atención posible de quienes requieren de la intervención médica.

Por lo tanto, así los medicamentos o tratamientos sean de alto costo o no, se deben brindar junto con las atenciones mínimas médicas, para la recuperación de los ciudadanos con enfermedades catastróficas o en un evento catastrófico; Como es el caso de los pacientes con VIH sida, respecto de los cuales las EPS e IPS están obligadas a brindar medicamentos antivirales, a igual, si una persona padece un accidente de tránsito o sufre un evento catastrófico, se le debe brindar inmediatamente el medicamento y el tratamiento necesario para su recuperación, así el mismo sea de alto costo o no, al igual se indica que no importa si esté incluido en su plan obligatorio de salud (POS), o en el plan obligatorio de salud subsidiado (POSS), la prestación del servicio del derecho de la salud, se debe brindar de manera obligatoria.

En la sentencia de unificación 645 de 1997, emitida por la Corte Constitucional se desarrolla el caso de un joven contagiado por el virus VIH sida, por una mala infusión de sangre, el problema jurídico del caso en concreto se centró en validar si era viable la acción de tutela para la protección

de las garantías fundamentales de la atención médica de manera gratuita por la negligencia médica sucedida, de lo cual la Corte tuvo un pronunciamiento netamente benefactor, indicando como razones de la decisión, que eran notorias las condiciones especiales del caso en particular, donde se vislumbraba como viable y probado la existencia de la precariedad económica del accionante motivo por el cual el Estado debía brindar y suministrar atención médica al accionante, por lo cual se ordena la protección transitoria de los derechos fundamentales del accionante.

En la sentencia de unificación 039 de 1998, proferida por la Corte Constitucional, el problema jurídico central se basó en determinar si existió para el caso en concreto, quebrantamiento al derecho a la vida y salud, solicitados por la parte actora, y en contra de la empresa de salud prepagada salud Colmena, quien se negó al suministro de medicina y tratamiento de alto costo aduciendo preexistencia de las condiciones médicas al contrato privado celebrado entre las partes, en la ratio decidendi, se precisa que es responsabilidad del Estado y de carácter obligatorio la dirección, coordinación y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deber sujeto al cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, e indica que aun cuando exista un contrato privado en la medicina prepagada estos deben estar ceñidos a los parámetros anteriormente señalados y desarrollados por la Constitución, es decir el contrato no puede estar por encima de los parámetros delimitados por el ordenamiento jurídico benefactor, por esta razón, prima la buena fe del paciente en su celebración y es deber de la entidad prepagada antes de suscribirse demostrar la condiciones de enfermedad aducidas de preexistencia, por cuanto si se efectúan con posterioridad a su rúbrica se estaría modificando unilateralmente el contrato de prestación de servicios de la salud, lo cual no es acorde a la ley.

En la sentencia de unificación 225 de 1998, emitida por la Corte Constitucional, se tiene como problema jurídico si es viable ordenar la vacunación masiva, para lo cual la corte desarrollo

un postulado en la ratio decidendi benefactor y ordena la vacuna de menores de edad que carecían de condiciones económicas para su propia venta, además indica que los discapacitados, los menores y los adultos mayores tienen prevalencia respecto de los derechos de los demás ciudadanos, tendrán un trato preferencial debido a sus facultades físicas, mentales, económicas y sociales que no pueden ser valoradas como las demás personas, debido a que, no pueden acceder normalmente y con la misma facilidad, por lo tanto el estado de indefensión en que se encuentran dan mérito, a que se realicen actuaciones para mejorar sus niveles de vida y evitarles una lesión que resulte irreversible, por no recibir un procedimiento celero y efectivo por parte de las EPS, por lo tanto se manifiesta en la mencionada providencia, que se deben crear herramientas que faciliten una mejor atención a estas personas.

En la sentencia de unificación 562 de 1999 emitida por la Corte Constitucional, el problema jurídico se centró en determinar la viabilidad de dar protección al derecho de la salud así se realicen aportes en mora de manera directa o por el empleador a lo cual la ratio decidendi fue emitida desde el punto de vista benefactor aduciendo que el servicio público de la salud no puede ser afectado por ninguna circunstancia de tipo económico

Conforme a lo anterior, el derecho de la salud es un derecho fundamental irrenunciable y sobre el cual no es posible realizar limitación alguna, por cuanto es mucho más importante desde cualquier punto de vista, al derecho económico de las EPS.

Igualmente se evidencia que no es legal vulnerar el derecho de la salud de ningún colombiano, ni por motivos económicos de las EPS, ni menos por motivos administrativos, por esta circunstancia, es preciso eliminar los formalismos y hacer más eficaz la prestación del servicio, incorporado a lo anterior es deber de las IPS prestar sus servicios aun cuando se tengan los pagos al día o no del cotizante o beneficiario paciente, por cuanto este pago en

sí mismo, para la Corte Constitucional es una mera “formalidad”, que no puede afectar la prestación del servicio de la salud.

En la sentencia de unificación 819 de 1999, emitida por la Corte Constitucional el problema jurídico se centra en determinar el alcance del principio de solidaridad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud respecto de si es viable asumir los gastos del envío de un paciente al exterior a cargo de las entidades promotoras de salud y el estado, la ratio decidendi para describir los efectos de este principio es de carácter benefactor, por cuanto explica la Corte que aun cuando no se goza de todos los recursos, es preciso hacer uso adecuado y racional de los recursos de la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud, incluso si ello implica que se efectúen tratamientos fuera del país, una vez que fue determinado probatoriamente la viabilidad del citado procedimiento, se ordenó por la Corte la protección del derecho fundamental de la salud en conexidad al derecho a la vida.

En la sentencia de unificación 1554 del año 2000, emitida por la Corte Constitucional se estudia como problema jurídico nuevamente la preexistencia de enfermedades en el contrato de medicina prepagada, en la ratio decidendi se ratifica que es preciso que las entidades prestadoras de este servicio practiquen una valoración al paciente antes de la expedición de un contrato de cobertura en este sentido, sin embargo para el caso en específico la corte no pondera el derecho de la salud debido a que de acuerdo al material probatorio recaudado se determinó que nunca se ha dejado de suministrar el servicio por la institución prestadora del servicio de la salud.

En la sentencia de unificación 508 del año 2001, proferida por la Corte Constitucional, se clasifican dos problemas jurídicos a resolver, en primer lugar, si las indemnizaciones

provenientes de reaseguros por enfermedades de alto costo se pueden o no considerar como parafiscales, y en segunda medida cual es la importancia de proteger el equilibrio financiero de una EPS, al respecto la ratio decidendi de la Corte expone que los pagos del contrato de reaseguro no hacen parte de los aportes parafiscales por lo que la tutela no es el mecanismo subsidiario para la protección de derechos prestacionales, respecto del equilibrio financiero la Corte cita la SU 480 de 1997 e indica que en ningún momento se afecta el equilibrio a la EPS por ordenar una cobertura, por cuanto se le permite las Entidades Promotoras de Salud repetir ante el FOSYGA.

En la sentencia de unificación 049 del año 2017, emitida por la Corte Constitucional, ordena el acatamiento de la figura de estabilidad ocupacional reforzada, la cual, consiste en que las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, no pueden ser despedidos o desvinculados sin autorización de la oficina de trabajo del ministerio correspondiente, quien se encargará, de valorar la protección del derecho fundamental de la salud.

En la sentencia de unificación 677 del año 2017 proferida por la Corte Constitucional se explica, que los extranjeros con permanencia irregular o pasajera en el territorio nacional, tienen derecho a tener atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado, lo anterior para proteger sus derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad física, precedente inaplicable, en la crisis de emigración venezolana a Colombia en los últimos años, quienes no tienen acceso a las IPS, y solo son apoyados con algunas campañas de brigadas de atención a población en condiciones de indigencia, pero que al igual que en Venezuela están padeciendo de enfermedades y falleciendo en las calles, por cuanto a pesar

de que el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Circular 025 de 2017, la cual, emiten instrucciones a las EPS, a la fecha la informalidad de sus condiciones laborales, ha impedido la afiliación de los mismos a un seguro de salud. (SU 677, 2017)

Verificada, la recopilación de los precedentes vinculantes en materia de la salud, es prudente indicar que es evidente que el amplio desarrollo jurisprudencial denota la labor e intención de las Cortes de cierre, o bien llamado por el maestro L. Ferrajoli “el Juez” de generar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, un panorama benefactor donde para la prestación de los servicios de la salud prima la aplicación restrictiva de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, gratuidad y cobertura de calidad para todos los habitantes del territorio nacional.

Para finalizar el presente capítulo es clave citar al doctor Oscar Parra que indica literalmente *“los precedentes jurisprudenciales visibilizan los errores más graves del diseño e implementación de la política pública de la salud, por lo tanto deben ser reestructuradas de conformidad a su contenido y con miras a superar las falencias que el sector presenta”* (Vera, 2003)

1.4. ESTADÍSTICAS

Ahora bien, respecto de la meta de generar cobertura universal del derecho de la salud que fue proyectada desde la Constitución de 1991 y ejecutada a través, de la expedición de la Ley 100 de 1993, a la fecha es un logro no alcanzado, como se demuestra en la siguiente gráfica:

Grafica 1. Población total o afiliada al SGSSS (%) – 1993-2009

	1993	1997	2000	2003	2006	2009
Población total (10)	36.208.244	38.646.043	40.282.217	41.847.421	43.405.387	44.977.758
Total afiliado al SGSSS %	23,7	57,1	56,5	61,3	82,7	93,4
Régimen Contributivo %	22,4	38,9	32,9	33,0	33,4	37,8
Régimen Subsidiado %	-	18,2	23,6	28,4	45,0	51,1
Regímenes Excepción %		0,0	0,0	0,0	4,3	8,7
No afiliados %	76,3	42,9	43,5	38,7	17,3	6,6

* Afiliados compensados en el régimen contributivo y cupos financiados en el régimen subsidiado. Los datos de afiliación son aproximados. Fuentes: Minprotección social^{10,447}; Departamento Nacional de Estadística-DANE: Series de población 1985-2020¹²; Profamilia: Encuestas Nacionales de Demografía y Salud¹¹; Glassman et al.⁵.

De acuerdo al cuadro citado (DANE, Afiliados Salud Régimen Contributivo y Subsidiado, 2009) el cual, se considera el más relevante y con información más concreta de esta última década por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, observamos que existe un aumento progresivo en la población, que se encuentra afiliada a la seguridad social en Colombia.

Siendo como población total, el número de afiliados para el año 2009, más de 44 millones de personas, que se encontraban afiliados, sin embargo, el desequilibrio del sistema empieza cuando más de un 50% de las personas se encuentran afiliadas en el régimen subsidiado, mientras que el 37,8 % afiliados al régimen contributivo, un 8,7 % adscritos a regímenes de excepción como las fuerzas militares o policía nacional, y un porcentaje de 6,6% de no afiliados.

De acuerdo al artículo sistema de salud en Colombia 20 años de logros y problemas

*“En el año 2005 la afiliación al SGSSS en el área urbana ascendía al 71,2 %, mientras que en el área rural era de 59,5 %. Sin embargo, el incremento de la cobertura se ha dado con mayor velocidad en el área rural, lo que llevó a que las diferencias entre mayores y menores coberturas urbano-rurales se redujeran de 4,5 veces a 1,2 veces, entre los años de 1995 y 2005. Otro tanto ocurrió con las regiones más desarrolladas y menos desarrolladas, y con las coberturas regionales cuyas diferencias disminuyeron de 2,4 a 1,35 veces. Así, por ejemplo, mientras la capital Bogotá alcanzaba una cobertura de 79,9 % en el año 2005, la región Atlántica se situaba en un 59%. Por último, debido a que el régimen subsidiado predomina en el sector rural, el incremento en el aseguramiento en este régimen ha sido el principal motor para disminuir las diferencias regionales y urbano-rurales; **Entonces es claro que la afiliación al SGSSS se ha incrementado en todos los niveles de***

ingreso, pero más intensamente en los niveles de menor ingreso, en los cuales predomina el régimen subsidiado. *En el año 1995 la población ubicada en el nivel de más altos ingresos tenía un buen número de afiliación cincuenta puntos porcentuales más alto que la del nivel más pobre. En el año 2008 esta diferencia se había reducido a 12 puntos porcentuales.”* (Calderón, Botero, Bolaños, & Martínez, 2011) *subrayado fuera de texto*

Los recursos financieros, que se obtienen por medio de cotizaciones y aportes representan cerca del 70% del total del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mientras que más del 50% de los afiliados se encuentran en el régimen subsidiado.

Es decir, estadísticamente, se encuentra un desequilibrio de la balanza, en la obtención de recursos y su posterior disposición, pues se predicaría, por aquellos defensores del sistema que, gracias al principio de solidaridad, el sistema es autosostenible, sin embargo, si se observa la regulación legal que se ha emitido al paso del tiempo respecto del uso, destinación y manipulación de los recursos, se encuentra evidente que el diseño institucional de carácter privado ha imposibilitado, el desarrollo del principio de eficiencia.

Por otra parte, el incremento de la cobertura total, hasta más del 90% de la población, se debe principalmente por el crecimiento de la afiliación al régimen subsidiado, a partir del año 2003. Se estima que entre los años 2002 y 2008 el régimen subsidiado creció 2,8% veces más que el régimen contributivo, incluso teniendo en cuenta que, para la época el régimen subsidiado cubría sólo una parte de las prestaciones, por lo cual es preciso estudiar las motivaciones a que el común de las personas prefiere afiliarse al régimen subsidiado.

Siguiendo la línea discursiva y aun cuando los recursos financieros que se obtienen por medio de cotizaciones y aportes del régimen contributivo representan cerca del 70% del total de la financiación del Sistema General de Seguridad Social de Salud, es este régimen contributivo quien ha padecido más quejas, reclamos, acciones de tutela por sus pacientes, para dar sustento a

la citada afirmación es preciso citar el artículo académico del doctor Edgardo Maya Villazón²¹ “el derecho de la salud en la perspectiva de los derechos humanos y del sistema de inspección vigilancia y control de quejas en materia de la salud” que indica:

*“De acuerdo con los resultados obtenidos en el estudio desarrollado recientemente por la Procuraduría General de la Nación, cada año se presentan aproximadamente **80.000 tutelas por presuntas violaciones al derecho a la salud, siendo resueltas la mayoría de ellas a favor del peticionario. De ellas, por ejemplo, en el año 2005 el 43% correspondió a reclamos por parte de personas adscritas al régimen contributivo, el 3,5% a usuarios del régimen subsidiado y el 9% a los vinculados**, los que están por fuera del sistema.” (subrayado fuera de texto) (Maya, 2008)*

Este nivel de insatisfacción de las personas afiliadas al régimen contributivo, debe ser calificada como una causal adicional a la insostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social de Salud, debido a que muchas personas prefieren afiliarse al régimen subsidiado por cuanto a través de este, a pesar de ser gratuito, es mucho más fácil y posible tener la atención médica requerida, la razón, de esto es que los recursos del citado régimen no pasan por los intereses privados de las EPS, lo cual facilita que lleguen a los realmente interesados en la prestación del servicio de salud, los usuarios.

Con base en lo anterior, es viable manifestar que la discusión se centra en que las EPS, no deben manipular los recursos, por cuanto mientras los sigan haciendo el Sistema General de Seguridad Social en Salud no será ni autosostenible ni rentable, por cuanto, con el ánimo y afán de lucro que estas persiguen, dejen de reinvertir los dividendos, y eviten prestar los servicios por los cuales se les paga a cargo de los ciudadanos, otra causa de lo anterior, es que no ha sido posible establecer legislativamente de manera precisa el margen de ganancia de una EPS, entonces

²¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Laboral y de Seguridad Social Procurador General de la Nación para la vigencia 2001 a 2009

aunque se mejore la cobertura en cifras, la calidad no se optimizará, si se persiste en este diseño institucional.

Lo anterior se debe, porque será a través de empresas privadas con clientes asegurados que el problema persistirá, aunado a esto, el régimen contributivo, tiene múltiples alertas por el desempleo, la informalidad, la evasión y elusión de las cotizaciones, siendo este otro síntoma del inconformismo por el servicio prestado por los “comerciantes” de la salud EPS, de otra manera la evasión y elusión no sería un riesgo para el sistema. (Gomez, 2017)

En otro contexto, respecto de los recursos del régimen subsidiado, es de aclarar que estos son de origen fiscal nacional, que dan lugar a las transferencias intergubernamentales (Departamentos y municipios), denominadas Sistema General de Participaciones-SGP, los cuales, están pendientes de una mayor protección respecto de la prioridad y cumplimiento de lo establecido en el artículo 356 de la (Constitución Política de Colombia, 1991)

Una vez, fue proferida la fuente normativa (Ley 1122, 2007) junto con la expedición del Plan Nacional de Salud Pública-PNSP (Decreto 3039 de 2007), obligatorio para todos los actores e instituciones, este Plan definió las responsabilidades políticas en salud pública, a cargo de la nación, de las entidades territoriales, y de todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cuales deberían complementarse con las acciones de actores de otros sectores, definidas en el Plan Nacional de Desarrollo y en los planes de desarrollo territoriales.

El PNSP, se formuló en torno a cinco ejes de política (promoción de la salud y la calidad de vida; prevención de los riesgos; recuperación y superación de los daños en la salud; vigilancia en salud y gestión del conocimiento, y gestión integral para el desarrollo operativo y funcional del Plan Nacional de Salud Pública) los citados se despliegan en objetivos, estrategias y metas, lo cuales presuntamente, permiten identificar resultados y aproximarse a la valoración de los

impactos en salud. En otros términos, el PNSP generó al tiempo una oportunidad de fortalecimiento de la salud pública y un escenario para rescatar el liderazgo nacional y territorial en la salud, sin embargo, su dependencia a los recursos del régimen contributivo con base al principio de solidaridad, ha generado que la prestación de los servicios tenga menores niveles de especialidad, siendo esta una de sus principales fallas.

Siguiendo con el análisis estadístico, la información expresada en el cuadro sugiere resultados positivos con respecto a la cobertura, pero como no van a serlo, si las EPS e IPS no pueden facturar UPC, cuando no tienen un mínimo de afiliados. Otro tema es, que de esa cobertura que se evidencia en gráficas por el DANE, a cuanta de esa población efectivamente se le está brindando el servicio público de la salud, a sabiendas que existen múltiples escándalos de recobros y carteles de corrupción.

Aunque el sistema es ineficaz en términos de calidad por cuanto persisten problemas de equidad y atención que deben ser constantemente afrontados por la ciudadanía, con acciones de tutela o el cumplimiento trámites o aportes adicionales, que no deberían existir por la naturaleza del Estado Social y Democrático de Derecho, que se promueve desde la Constitución, para prestación del servicio de la salud, para algunos favorecedores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es probable, que podamos encontrar algo de satisfacción en que la privatización ha permitido mejorar las cifras de cobertura en la materia, por lo menos para asegurar buenos resultados a aquellos que adelantan la vigilancia internacionalmente, organismos especiales como la Organización Mundial de Salud.

Este hecho de cobertura al 90% casi 95%, ha sido presentado como un presunto logro, lo cual ha permitido impermeabilizar las críticas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, quien a pesar de su impopularidad nacional ha blindado cualquier ataque académico o social, con

cifras que, aunque destacan una mejora numérica del Servicio de la Salud, su credibilidad y utilidad tiene resultados críticos de ilegitimidad, para la adecuación del mismo. Es claro que se requiere de medidas drásticas con el fin de lograr los elementos de validez sustancial establecidos por el Constituyente primario, como son los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, siendo el primero de estos “universalidad” el que exige cobertura total, a toda la población del territorio nacional, sin importar su raza, condición social o económica, y no a un noventa o más por ciento de registros y pagos, de las muy populares dobladas o triplicadas UPC exigidas por las entidades privadas EPS.

1.5. PAPEL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Por otra parte, es deber legal, de Superintendencia Nacional de Salud acatar el “precedente vinculante” anteriormente citado, pero es preciso señalar cuales son las funciones de la citada entidad y hasta donde tiene facultades para vigilar y controlar los problemas presupuestales y estructurales de la prestación del servicio público de salud, por lo cual a continuación, realizaremos una breve reseña de la misma.

La Superintendencia Nacional de Salud, es una entidad pública, del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, su principal misión se encuentra en ejercer inspección, vigilancia y control sobre quienes presten el servicio de Salud, por lo tanto, el ordenamiento legal vigente promovió una facultad sancionadora y una facultad jurisdiccional respecto de las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

La facultad jurisdiccional se encuentra regulada en la Ley 1122 de 2007, en su artículo 41 con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud, de los usuarios del Sistema

General de Seguridad Social donde la Superintendencia, se puede pronunciar con una “Sentencia” en los siguientes asuntos:

- ✓ Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.
- ✓ Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.
- ✓ Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- ✓ Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Ley 1122, 2007)

En consecuencia es claro que la facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, está dirigida a garantizar una efectiva cobertura a los ciudadanos y a través de un procedimiento judicial especial, con el cual puede, obligar a las EPS a suministrar la atención requerida, sin embargo, el mismo a la luz de la practicidad no ha sido el más acogido por los ciudadanos debido a que de todas las quejas y reclamos según (Angel, 2018) tienen un índice de durabilidad mucho mayor que el de un proceso de tutela, además de ello de acuerdo al informe de rendición de cuentas de 2018, de la Superintendencia Nacional de Salud:

(...) De los 1.782 procesos finalizados en 2018, 1.492 corresponden a sentencias con contenido económico relacionados con el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, paternidad e incapacidades por enfermedad de origen común, reconocimiento económico de gastos en salud, conflictos derivados de devoluciones o glosas y recobros por servicios NO PBS, cuyo valor asciende a \$ 851.580.970. **Las restantes 290 sentencias corresponden a asuntos que involucran de manera directa la salud y/o el acceso a los servicios por parte del usuario.** Estos casos son los relacionados con cobertura de servicios incluidos o excluidos del Plan de Beneficios, Multiafiliación y libre elección y movilidad. (...) subrayados fuera de texto

La Superintendencia, la cual, no solo fue inoportuna, debido a que las decisiones requirieron casi un año o eventualmente más, de trámite para solucionar estas necesidades, sino que las mismas no eran acogidas por las autoridades de las EPS con la misma disciplina que con la acción de tutela, esto se denota en el amplio volumen de casos reincidentes en contra de las Entidades Promotoras de Salud, quienes no modifican sus procedimientos, ni traumatismos, o barreras para permitir a los pacientes, un más fácil acceso sino que por el contrario, los mantienen y generan nuevos y más dificultades.

Por otro lado, se encuentra la facultad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud descrita en el Artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, que indica en su tenor literal “Procedimiento sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles después de recibida la información, la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de quince (15) días calendario, vencido el término probatorio las partes podrán presentar alegatos de conclusión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La Superintendencia dispondrá de un término de diez (10) días calendario después del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión para imponer la sanción u ordenar el archivo de las actuaciones. Si no hubiere lugar

a decretar pruebas, se obviará el término correspondiente. La sanción será susceptible de los recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo”.

Este proceso sancionatorio es de gran trascendencia en el mejoramiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto, sirve como estrategia radical preventiva y como ejemplo a las demás EPS e IPS, de que deben abstenerse de tanto proselitismo y barreras para acceder a brindar la prestación del servicio de salud, y en caso de que el mismo se aleje de realizarse de manera adecuada, la Superintendencia tiene plenas facultades para interponer una multa o una revocatoria de la licencia de funcionamiento, lo cual, genera una alerta en el sistema para las otras EPS y estas atemorizadas por resultados judiciales graves por faltas mínimas ya reguladas en sentencias de unificación, cambiarían su proceder y actuar, e incluso mejorarían la calidad.

En el marco de la administración de justicia, el operador que va a dosificar o imponer una sanción debe saber que tiene consigo facultades discrecionales y unas facultades regladas, siendo las primeras aquellas que le permite el ordenamiento jurídico, dar un criterio, calificación o valoración, mientras, que las segundas son aquellas de obligatorio cumplimiento, estas deben acatarse so pena de incurrir en prevaricato si se decide apartar sin justificación válida.

En el área de la Salud, en Colombia corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual, tiene como deber, solicitar, confirmar, analizar la información que se requiera sobre la situación en específica de los servicios de salud, para intervenir, prevenir, acusar, orientar y propender para que las entidades encargadas del servicio de salud, cumplan con el ordenamiento legal.

La estudiada entidad, debe tomar medidas eficaces y efectivas en la superación de las situaciones críticas de salud y sancionar contundentemente las actuaciones que se aparten al cumplimiento de la normatividad.

La Ley 10 de 1990 y la Ley 715 de 2001 dan soporte, a la facultad sancionatoria en la materia de estudio, puesto que contempla las sanciones a imponer ante la comisión de alguna de las conductas infractoras a la salud, la imposición de multas para las cuales el legislador manifestó, que el operador jurídico, debe tomar una decisión discrecional considerando los criterios de:

“1 El grado de culpabilidad. 2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada. 3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona. 4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado. 6 El grado de colaboración del infractor con la investigación. 7 La reincidencia en la conducta infractora. 8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. 9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento” (ley10, 1990) (Ley 715, 2001)

Frente a esto, el operador debe aplicar criterios de racionalidad y proporcionalidad tanto al tipo de conducta vigilado como también al daño y trascendencia que genere la conducta en el entorno social. Por lo tanto, si es posible, manifestar que existe discrecionalidad al operador administrativo en materia de Salud, para que bajo su criterio y decisión disponga el valor de la multa a imponer, ponderando el impacto y la importancia, siendo aquí donde la labor interpretativa del operador jurídico, debe respetar los criterios de racionalidad, y proporcionalidad, establecidos por el ordenamiento jurídico, sin embargo, es necesario aclarar que la discrecionalidad, en mención tiene un derrotero y es el derecho positivo en sí mismo, es decir, antes de dosificar la sanción con base al criterio discrecional, el operador administrativo debe encontrar que existe un quebrantamiento de la norma y cuál es el espíritu del Constituyente y de la garantía constitucional

(Ferrajoli, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, 2006) y del precedente vinculante, para evitar conductas que afecten este importante derecho fundamental.

A pesar de lo anterior, en el informe de gestión de la Superintendencia Nacional de Salud para el año 2018, no se suspendió ni canceló en definitiva la licencia de funcionamiento, como medida sancionatoria a ni siquiera una sola Entidad Promotora de Salud, para esta vigencia. (Angel, 2018). Sumado a lo anterior la Corte Constitucional en pronunciamiento efectuado en la Sentencia C- 921 de 2001, precisó lo siguiente:

“Si a los sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Salud se les imponen unos deberes y obligaciones por parte de esa entidad con el único fin de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio público de salud, resulta apenas obvio, que se le autorice a esa misma entidad para imponer sanciones de naturaleza administrativa a quienes no cumplan sus mandatos, como medio de coerción ideado por el legislador, que se muestra razonable y proporcionado para ese fin”.

“La potestad sancionatoria de la administración debe siempre desarrollarse con total respeto del ordenamiento supremo y, por ende, de los derechos fundamentales del implicado. De esta manera la sanción que se imponga debe ser la consecuencia de un proceso recto, transparente, imparcial en el que se haya demostrado plenamente la comisión de la falta.”

Por lo tanto, siendo el precedente vinculante, es decir las sentencias con carácter de unificación fuente formal de acuerdo al artículo 10 del C.P.A.C.A. las mismas hacen parte del ordenamiento supremo, razón por la cual los operadores jurídicos como la Superintendencia deben ser acatadas prima facie, y exigir su cumplimiento por las EPS, a través de sanciones que sean más relevantes, que multas que para la vigencia 2018 no superaron los cuarenta millones de pesos sumadas entre todas, esto por cuanto su rol puede ser de gran impacto. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad del funcionario a cargo de esta facultad deben servir como medida correctiva propia de la EPS, esto como un llamado a las demás entidades privadas a mejorar la prestación de este importante derecho.

Por otra parte, es preciso indicar que la Superintendencia Nacional en Salud, puede tomar medidas mucho más drásticas a las reportadas en sus informes, por cuanto en cabeza de la Fiscalía General de la Nación para la vigencia 2017, había judicializado más de 41 personas, que representaban pérdidas en aproximadamente medio billón de pesos, hurtados del Fosyga, casos en los cuales funcionarios públicos y particulares están involucrados en procesos penales por delitos relacionados al cohecho, concusión por apropiación y demás delitos relacionados a la corrupción. Lo anterior, es consecuencia de la incoherencia e incompatibilidad de la normatividad, la cual ha permitido que se desarrollen mecanismos ilegales para su manipulación negativa al punto incluso de crear carteles de hemofilia, carteles recobros, contratos arreglados entre IPS y EPS, por esta causa, es preciso que se realice un trabajo interinstitucional, y se impongan sanciones más gravosas como medidas de cancelar definitivamente la licencia a todas las EPS, donde se encuentren sujetos partícipes y cómplices de estas conductas delictivas.

Ahora bien, respecto de las nuevas funciones que tiene la Superintendencia Nacional de Salud a través de la promulgación de la Ley 1949 de 2019, es preciso, indicar entre sus aportes más destacados, en primer lugar, aumenta el valor de las multas a las personas jurídicas EPS, dando un valor hasta de ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, y sumado a lo anterior, permite que se persiga a las personas naturales con multas hasta de dos mil salarios mínimos legales vigentes, e incluso podrán inhabilitar a los autores de dichas sanciones para que perciban recursos públicos a través de un cargo hasta por el término de 15 años. Aun cuando, no se tienen resultados respecto de la implementación de la presente Ley es viable y destacable, que con la aplicación de esta nueva Ley se tiene la oportunidad de atacar los la corrupción que incluso afectó hasta los mismos funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo tanto y según el

doctor Fabio Aristizabal²², es una tarea de mucha gestión y compromiso, por cuanto, según el Superintendente en mención, los recursos del PIB invertidos a salud, situados sobre el 8% son suficientes para brindar cobertura y calidad total, sin embargo, lo que realmente afecta el sistema es el nivel tan grande de dádivas, por este motivo, radica la importancia de quitarle el manejo del dinero a los corruptos, esto en consecuencia, es una tarea que debe hacer con compromiso y honestidad por la estudiada entidad.

2. COMPATIBILIDAD, COMPLEMENTARIEDAD Y COORDINACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Una vez que hemos culminado con el análisis del debate histórico, dogmático, estadístico y jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia, en el presente capítulo se desarrollará plenamente y al detalle mi posición teórica respecto a que el ordenamiento jurídico que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud es inválido sustancialmente, por no cumplir, con los requisitos de compatibilidad, complementariedad y coordinación de la norma (Ferrajoli, Juspositivismo crítico y democracia Constitucional, 2002). Lo anterior, por cuanto como se ha evidenciado en el capítulo primero, por parte del poder legislativo no se ha emitido un desarrollo legal acorde y complementario con los parámetros y disposiciones de la Constitución. Aunado a esto, sumamos la contradicción de los principios reguladores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la división innecesaria de dos regímenes que no permiten la gratuidad de la atención básica y la inaplicabilidad del precedente con efectos “erga omnes”.

Lo primero en aclarar en este capítulo, es que múltiples autores distinguen la teoría de validez y eficacia de la normatividad, al punto, que existen múltiples definiciones y relaciones entre estos

²² Odontólogo, especialista en Gerencia Hospitalaria y Gerencia de la Seguridad Social con estudios en Alta Gerencia Pública, posesionado en la vigencia 2018 Superintendente Nacional de Salud

dos conceptos, (Navarro, 1996) sin embargo, la desarrollada en este texto, tiene la finalidad de avanzar de la clasificación teórica de estos preceptos, hacia la práctica y el uso de los mismos, para la obtención de un ordenamiento jurídico ideal enfocado en la protección y no regresividad de los derecho económicos sociales y culturales.

De acuerdo a la discusión anterior, es preciso indicar que incluso la Corte Constitucional a través de la sentencia de control de constitucionalidad C-873/03 desarrolla el concepto de validez sustancial de la norma, al respecto indica:

La “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas. (C-873 , 2003)

Por otra parte, el Doctor Ángeles Rodenas, diferencia entre la validez formal y la validez material o sustancial, en que la primera versa sobre actos, mientras que la segunda sobre el contenido de dichos actos, con base a esta concepción general describe la posibilidad de efectuar un juicio o calificación de validez material, a partir de los problemas de coherencia normativa, donde el jurista con una interpretación compleja, puede validar antinomias o inconsistencias de las normas, sin embargo describe el autor es preciso ir más allá de encontrar las proposiciones con contenidos enfrentados, se debe descubrir las razones de la incongruencia, para el autor

generalmente las causas de las contradicciones de las disposiciones legales se deben al motivo subyacente que origino su promulgación, bien sea por que sean emitidas por órganos de poder político diferente con distintos intereses o bien sea por que entraron en vigencia en distintos tiempos del desarrollo de la sociedad. (Calatayud, 2007).

Uno de los principales exponentes respecto del concepto de validez sustancial es el doctor Manuel Atienza, en su obra el derecho y la argumentación (Atienza M. , El Derecho y la Argumentación, 1999) quien sustentan el criterio de la validez de la norma desde dos puntos de vista: formal y material.

Explica que es válida formalmente, la norma cuando cumple cada uno de los requisitos y procedimientos para nacer a la vida jurídica, esto es, los respectivos debates en el Congreso, con el quorum correspondiente y la respectiva votación y finalmente la sanción presidencial, por otra parte, la norma materialmente es válida, cuando su contenido, encuadra con las demás normas de mayor o incluso de menor jerarquía; Es prudente en este punto señalar que el concepto de validez material es sinónimo y similar al de la validez sustancial, explicado durante el presente texto, lo anterior, tiene como finalidad demostrar que son varios académicos y doctrinantes, con el interés que en el derecho, se produzca un ordenamiento jurídico, con normas que se complementen de manera complementaria, coordinada y compatible sometidas a la Constitución, esto con el fin de lograr un mayor desarrollo y protección en los derechos sociales adquiridos.

De otra manera, para el Doctor Carlos Alchourrón, al estudiar un sistema jurídico el jurista debe utilizar la lógica y la racionalidad para examinar al detalle el contenido del que pretende calificar como válido o no, a su vez considera, que es válido aquel sistema de normas que se adecua a ciertas pautas de coherencia interna y compatibilidad mutua entre los enunciados legales, incluso

manifiesta, que la eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es uno de los objetivos más importantes del derecho. (Alchourron, 1987)

Entendida la anterior necesidad doctrinal y académica, de buscar contradicciones e incongruencias en los Sistemas Normativos con el fin hacerlos más eficaces, procedemos a explicar cómo se evidencia la invalidez material y/o sustancial del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual, se encuentra en cuatro aspectos fundamentales, que se desarrollaran en el siguiente orden:

- ✓ El primero, tensión entre las disposiciones constitucionales y legales
- ✓ El segundo, las tensiones del sistema, incluso desde sus principios rectores.
- ✓ El tercero, la división de los regímenes que no permiten la gratuidad ni universalidad.
- ✓ En cuarto lugar, el desacato del precedente jurisprudencial vinculante.

2.1 TENSION ENTRE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES

En adelante revisaremos con detalle y precisión, las promulgaciones legales emitidas por el cuerpo legislativo, que regulen algún aspecto del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que carezcan de algún elemento de validez sustancial, lo anterior bajo un criterio objetivo, se verificará si cumple con los elementos de compatibilidad, coordinación, y complementariedad, entre las Leyes y las “garantías constitucionales” (Ferrajoli, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, 2006) teniendo como base de este estudio, la protección, promoción y satisfacción de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad y gratuidad enmarcados en la Ley fundamental.

Antes de avanzar, con la verificación de la validez sustancial, es preciso explicar sumariamente los criterios estructurales de su evaluación como son la compatibilidad,

coordinación, y complementariedad de las Leyes (Ferrajoli, Juspositivismo crítico y democracia Constitucional, 2002).

En primer lugar, la compatibilidad de la normatividad hace relación al espíritu o fin último que persigue la ley, la cual debe adecuarse al Estado Social y Democrático de Derecho adoptada constitucionalmente, lo anterior con respeto, promoción, protección y satisfacción de los principios rectores, y de los derechos fundamentales.

En segunda medida, la coordinación de las normas significa que el sentido de su descripción taxativa sea acorde con las normas de mayor o menor jerarquía, a su vez, es preciso que en cumplimiento de este factor las normas de menor rango desarrollen los mandatos de la norma fundamental.

En tercer punto, la complementariedad, la cual, expresa que las normas del mismo rango deben complementarse, tanto en sentido descriptivo de la norma, como respecto de su finalidad, en la aplicación de esta para los fines constitucionalmente previstos. (Ferrajoli, Juspositivismo crítico y democracia Constitucional, 2002)

Con base en lo anterior, la primera fuente legal objeto de análisis de compatibilidades será la Ley 100 de 1993. Con esta se originó el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la cual, es preciso enfocar, que aun cuando en su cuerpo normativo, específicamente en su artículo segundo, las expresiones de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad, son descritos en el texto legal, su desarrollo e implementación en el mismo cuerpo normativo no es acorde a los mandatos de la garantías constitucionales, esto por cuanto, sus fines estructurales tienen una tendencia marcada a la sostenibilidad e incluso rentabilidad financiera del mismo, por lo que, no permite la protección del derecho fundamental de la salud en el marco de la dignidad con el carácter humanitario que debe ser visto. Es por esta principal causa que la citada

fuentes legal carece de validez sustancial, por cuanto, con la privatización de este servicio, no se respeta, protege ni promueve la atención básica de la salud a cargo del Estado, por esto, la fuente legal descrita no es compatible con el mandato constitucional.

Del elemento de la coordinación, la Ley 100 de 1993, no focaliza aspectos puntuales ordenados por el constituyente, y aunque no los contradice directamente, los deja sin desarrollo práctico, como es el tema de la gratuidad de la atención básica, la garantía de acceso a todas las personas y la obligatoriedad de la atención a cualquier persona, sin importar sus recursos. En consecuencia y al no cumplir con el elemento de coordinación, el cual exige que el desarrollo legislativo sea el medio que “coordina” la ejecución y promoción de las garantías ofrecidas por la carta magna, la citada Ley carece de validez sustancial a no coordinar lo promulgado por la Ley fundamental.

Ahora bien, respecto de la complementariedad de la Ley 100 de 1993, con el mandato constitucional de acuerdo a los intereses jurídicos tutelados, anteriormente estudiados, observamos que, la existencia de elementos tales como, la duplicidad de dos regímenes, la obligatoriedad de realizar aportes, la autonomía de las instituciones y otros de sus mandatos se apartan, no perfeccionan, ni completan lo promulgado por la Ley fundamental respecto al mandato de universalidad, gratuidad, cobertura y calidad, en resultado, la citada carece de validez sustancial

En este orden de ideas y revisando la Ley 715 de 2001, la cual, regula el manejo de recursos asignados a la salud que son parte del Sistema General de Participaciones, dentro del Régimen Subsidiado, observamos que dicha disposición, no coordina el procedimiento dictado por el artículo 357 de la Constitución respecto del procedimiento y visto bueno que deben tener los municipios en tener cobertura universal y de calidad en salud para luego si invertir en otros temas,

razón por la cual esta norma no cumplen el requisito de coordinación, por lo que también carece de validez sustancial.

Sobre la Ley 1122 de 2007, a través de la cual, presuntamente se buscaba mejorar la atención en la prestación de los servicios de salud, se creó la comisión CRES la cual tiene dentro de sus principales fines establecer el Plan Obligatorio de Salud POS, el cual, en vez de mejorar los servicios prestados, limita y se constituye en una barrera para que las Entidades Promotoras de Salud, nieguen la asignación de servicios médicos, lo cual no es compatible con el mandamiento constitucional de que a cargo del estado se debe asegurar la cobertura de todos, incluso de las calamidades de salud de sus habitantes, razón por la cual esta fuente legal carece de validez sustancial.

Respecto de la Ley 1250 del año 2008, la cual, establece la cotización del 12 % por parte de los pensionados, es notorio que el enfoque de esta fuente legal es netamente neoliberal y dirigido a la recepción de más recursos para las Entidades Promotoras de Salud, alejada totalmente del Estado Social y de Democrático de Derecho, imposibilitando además la gratuidad de la atención básica promulgada por la Carta Magna, de índole garantista y benefactor; por esta circunstancia es incompatible con las disposiciones constitucionales y carece de validez sustancial.

En relación a la Ley 1438 de 2011, la cual reformo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para mejorar presuntamente el modelo de atención primaria en salud, sin embargo, la citada Ley no establece los requisitos de “gratuidad para todos de la atención básica” ni la “obligatoriedad” de las EPS e IPS de valorar a cualquier paciente, haciendo caso omiso al mandato constitucional establecido en el artículo 49, por lo cual observamos falta de complementariedad y coordinación con los mandamiento de la Ley fundamental, por lo cual, la citada carece de validez sustancial.

Respecto de la Ley 1797 de 2016, la cual, en busca de solucionar las deudas y otra crisis más del sector salud a través de permitir el otorgamiento de créditos y la modalidad de giro directo a las EPS del Régimen Contributivo, es una evidencia que el diseño estructural de carácter privado en esta función social a cargo del estado es totalmente inadecuada e ineficaz, por cuanto a través de la presente se hace evidente como el Estado socializa las pérdidas a cargo de todas las personas de la sociedad, mientras que privatiza las ganancias del sistema a unos pocos, por lo tanto, al ser la citada fuente legal de carácter neoliberal y como única motivación los recursos del sector, es incompatible con la Constitución por lo tanto carece de validez sustancial.

Culminada la valoración concreta y objetiva de la validez sustancial de las principales Leyes que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es preciso, concluir en esta calificación, que el desarrollo normativo no se somete a la ejecución de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad que promueve la Carta Magna por no ser compatible, coordinados ni complementario con los fines del constituyente, por cuanto, su desarrollo legislativo, se aleja y no se adecua con el deber de protección, promoción y satisfacción a cargo del Estado de este importante derecho social.

Lo anterior se debe principalmente a los motivos subyacentes que originaron el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, los motivos del Estado se basaron en generar un margen estadístico de cobertura a miras de los tratados internacionales, mientras que para el particular las entidades promotoras de salud motivaron la implementación del mismo por la posibilidad de generar en la privatización del servicio de salud un negocio rentable con un marco para el emprendimiento y prosperidad, motivos o razones que se distan en demasía con los postulados de “Estado Benefactor” promulgados en la Constitución.

2.2 TENSION DE PRINCIPIOS EN SENTIDO Estricto Y PRINCIPIOS DIRECTIVOS.

Respecto de la incompatibilidad, de los principios fundadores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es preciso, distinguir la teoría del doctor Manuel Atienza (Atienza J. R., 2007), quien clasifica los principios y los distingue de las reglas; clasifica a los principios como razones generales por las cuales se originan las reglas, y luego de encausarlo como los motivos principales del derecho, los determina en dos clasificaciones, la primera los principios directivos, los cuales, son las pautas que incorporan las razones finalistas de las normas, con ellos se consagran los objetivos colectivos que se consideran valiosos pero no vinculantes precisamente. (Atienza J. R., 2007)

En segunda medida, se encuentran los principios en sentido estricto, los cuales ordenan la realización de acciones, estos tienen mayor aplicabilidad de las directrices o directivos, por cuanto, no son mandatos de optimización sino exigen su cumplimiento pleno (Manero, 2001). En este orden de ideas, procedemos a estudiar y clasificar los Principios Directivos y los Principios en Sentido Estricto de la Ley 100 de 1993, lo anterior, siempre con la finalidad de determinar su validez material o sustancial, en el desarrollo normativo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se clasifican los principios de universalidad, eficiencia, y solidaridad como principios directivos, debido a que, de la mano del mandato del artículo 49 de la Constitución representan el ideario en el modelo constitucional del Estado de Social y Democrático y de Derecho, el cual, tiene como finalidad esencial de generar cobertura y calidad universal en la prestación del servicio de salud. Enfrentados a estos principios, encontramos los principios que clasificamos como de sentido estricto, por cuanto, el cuerpo legal

Ley 100 de 1993 exige su desarrollo en pleno, como son, el principio de libertad económica, libertad de elección, aplicación y clasificación preferencial de coberturas, los cuales son, respaldados por un modelo aprobado por el legislativo como tendencia de un estado neoliberal, orientado al libre mercado, que es, la columna vertebral, para que las Entidades Promotoras de Salud sean empresas privadas que brindan una prestación de los servicios de salud a los ciudadanos, con base en la finalidad de obtener rentabilidad, y sostenibilidad financiera.

En el desarrollo de los citados choques de principios, en el primer lugar encontramos, el principio de universalidad, donde se indica, que cualquier persona sin importar sexo, raza, origen o condición social, tiene derecho a la protección de su bien jurídico tutelado derecho a la salud y a la vida, sin embargo, esto desde la misma Ley y el principio de aplicación y clasificación preferencial de coberturas se limita e imposibilita, con la creación de un Régimen Subsidiado y un Régimen Contributivo con unos requisitos que para pertenecer, no permite garantizar cobertura universal. Las razones fácticas son claras, puede que existan individuos que no cumplen los mencionados requisitos para ser beneficiarios de salud gratuita del subsidiado, pero que tampoco tienen los recursos para pagar y ser parte del régimen contributivo, ni como cotizantes, ni como beneficiarios, y que son denominados por el sistema como vinculados.

Sumado a lo anterior, este principio de clasificación, imposibilita la ejecución de una atención para todos básica y gratuita, prácticamente porque limita este beneficio de gratuidad a una parte de la población, a una, la cual supuestamente no tiene recursos, pero que a su vez discrimina, a aquellos que no hacen parte del SISBEN y que no tienen la formalidad laboral para realizar aportes constantes al régimen privado.

Lo anterior y de acuerdo a lo explicado, es cotidiano que en Colombia la informalidad laboral por estadísticas del DANE es de 45% de la población nacional, durante el primer trimestre de 2019

(DANE, estadística empleo informal, 2019) solo esto en sí mismo restringe la cobertura del derecho a la salud.

Siguiendo el orden de ideas, respecto de la importancia en que las normas sean complementarias para ser válidas materialmente y sustancialmente con el fin de que la fuerza normativa sea evidente en el desarrollo de la sociedad (Atienza J. R., 2007) es totalmente contradictorio manifestar que se ofrecerá universalidad de cobertura para todos los Colombianos, si de antemano se antepone la posibilidad de clasificar o estratificar la prestación del servicio del derecho de la salud en dos regímenes, o de ahorrar presupuesto de integralidad en la atención, con base en la aplicación inadecuada del principio de eficiencia, excluyendo a su vez, a un tercer grupo denominado “vinculados”.

Por otra parte, observamos al detalle el enfrentamiento del principio de eficiencia²³ del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual, desde la perspectiva del Estado de Bienestar, que impulsa la Constitución en su artículo 49 que indica en su tenor literal “Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia,” el cual su bien jurídico tutelado, es lograr, los objetivos de buena calidad en la prestación del servicio de salud que merece la población con el uso optimizado de los recursos, otorgando las medicinas, tratamientos y cirugías que requieran los pacientes, el cual, entra en conflicto con el principio en sentido estricto, de autonomía de las instituciones prestadoras de salud, protegido por la Ley 100

²³ Sentencia C- 826 de 2013 indica principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.

de 1993, y se basa en el Estado Neoliberal, donde siempre es más importante el libre mercado, por este se impulsa a las EPS e IPS con base a su “autonomía” se van a generar múltiples barreras, y una manipulación negativa de los recursos, motivados expresamente con la finalidad de que se generen más ganancias a los socios anónimos y/o propietarios de las EPS, esto en claridad no va permitir que se ejecute el presupuesto con eficiencia y reinversión.

Otro conflicto, encontramos en la tensión existente entre el principio de solidaridad²⁴, principio de tipo directivo, que proviene de la figura del Estado Social y Democrático de Derecho, que promueve la Constitución, el cual, su bien jurídico tutelado es dignificar sobre todas las cosas, la condición humana, por lo tanto, con el fin de salvar la vida digna de un ser humano, todas las personas deben ser solidarias, en la realización de aportes que serán de utilidad para la obtención de un fin social.

Esto se delimita por la existencia del principio en sentido estricto, de libertad de elección, apoyado por el Estado Neoliberal y la Ley 100 de 1993, donde las personas con mejores capacidades económicas pueden afiliarse a una determinada EPS, que preste servicios de medicina prepagada y con los aportes que se realizan están dirigidos a una mejor atención con más cobertura, con una hospitalización en una habitación privada y con médicos especialistas a su disposición, esto demuestra que la solidaridad, no es una prioridad de la Ley 100 de 1993, que tiene una marcada tendencia mercantilista.

Otros principios secundarios como son el principio de “Equidad”²⁵, donde el bien jurídico tutelado es la igualdad de la personas, desarrollado en el cuerpo constitucional como unos

²⁴ un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo” <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-767-14.htm>

²⁵ C 313 de 2014 Sobre la equidad, los intervinientes aducen que supone una adecuación del sistema de salud a las necesidades de la población y a sus particularidades específicas. El literal c) implica un mandato al Estado para adoptar medidas diferenciales encaminadas a la protección del goce efectivo del derecho, lo cual permite evitar

principios directivos chocan con el Principio de cobertura mínima, que limita la prestación del servicio con el POS (Plan Obligatorio de Salud) por cuanto este plan no es utilizado para optimizar el uso de los recursos de los cotizantes o beneficiarios de la salud, en realidad el POS es el medio sobre el cual, se limita el acceso a servicio a personas con y sin capacidad de pago este es la estratificación de los servicios de la salud, por lo tanto, la igualdad de los servicios de salud son desplazados con base al diseño privado de la prestación del servicio de salud.

Sumado a los anterior, encontramos enfrentamiento entre el principio directivo de orden Constitucional de la “Calidad”²⁶, donde el bien jurídico tutelado es la integridad de los bienes y servicios prestados, y por otro lado el principio en sentido estricto de orden legal, que ordena la obligatoriedad de realizar el pago de aportes. Lo anterior, por cuanto, en gracia de discusión de conformidad al estado actual del panorama nacional estudiado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud se privatizó con la finalidad de que se evidenciara mejora en la calidad del servicio, con la libre competencia, pero en un sistema que es obligatorio, para los ciudadanos realizar aportes así estén conformes o no con los servicios ofrecidos, hace que el margen de competencia de las EPS por mejorar sus servicios y el de las IPS por cumplir con lo estipulado en el ordenamiento jurídico sea prácticamente nulo, por cuanto, no hay razones para competir en el sentido que todos los intermediarios del sector salud, se reparten los afiliados y el valor de la UPC que otorga el FOSYGA, sin importar si existe o no calidad en la prestación de estos servicios.

situaciones como aquellas en las que los recursos escasos del FOSYGA financian las necesidades de los más privilegiados a expensas de la desprotección de los más necesitados.

²⁶ C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que “está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor”

Por consiguiente, el hecho de que determinadas personas puedan pagar para recibir tratamientos mientras que otros deban esperar a que se cumplan y llene en recursos el fondo de solidaridad de aportes de terceros, para ser paciente beneficiario de un tratamiento demuestra que el Sistema General de Seguridad Social, no es compatible, con las disposiciones constitucionales plasmadas en el artículo 49 respecto de que es un servicio para “todos” donde la atención primaria es obligatoria y gratuita²⁷ de asistencia básica, debido a que en este mismo sentido, se ha regulado legalmente la obligatoriedad de realizar aportes, incluso para las personas pensionadas. Mas no se ha regulado legalmente la obligatoriedad, de que cualquier IPS debe brindar atención básica, sin generar un cobro o recobro de esta atención.

Para concluir, este capítulo es preciso indicar que jurídicamente en el choque de principios, debe predominar un ordenamiento jurídico donde primen los “principios directivos” sobre los “principios en sentido estricto” puesto que, buscan los fines de la Constitución, primera fuente de nuestro sistema legal, además, estos principios son las bases estructurales del derecho mismo.

Pero, en definitiva, desde el momento en que se evidencia una tensión entre los “principios” y no se toman decisiones, para la solución de las antinomias por el cuerpo legislativo, se está ante una sociedad con ordenamiento jurídico que carece de validez sustancial, con la generación de multiplicidad de normas desenfocadas, con inflación de producción del legislativo, que generan como consecuencia la manipulación negativa del derecho para la obtención de fines personales de lucro, sobre la protección, promoción y satisfacción de los derechos sociales.

²⁷ C- 137 de 2007 la cual declara inexecutable artículo 43 de la ley 812 de 2003 Así entonces, la disposición demandada es contraria a la Constitución por cuanto exige siempre una tarifa mínima para la prestación del servicio de salud, por consiguiente, nunca puede ser la prestación del servicio de salud gratuita; lo que contradice abiertamente el artículo 49 inciso 4 Constitucional que obliga al legislador a señalar una atención básica gratuita o sea sin tarifas mínimas. En efecto, con la exigencia de una tarifa se estaría contradiciendo la gratuidad del servicio de salud

2.3 TENSIONES EN LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN LA ATENCIÓN BÁSICA.

Ahora bien, es preciso estudiar al detalle la regulación legal de los regímenes subsidiado y contributivo, por cuanto, con su promulgación y división, se ha ponderado la estratificación para la prestación de servicios de la salud y se ha hecho imposible la gratuidad y universalidad del sistema, lo cual, es una cuestión que afecta visiblemente la validez sustancial del ordenamiento jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Salud

De acuerdo a lo anterior, es preciso iniciar con el subsistema subsidiado, para lo cual es necesario, afirmar que la prioridad que tiene el constituyente en el artículo 49 es generar una cobertura universal para todos en la protección, promoción y satisfacción de la salud para todos, sin embargo, la Ley 1176 de 2007 que regula el Sistema General de Participaciones principal fuente del régimen subsidiado y sus respectivos decretos reglamentarios no se enfocan en esta prioridad, y regulan esta temática de manera insuficiente, descoordinada y diferente a lo establecido en la carta magna. Por lo cual, la inversión de recursos en la mayoría de entidades territoriales termina efectuándose incluso a la discrecionalidad de cada periodo de gobierno.

El vacío jurídico, se ha intentado completar con políticas de gobierno determinadas en circulares y directivas, actos administrativos de carácter general que no vinculan ni hacen obligatoria su ejecución y cumplimiento, los mismos dictan pautas, pero estas pueden o no ser cumplidas por los ordenadores del gasto, por lo cual la desatención de este inconveniente ha perdurado con el paso del tiempo.

Con base en este inconveniente, se desarrolla un análisis normativo que valora la validez o no de los actos administrativos y leyes en mención del orden nacional y territorial referentes a la inversión social y a la inversión de las utilidades territoriales, lo anterior con la finalidad de hacer

un juicio de valor sobre el rigor sustancial de la normatividad nacional, en específico, en cuanto los controles que impone a los ordenadores del gasto y las consecuencias jurídicas y sociales de su aplicación o no en Colombia.

Para dar un contexto más específico, debemos sintetizar en un sentido práctico, en que consiste el Sistema General de Participaciones en Colombia, en primer lugar este sistema nace a partir de la Constitución Política de Colombia y consiste en la distribución de los recursos que hace la Nación a favor de las entidades territoriales, departamentos, distritos y municipios, para que los mismos realicen inversión efectiva en las necesidades de la población de sus territorios, financiación que es regulada a través del Departamento Nacional de Planeación, la cual es una Entidad del Orden Nacional, adscrita al Ministerio de Hacienda, quienes expiden un documento denominado CONPES (Consejo Nacional de Política, Económica y Social) sobre el cual se estipula la distribución de los recursos, del cual resalto es una asesoría pero no restringe ni obliga a los ordenadores del gasto para su acatamiento.

Ahora bien, es necesario entender de qué depende la variación de destinación de los recursos, cuáles son las razones jurídicas, por las cuales, se giran más recursos a determinados territorios, por ejemplo, porque se destina más recursos a ciudades capitales y menos en municipios alejados que factores son los que intervienen, y si las causas de estos giros están sometidas a un mandato constitucional, en este entendido es necesario estudiar el artículo 357 de la Constitución Política de Colombia

ARTICULO 357. Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia. El Gobierno Nacional reglamentará la materia (SUBRAYADO FUERA DE TEXTO).

Es evidente que generar cobertura universal para todos de la salud, desde el constituyente se establece como una prioridad a la hora de la inversión de recursos públicos, incluso, se indica por el constituyente que solo podrán darle paso a otras necesidades de inversión solo una vez, que se tengan cumplidas estas prerrogativas en inversión. Pero es evidente que aún existe población en Colombia especialmente vulnerable y en condición de pobreza, sobre la cuales no se protegen los derechos de salud, la cobertura que se ofrece, por entidades territoriales aun no es suficiente ni acorde a la Constitución. Las razones de esto se ubican en primera medida en que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho de carácter centralista, por lo cual, todos los fondos son girados, desde el Ministerio de Hacienda, así se trate de recursos propios, regalías, o demás, son recursos públicos por lo cual, son girados desde el Gobierno y dependen de la Oficina de Planeación, a la cual se solicita cada año por las Entidades Territoriales, tanto de proyectos de inversión que se pretendan realizar, como de las necesidades para el funcionamiento que ostenta cada Entidad.

Es claro que, la planeación de la cobertura se ha limitado a ser de tipo cuantitativo, es decir, se enfoca en subir porcentajes en las estadísticas, sin embargo, este aumento no es necesariamente un parámetro objetivo para calificar, que se haya logrado con la cobertura dé un noventa o más por ciento de la población, por cuanto, los municipios más alejados de nuestro país, carecen de al menos una IPS para la atención de enfermedades. A la fecha persiste aún fallecimiento por desnutrición e inanición, y el trato que se les brinda en departamentos como la Guajira, Amazonas o Chocó de atención, es muy básica, e incluso inexistente, lo anterior, por cuanto el Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha logrado cobertura universal en la descentralización de

servicios médicos y en la actualidad ha predominado el Estado Neoliberal sobre el Estado de Bienestar Social.

Por el ánimo de las ganancias económicas, los profesionales médicos, han preferido brindar sus servicios en los cinco distritos especiales de nuestro país y en los cincuenta y uno municipios epicéntricos, sin embargo, es evidente y notorio que en muchos lugares del territorio nacional se carece de cobertura en salud, para los habitantes.

Por lo tanto, es clave para el Sistema General de Participaciones, crear una oficina correspondiente para vigilar y controlar que se hayan logrado las metas de cobertura y calidad en salud para que los gobernantes territoriales puedan después de lograr y mantener los objetivos del sector salud, tener libertad de invertir en infraestructura u obras de otra índole, que requieran los municipios, hasta que esta labor en específico no se regule, no será posible tener universalidad de la cobertura.

Por otra parte y respecto el subsistema contributivo, este desnaturaliza el acceso público y la gratuidad del servicio de la salud, y lo convierte en un negocio privado que debe ser rentable, por lo tanto, el “ordenamiento jurídico” (Gracia, 2009) el cual estableció unas pautas denominadas POS (plan Obligatorio de Salud) en el cual se determina, sobre que se debe dar cobertura de determinadas enfermedades, este es el marco que limita la calidad total e irrenunciable de un derecho fundamental definido en el artículo 2 de la (Ley 1751, 2015) que indica::

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

indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

El Plan Obligatorio de Salud, es un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios del Sistema el cual tiene como finalidad legal, cubrir las necesidades en salud por medio de promoción e implementación de servicios del derecho fundamental de la salud, tales como medicamentos, intervenciones, hospitalización, rehabilitación y prevención de enfermedades, pero a pesar de esta definición en la práctica jurídica y fáctica, el Plan Obligatorio de Salud, es la incompatibilidad más evidente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al no disponer la obligatoriedad de la atención básica gratuita, de las cual nos habla la Constitución.

La falta de validez sustancial a la luz del principio de gratuidad de la atención básica gratuita, es evidente respecto de los actos legales que regula el POS, es evidente debido a que se basan en restringir y excluir la entrega de medicamentos, la realización de cirugías y con la desigualdad de trato, respecto de quienes tienen Plan Complementario de Salud, popularmente denomina “medicina prepagada” y quienes hacen parte del Régimen Subsidiado o no están afiliados a ninguno de estos.

Lo anterior, se yuxtapone totalmente con los estipulado a nivel constitucional respecto de los principios de irrenunciabilidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, por cuanto el denominado “Plan Obligatorio de Salud” establecido en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se impuso con la finalidad literal de generar “*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.*”. (Ley 100, 1993)

Como un referente claro de la falta de validez sustancial, se evidencian, los listados donde se excluye el número de medicamentos, tratamientos, intervenciones y tecnologías, al servicio de las enfermedades de alto costo o desconocidas.

Por la falta validez sustancial de la fuente legal, es evidente, el impacto de la Jurisprudencia vinculante, respecto de la poca inferencia del Plan Obligatorio de Salud y de la poca importancia que tiene para la Constitución, la capacidad socioeconómica de las personas para recibir una atención mínima con el POS o ser atendidos por enfermedades o accidentes catastróficos, por esto el citado plan, no debe tener fuerza ni inferencia en la realidad.

Por otra parte, observamos como el precedente de unificación no ha sido acogido en el sentido que debe serlo, en el entendido que incluso las Entidades Promotoras de Salud (EPS) niegan medicamentos y cirugías que se encuentran en el POS a afiliados del régimen contributivo con capacidad socioeconómica de aportantes, la negativa de tantos trámites tiene una clara finalidad de enriquecimiento de los socios mayoritarios de las Empresas de Salud. Esto es notorio por cuanto la manipulación negativa de los recursos es una cotidianidad en la franja de noticias nacionales donde la corrupción de entidades supera los veinte mil millones de pesos (Observatorio Transparencia y Anticorrupcion, 2016) para el año 2016, múltiples funcionarios públicos y particulares de las EPS e incluso mandatarios territoriales han sido procesados penal y fiscalmente por estas conductas delictivas, las cuales son una evidencia más, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no tiene un diseño acorde al deber y las funciones del Estado.

Es preciso, indagar el estado activo en la actualidad de las investigaciones penales y fiscales, por cuanto a pesar de que en muchos casos se tiene evidencia de la falta de atención por el manejo negativo de recursos, las sanciones no han sido las ejemplares, con lo cual, se sigue con el círculo de manipulación negativa de los recursos, por no existir consecuencias judiciales severas, en

concreto, que generen un temor a aquellos funcionarios prestadores del servicio de la salud que solo tienen ánimos de enriquecimiento y que soportan sus actos incluso en actuaciones ilegales.

Por otra parte, es preciso indicar que los convenios que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y en particular el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, es un instrumento que es de obligatorio cumplimiento y puede hacerse efectivo en Colombia, a través de acciones judiciales de carácter nacional o internacional (Courtis V. A., 2002), a su vez el citado Pacto Internacional ha generado un Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales” con el fin de hacer seguimiento y control de las actuaciones de los Estados para la protección y promoción de estos derechos sociales, respecto del derecho de la salud el citado comité le indicó a nuestro país²⁸, que es deber del Estado proteger el derecho de la salud mediante Leyes que aseguren el acceso igual a la atención a la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, velando por que la privatización de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de la atención de la salud, y es un deber del estado controlar la comercialización del equipo médico, a pesar, de las anteriores ¿recomendaciones u obligaciones? Se evidencia falta de validez sustancial, debido a que la privatización de la salud si es una amenaza a la accesibilidad, aceptabilidad y calidad, aunado a esto, no existe el elemento de coordinación normativa debido a que la fecha ninguna disposición legal regula el control del Estado de la comercialización del equipo médico.

Para finalizar es prudente reseñar, que como consecuencia del análisis acá realizado es dable concluir que el diseño privado del contributivo Sistema General de Seguridad Social en Salud carece de validez sustancial, puesto que la gran mayoría de disposiciones legales y reglamentarias no son compatibles, no son complementarias y no son coordinadas para la protección del derecho

²⁸ Mediante comunicación observación general número 14 durante las sesiones del 25 de abril al 12 de mayo del año 2000 emitido en Ginebra denominado “el derecho al disfrute del mas alto nivel posible de la salud”

fundamental de la salud atendiendo a los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad y sobretodo gratuidad y obligatoriedad de la atención básica establecidos en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, puesto que, reitero la regulación legal no ha expresado taxativamente ni impuesto que es trascendente, importante y obligación a las Instituciones prestadoras de salud, dar el cuidado primario a todas las personas que lo necesiten y debido a que el Sistema se funda en un diseño de carácter privado, no va ser posible que se ofrezca la gratuidad impuesta al Estado por el constituyente, por cuanto, las citadas privadas instituciones no lo van a ofrecer con autonomía, solo hasta que sean coaccionados, para que lo efectúen.

2.4. TENSIONES EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Para dar inicio, esta valoración de la aplicación del precedente como fuente por las entidades administrativas del Estado es obligatoria, de acuerdo con el mandato del artículo 10 del CPACA. Así pues tanto la Superintendencia Nacional de Salud, como el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como el Fosyga, y las EPS e IPS, deben acatar el precedente vinculante de manera oficiosa, cumplir con los efectos erga omnes de la jurisprudencia, para así actuar conforme a derecho, es decir, para el caso en concreto los pronunciamientos emitidos por sentencias de unificación de la Corte Constitucional, sobre protección del derecho de la Salud, deben ser el derrotero y el objetivo principal, para que todas las IPS y EPS den cumplimiento al precedente y así se mejore progresivamente la calidad, cobertura, universalidad y gratuidad.

Sin embargo, y aunque para muchos ya está decantado y es claro que Colombia está actualmente sometida a un sistema legal mixto, donde el precedente judicial también tiene una gran transcendencia, aún son visibles en la cotidianidad, la inaplicación del mismo, por cuanto, las múltiples decisiones de las “EPS” en casos análogos son apartadas de las reglas jurisprudenciales, esto sin una justa causa, siendo un deber su atención, sin embargo, esta

desaplicación afecta estructuralmente “la validez sustancial” de la normatividad, por lo tanto es coherente y preciso que se impongan multas y sanciones a cargo de los entes de control sobre todo la Procuraduría General de la Nación que pueden sancionar disciplinariamente incluso a los particulares que presten servicios públicos por la negligencia, desconocimiento o falta de voluntad de acoger el precedente judicial vinculante sin una razón jurídica y fáctica de peso.²⁹

El Consejo de Estado es la autoridad de cierre respecto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo tanto sus decisiones emitidas en calidad de precedente vinculante, deben ser acogidas por todas las entidades con funciones públicas del orden nacional, departamental o municipal, lo anterior con base a lo estipulado en el artículo 10 del C.P.A.C.A., al igual las decisiones emitidas por la Corte Constitucional máximo órgano de la jurisdicción Constitucional, por lo tanto, la Superintendencia Nacional de Salud, y sus funcionarios que desempeñan facultades jurisdiccionales o sancionatorias, deben acoger las sentencias de las citadas Cortes junto con sus fundamentos de derecho, para pronunciarse en

²⁹ Sentencia de Control de Constitucionalidad C-037/03

La Carta Política -Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370-, se ocupa de la "Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos", capítulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C.P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C.P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C.P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, *“presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política”* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

este sentido están reglados, no son eminentemente discrecionales, y deben responder a la protección al derecho de la salud de los Colombianos.

Adicionalmente, las decisiones administrativas y sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud pueden ser el camino que ayude a mejorar progresivamente el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, y se tiene la esperanza que con la emisión de la Ley 1449 de 2019 se evidencie en resultados un progreso en el mismo, por otra parte es preciso indicar que también es un deber legal para las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud, acoger los precedentes de unificación, por cuanto aunque su naturaleza sea privada ejercen la función pública de prestar el servicio de salud a los Colombianos y con base a esto no pueden excluirse sin justa causa de su aplicación analógica.

En este sentido, la Corte Constitucional profirió en el año 2008 las Sentencias C-463 y T-760, con la finalidad de limitar las metas y el progreso exclusivo tanto por el Gobierno Nacional como por las EPS, por lo cual definió las siguientes metas:

- Aprobar o rechazar la prestación de servicios, actividades, procedimientos o intervenciones no incluidos dentro del POS a través de los comités Técnico Científicos, so pena de que si por no haberse surtido este proceso se interpone una acción de tutela para garantizar su prestación, la EPS deberá responder con el 50% del valor de las acciones tuteladas.
- Actualizar integralmente los Planes Obligatorios de Salud (POS) los cuales deberán adoptarse antes de 1 de febrero de 2009.
- Actualizar los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año.
- Garantizar que todas las EPS realicen informes que permitan evidenciar los motivos causantes de la negación de servicios.

- Identificar las EPS y las IPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente los servicios de salud incluidos en el POS.
- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009.
- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado.
- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del FOSYGA que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las EPS ante el FOSYGA, así como el de los entes territoriales, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de los recursos.
- Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del SGSSS, antes de enero de 2010.

Es claro que la finalidad planteada en la Sentencias C-463 y T-760, era encaminar al Sistema General de Seguridad Social en Salud hacia el alcance del cumplimiento de los principios ya estudiados de universalidad, solidaridad, igualdad y eficiencia, estableciendo plazos perentorios para el logro de las metas incumplidas.

La importancia que tuvo la Corte Constitucional de proferir esta providencia, reflejo de la inoperancia de la rama del poder legislativo, quienes, durante la vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no han emitido un desarrollo legal óptimo y acorde a los parámetros constitucionales para regular, controlar, y evaluar el manejo de recursos de la salud de los colombianos.

Frente a la orden del poder judicial, el Ministerio de la Protección Social en lugar de tomar decisiones efectivas hacia el cumplimiento de estas metas, manifestó objeciones desde el punto de vista económico, al expresar “para dar cumplimiento a lo establecido en la sentencia se requieren 6 billones de pesos y que no están disponibles en el presupuesto nacional.”, este tipo de afirmaciones u actos contrarios al precedente que es acorde a la garantía constitucional, también adolecen de falta de validez sustancial, por no ser compatibles a los fines esenciales del Estado.

Es preciso agregar que el Gobierno debía a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, por los períodos entre 1994 a 2006, la suma de dos billones de pesos que debían ser aportados del presupuesto nacional en relación con los aportes de las cotizaciones que pagan los afiliados al Régimen Contributivo, son transferidos a ésta subcuenta, según (Giovanni, 2009)

“que invertidos en TES y en CDTs se hayan cerca de 4 billones de pesos de excedentes de las diferentes subcuentas del FOSYGA, es decir, que el incumplimiento de las metas es causado por la negligente aplicación de los recursos que le deberían corresponder al Sistema, los cuales se han invertido en pro de equilibrios fiscales y rendimientos financieros y en detrimento de la salud de los colombianos.”

Los resultados financieros de las EPS, de acuerdo a el libro de Gilberto Barón (2007) "Las Cuentas de Salud de Colombia 1993-2003" "otros usos", las EPS se quedan con el 30% de los recursos que deberían garantizar la prestación del POS a sus afiliados, esto se fundamenta en que aun cuando desde el punto de vista jurisprudencial se estableció que no podían declinarse las EPS en prestar sus servicios médicos por factores económicos o de mera formalidad, lo hacen al no tener la obligación legal de reinvertir sus recursos como las fundaciones o personas jurídicas sin ánimo de lucro. (Leguizamon, 2007)

Es decir, si las EPS pueden manejar los recursos a su antojo, esto evidencia, que hasta la fecha la Superintendencia Nacional de Salud, no han impuesto acciones contundentes para

coaccionar a las promotoras de la salud, a efectuar un uso adecuado de sus recursos, por lo tanto, es puntual la reforma legal de la presente vigencia 2019

Es preciso, manifestar que al revisar las cifras se puede establecer, que antes de la Ley 100 de 1993 de cada \$100 pesos que existían en el sistema \$88 se gastaban en servicios de salud y que actualmente sólo se gastan \$65, lo que demuestra que la privatización de la salud no logró más calidad ni más cobertura en la prestación de este derecho fundamental de los Colombianos. (Leguizamon, 2007)

Entre tanto, es preciso manifestar, que se identifica claramente que por parte del “Juez” como poder público, se ha tenido la intención de mejorar y proteger el derecho de la Salud de los Colombianos a través del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero la Superintendencia Nacional de Salud no ha ejercido sus funciones jurisdiccionales con la misma intención de “Garantismo Constitucional.”

Sin embargo, de estas sentencias con fuerza de fuente principal de derecho, de acuerdo al criterio del precedente vinculante, establecido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no ha sido de desarrollo óptimo en el sector de la salud por cuanto ni la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Protección Social ,ni la Superintendencia Nacional de Salud, ni el FOSYGA, ni el CRES han implementado medidas efectivas para coaccionar a las EPS a cumplir con las Sentencias de Unificación enunciadas en anterioridad, mecanismos que al menos se acerquen a solucionar conflictos habituales que tienen los ciudadanos con las entidades promotoras que colocan todo tipo de barreras para la atención.

Para concluir este argumento, se sugiere como urgente tomar medidas transitorias y establecer actos administrativos mediante la nueva regulación legal especial, multas más grandes y sanciones al patrimonio de las EPS por faltas leves de que sean reincidentes de más dos veces,

esto por cuanto estas empresas privadas tienen una situación privilegiada en el marco actual del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mientras que los ciudadanos tienen un rol de mayor indefensión, esto por cuanto las entidades promotoras pese a conocer el contenido de la normatividad en Colombia y del precedente se abstiene de prestar los servicios médicos en calidad y cobertura a todos sus pacientes, debido a que su negligencia con o sin intención, no les ha generado sanciones graves.

Por cuanto si no se efectúan estas medidas por partes de las autoridades de vigilancia y control, para mejorar el Sistema, si se está obrando en negligencia del cumplimiento de los fines esenciales del estado de proteger, promover y satisfacer los derechos sociales, por cuanto y aun cuando esta labor la delego el estado, a “entes privados” sigue estando a “su cargo” lograr los objetivos planteados por la Constitución.

3.CONCLUSIONES

En definitiva, se ha validado la hipótesis planteada como respuesta anticipada a la pregunta problema debido a que hemos podido evidenciar que el sistema normativo que regula, el Sistema General de Seguridad Social en Salud carece de elementos de validez sustancial tales como la compatibilidad, coordinación y complementariedad de sus normas con la Constitución, por cuanto sus enunciados no están encaminados en lograr, universalidad, buena calidad y atención básica gratuita de la salud, esto se debe a cuatro motivos fundamentales.

El primero de ellos observamos que la regulación legal dista mucho de someterse a los parámetros impuestos por la Carta Magna, esto se debe al enfrentamiento de lo dispuesto entre los motivos subyacentes de los impulsores de la Constitución los cuales son de una tendencia que consideraba la importancia de generar un Estado Social y Democrático de Derecho, de orden benefactor y que genere bienestar a sus ciudadanos, mientras que los impulsores de la Ley 100 de 1993 tienen una tendencia política de tipo Estado Neoliberal donde predomina el libre mercado.

El segundo se trata del choque de sus principios rectores, los cuales tienen sentidos inversos y controversiales, justamente se debe esta yuxtaposición que el ordenamiento legal pretende cumplir los postulados y principios constitucionales, y la vez hacer viable y sostenible la privatización de la prestación de los servicios, sin embargo, su desarrollo desde las bases es contradictorio y no genera los efectos que promueve el constituyente.

En tercer lugar, observamos que la división de dos regímenes no permite que exista la gratuidad de atención básica obligatoria, regímenes que cuentan con la exclusión de un grupo poblacional llamado “cotizante” y “beneficiario”, clasificación que categoriza desde un inicio el plan de servicios médicos que se ofrecerá y recibirá por cada ciudadano.

Por último, validamos como el precedente vinculante no tiene aplicación práctica para las Entidades Promotoras de Salud quienes pueden acatar o no las sentencias con efectos erga omnes y no se les impone sanciones de tipo financiero por su inaplicación.

Es pertinente indicar que las tensiones presentadas en estos cuatro puntos deben resolverse en predominancia siempre de la ejecución de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, puesto que los citados deben ser el criterio rector y las bases con las que se debe promover el diseño de un sistema normativo idealizado, con el fin primario de evidenciar avance en la realidad nacional de cobertura y calidad en la salud mejore progresiva y significativamente.

3.1. PROPUESTA PARA LOGRAR UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LA FALTA DE VALIDEZ SUSTANCIAL DEL SISTEMA NORMATIVO DE LA SALUD.

Al transcurso del presente escrito hemos tenido la oportunidad de observar el estado actual del Sistema General de Seguridad Social en Salud, revisar los supuestos fácticos y jurídicos existentes, con la finalidad de que sea notoria la hipótesis planteada de que el diseño estructural privado del sistema, carece de los elementos de validez sustancial al no someterse a las garantías previstas por el constituyente, por lo tanto, es imperante en el presente capítulo desarrollar una propuesta de solución a la luz del desarrollo doctrinal del maestro Luigi Ferrajoli, quien en su obra iuspositivismo crítico y democracia constitucional nos indica:

“Proponer, desde adentro, las soluciones previstas por las técnicas garantistas de las que dispone el propio ordenamiento, o bien, en la tarea de elaborar y sugerir, desde afuera, nuevas formas de garantía idóneas para reforzar los mecanismos de autocorrección” (Ferrajoli, Juspositivismo crítico y democracia Constitucional, 2002)

Con base al citado, se hace indispensable brindar el horizonte de mejora en dos ámbitos, en primer lugar, tanto desde adentro de las entidades del poder público, como el Congreso, la

Contraloría, la Superintendencia Nacional de Salud sugiriendo algunas alternativas de transformación para mejorar el sistema, como también una solución desde afuera, los ciudadanos que medios de control tienen para reforzar que se genere el cumplimiento, protección, promoción y satisfacción de sus derechos sociales principalmente el de la salud.

En primer lugar, enfocados en el primer horizonte es preciso modificar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se debe adecuar a las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales que lo han definido como “un derecho de todas las personas, gratuito en su atención básica, inalienable, irrenunciable y a cargo del Estado” por esta causa no puede ser dispuesto en un Sistema de carácter “privado”, por las razones explicadas con anterioridad, para su protección y regulación, se hace necesario que deba ser un sistema “mixto” donde esté a cargo del Estado la administración e inversión de recursos y la selección de personas jurídicas específicas que tengan la facultad de prestar servicios de salud, el Estado tendrá la obligación de reinvertir los activos que se generen con los aportes de los trabajadores y empleadores de empresas privadas,

En gracia de discusión aceptar la privatización requiere establecer un límite legal a la ganancia o lucro que pueda generar la prestación del servicio de la salud por cuanto, el móvil del Sistema, no debe ser el lucro, si no mejorar la calidad de la atención y con cobertura a todos, para lograr este objetivo sus ganancias se deban recapitalizar de manera obligatoria y de tracto sucesivo esto para la constante mejora en la atención básica gratuita que deberá llegar incluso a los lugares más alejados del epicentro de Colombia, solo así se lograra la verdadera universalidad de la prestación del servicio de la salud, que goce de reales y eficaces controles.

Además y concentrándonos en el primer horizonte, cuando existe un problema desde el punto de vista jurídico de la validez sustancial, debe ser evaluado, y arreglado desde la modificación y mejora del derecho legal disponiéndolo acorde a la Constitución, por lo tanto, es el poder

legislativo, el órgano correspondiente a resolver el problema, estructurar y modificarlo, sin embargo, desde otras ramas como la administración en salud, la medicina y demás ciencias relacionadas, pueden aportar en esta labor del Congreso, para generar un estudio multidisciplinario que tenga como fin desarrollar dichas ayudas al derecho reglado, con el fin de que este sea eficaz y logre ser la herramienta para brindar respeto, promoción, protección y satisfacción al derecho social de la salud, con base a esto, se requiere del compromiso de todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud de mejorar la prestación del servicio.

A su vez este nuevo sistema debe ir cumpliendo a cabalidad, los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, además de ello, enfocando para cumplir el mandato constitucional de obligatoriedad en la atención básica gratuita, por lo que es preciso reformar e identificar, los principios fundamentales del desarrollo legislativo del derecho de la Salud en Colombia, de una manera clara, precisa y que no generen contradicción con lo dispuesto en la Carta Magna, por cuanto unas adecuadas y contundentes disposiciones legales pueden mejorar la obtención del beneficio promulgado por la Constitución.

Es aquí el segundo eje propuesta de solución en el primer horizonte, paralelo a el planteamiento que se realiza de modificación, debe hacerse un fortalecimiento de los entes de control, de forma mancomunada con las Leyes que mejoren y generen un cambio dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pasando sus funciones de una acción de repetición, posterior a la vulneración del servicio a la salud, a mecanismo preventivos eficaces que eviten o señalen los parámetros de calidad, universidad y oportunidad para el óptimo funcionamiento del servicio ceñidos al principio de eficiencia.

Respecto de la vigilancia y control de los recursos con base al principio de eficiencia es necesario lograr mejorar el sentido de pertenencia de la denominada “cosa pública” por cuanto, popularmente es la que menos valor tiene, apreciación errónea que se debe a la corrupción administrativa que la desvaloriza, pero sin embargo, el hecho de imponer un “control efectivo” del uso e inversión de los recursos públicos hará que la “cosa pública” sea de más valor y trascendencia que cualquier capital de tipo privado, sobre todo en lo que respecta a las funciones de protección, promoción, y satisfacción que están a cargo del Estado Social y Democrático de Derecho en el que nos encontramos.

Por lo que se debe plantear la posibilidad de crear un órgano que tenga como función principal realizar un control de los recursos exclusivo al sector, y sometido a la participación e intervención de cualquier ciudadano sugiero como criterio posición directa debe contemplarse como política un mecanismo electrónico, contemplando que nos encontramos en el siglo XXI y que la tecnología es una gran herramienta para apuntarle a la transparencia de la economía.

De acuerdo al tema de control efectivo de los recursos, proponemos que desde el punto de vista del derecho de la Salud para el buen manejo de los dineros del Sistema General de Participaciones o de las cotizaciones, debe existir, una inversión estatal en la adquisición de un software o plataforma similar a la manejada en contratación pública SECOP, pero destinada únicamente al sector salud que permita hacer un control en tiempo inmediato de los recursos de la “cosa pública” y de los “aportes” realizados por la ciudadanía; se vigile la veracidad de estudios de mercado, valores de bienes y servicios, se vigile la ejecución de los contratos, modificaciones o adiciones, lo anterior por cuanto esta herramienta permitiría que la Superintendencia Nacional de Salud como actual entidad encargada del manejo, control y vigilancia de la inversión y reinversión del presupuesto tuvieran mayor facilidad para ejercer presión y responsabilidad a los

prestadores de salud para que ejecuten una atención con calidad a todos sus afiliados, por cuanto, es claro que la atención brindada en Colombia no se encuentra dentro de los estándares óptimos, de acuerdo a las cifras presentadas en el presente texto.

Para mejorar este aspecto es prudente promulgar, que debe existir un órgano robusto y con transparencia que se encargue de examinar a profundidad el reconocimiento de estas instituciones, de hacer un control real y fuerte a las entidades que no presten el servicio de salud de forma idónea y acorde a las decisiones del precedente jurisprudencial vinculante, es así que la Superintendencia de Salud, además de los entes territoriales y nacionales que vigilan este servicio deberán tener mayor rigor y facultades sancionatorias con el fin de fomentar y generar un cambio.

Finalmente, y siendo reiterativos en la importancia del control de recursos, para el caso del pago de las UPC por parte del FOSYGA es prudente que el ente control encargado de realizar estos giros, a las entidades encargadas del prestar el servicio de la salud, tengan como deber realizar un control previo de la destinación de los pagos asignados, lo anterior para evitar que se generen recobros en el mismo y demás supuestos facticos relacionados a la corrupción interna.

Ahora bien, en el segundo horizonte de solución, los ciudadanos pueden acudir a la Corte Constitucional a interponer demandas de inexecutable y solicitar que se validen las fuentes legales citadas en el presente texto que carecen de validez sustancial y sobre todo aquellas que disponen parámetros no acordes a la gratuidad de la atención básica universal y obligatoria, y también aquellas normas en contravía a la distribución del presupuesto del sistema general de participaciones, la cual exige, primero lograr cobertura universal en salud y luego si invertir en infraestructura, estas deben ser examinadas respecto de la executable o inexecutable de las mismas, por cuanto no se someten a lo descrito taxativamente en la Constitución Política de Colombia.

Por otra parte, como segunda propuesta del horizonte externo de solución es preciso indicar que en el presente escrito, observamos la inaplicación del uso del precedente judicial a pesar de sus efectos, es, por lo tanto, que este se suma como causa de la falta de la validez sustancial del sistema originado en la Ley 100 de 1993, con base a este horizonte los ciudadanos a través del recurso de extensión de jurisprudencia con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pueden hacer valer sus derechos obligando a las Entidades Promotoras de Salud acogerlos, para su caso particular y concreto; Además de lo anterior, es viable denunciar a todas aquellas personas naturales con funciones públicas que se niegan arbitrariamente a acoger el precedente de unificación, a la Procuraduría General de la Nación por cuanto este desacato sin justa causa es una falta disciplinaria.

En conclusión, de los horizontes de solución, se requiere de una reforma general al diseño actual del Sistema General de Seguridad Social en Salud por cuanto el presente carece de validez sustancial en el contenido de sus normas, su finalidad no se complementa y cualquier intento de mejora por lograr el objetivo y protección a la garantía constitucional tropieza constantemente con el ánimo de lucro de quienes en el intervienen, lo cual genera la ineficacia de su prestación.

Para concluir es necesario insistir en la necesidad de repensar un modelo diferente al vigente, validar la posibilidad de eliminar los intermediarios privados en la administración de recursos de la salud y centrar esta responsabilidad a cargo del Estado, quien podrá determinar el uso de recursos en un sistema de bonificación o premio a las IPS u hospitales o clínicas que mejor tengan desempeño en la calidad integral de sus servicios, esta sería una posibilidad de hacer sostenible el Sistema con la colaboración de los entes de control, anteriormente descritos, a su vez esto, significaría un diseño más acorde y garantista de los postulados constitucionales para mejorar calidad, universalidad y atención básica gratuita.

Sumando a la anterior y para finalizar, es importante reiterar que las principales políticas públicas, deben permanecer en el tiempo, su regulación jurídica debe ceñirse al criterio de “validez sustancial” sobre todo aquellas que tratan temas estructurales del país, como es la protección, promoción y satisfacción del derecho de la salud y demás derechos sociales, por lo que los citados parámetros no pueden ni deben modificarse cada periodo presidencial u corriente política que tenga el gobierno, es decir, se deben centralizar las posiciones básicas que se plantean desde la constitución para desde allí realizar el cuestionamiento legislativo de cómo debe regularse, pero siempre con adecuación a la norma magna, lo anterior, por cuanto el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene preceptos y finalidades que se distancian en demasía, con lo estipulado en la norma fundamental, lo cual tiene como consecuencia el aumento de la producción legislativa, quienes degeneran su actuar en generar múltiples normas, sin seguir un rigor en su formación, adecuación y aplicación en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 100 (Sistema General de Seguridad Social en Salud 1993).

Abel, C. (1996). *Ensayos de Historia de la Salud en Colombia 1920 1990*. Bogotá D.C.: CEREC Universidad Nacional.

Africano, J. M. (2017). *Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Regimen Contributivo en Colombia*. Bogotá D.C. : eumed.

Alchourron, C. E. (1987). *Introduccion en la metodologia de las ciencias juridicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alexy, R. (1988). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Practica . *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 139 - 154 .

Alexy, R. (s.f.). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razon Practica. .

Alvarez, G. D. (2007). Aproximaciones conceptuales a la democracia y los derechos fundamentales en la teoría de L. Ferrajoli. *Opinion Jurídica*, 165 - 185.

Angel, F. A. (2018). *Informe de Gestión Superintendencia Nacional de Salud*. Bogotá D.C.: Supersalud.

Atienza, J. R. (2007). *DEJEMOS ATRAS EL POSITIVISMO JURÍDICO*. Mexico Df: ISONOMIA.

Atienza, J. R. (2007). LA DIMENSIÒN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y LA JUSTIFICACIÒN JURÍDICA. *UNIVERSIDAD DE ALICANTE*, 115 A 130.

Atienza, M. (1999). *El Derecho y la Argumentación*. madrid: Isegoria.

Atienza, M. (1999). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.

Bobbio, N. (2016). *Teoria General del Derecho*. Bogotá Colombia: Temis.

C - 873/03 (Corte Constitucional 2003).

C 225 (1995).

C 252 (CORTE CONSTITUCIONAL 2010).

C 621, C 621 (CORTE CONSTITUCIONAL 2015).

C 634 (2011).

C 900 (CORTE CONSTITUCIONAL 2011).

C-873 (2003).

Calderón, C. A., Botero, J. C., Bolaños, J. O., & Martínez, R. R. (2011). Sistema de Salud en Colombia 20 años de logros y problemas. *Ciencia y Salud Colectiva*, 14 -23.

Carnelutti, F. (2010). *Como Nace el Derecho*. Bogotá D.C.: TEMIS.

Catalayud, A. R. (2007). Validez formal y validez sustantiva el encaje de la competencia material. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 543 - 559.

Constitución Política de Colombia (1991).

Courtis, C. (2009). *Ecos Cercanos Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá D.C. : Universidad de los Andes .

Courtis, C. (2015). *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Puerto Srl.

Courtis, V. A. (2002). *Los derechos Sociales como derechos exigibles* . Madrid : Trotta.

DANE. (2009). *Afiliados Salud Regimen Contributivo y Subsidiado*. Bogotá D.C.: dan.

DANE. (2019). estadística empleo informal.

DANE. (2019). *Medición de empleo informal y seguridad Social*. Bogotá D.C.: Gran Encuesta de Hogares.

- Dirección General del Apoyo Fiscal Ministerio de Hacienda . (2013). *Guía para la ejecución, monitoreo y control de los Recursos del Sistema General de Participaciones*. Bogotá D.C: Prosperidad Para Todos.
- Echevarría, J. L. (2013). *Los Muertos de la Ley 100*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia.
- Echeverri, O. (2008). Mercantilización de los Servicios de la Salud: el caso de Colombia. *Revista Panamericana de la Salud* , 208 a 2016.
- Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. *Nuevo Foro Penal*, 59 -75.
- Ferrajoli, L. (2002). Juspositivismo crítico y democracia Constitucional. *Isonomía*, 52- 55.
- Ferrajoli, L. (2006). Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales. *Universidad del Camerino Italia*, 16-31.
- Giovanni, J. B. (2009). El derecho a la salud una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. *EAN*.
- Gómez, N. R.-F. (2017). Contexto de la Salud y la Calidad en Colombia. *area andina ilumno*, 3 - 23.
- Gracia, J. C. (2009). *Introducción al Estudio del Derecho*. México DF: Nostra.
- Günther, K. (1995). Un Concepto Normativo de Coherencia para una teoría de la Argumentación Jurídica. *Repositorio Universidad de Alicante*, 271 -302.
- Hernández, J. V. (2007). liberalismo, neoliberalismo y postneoliberalismo. *Universidad Nacional del Sur Departamento de Humanidades*, 15 - 22.
- Joaquín Montaña Rodríguez, E. R. (2002). Evaluación de Calidad de los servicios públicos domiciliarios. *Red de revistas científicas de América latina el caribe, España y Portugal*, 50 63.

- Kelsen, H. (1970). *Teoria Pura del Derecho, Introducción a la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires .
- Leguizamon, G. B. (2007). *Gasto Nacional en Salud de Colombia*. Bogotá D.C.: Salud Publica .
- Ley 100 (1993).
- Ley 1122 (2007).
- Ley 1437 (2011).
- Ley 153 (1887).
- Ley 1751 (2015).
- Ley 715 (2001).
- ley10 (1990).
- Manero, M. A. (2001). Sobre Principios y Reglas. *Cervantes Alicante*, 101 - 120.
- Maya, E. (2008). el derecho de la salud en la perspectiva de los derechos humanos y del sistema de inspección vigilancia y control de quejas en materia de la salud . *Revista Colombiana de Psiquiatria*, 34-38.
- Ministerio de Protección Social Programa Apoyo Reforma a la Salud ESAP. (2008). *Afiliación Pago y Recaudo de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud* . Bogotá: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.
- Navarro, P. (1996). *el derecho y la justicia capitulo validez y eficacia de las normas jurídicas*. Madrid: Trotta.
- Observatorio Transparencia y Anticorrupcion. (06 de octubre de 2016). www.anticorrupcion.gov.co. Obtenido de www.anticorrupcion.gov.co: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/corrupcion-en-colombia-fiscal-nestor-humberto-martinez-dio-cifras.aspx>

- Rendon, C. E. (1998). apertura economica en Colombia. *pensamiento humanista*, 3-16.
- Restrepo-Zea JH, S.-M. C.-R.-D. (2014). Acceso a servicios de salud: análisis de barreras y estrategias en el caso de Medellín, Colombia. *Rev. Gerenc. Polít. Salud.* , 242-265. .
- Ross, A. (1993). El Concepto de validez y otros ensayos. *RUA mexico*, 15- 27.
- SU 049 (2017).
- SU 225 (1998).
- SU 480 (1997).
- SU 677 (2017).
- Tello, V. H. (1999). Regimen Subsidiado de Salud: Evolución y Problematica. *Revista de Salud Pública*, 207 -208.
- Vacha, J. C. (2011). *Amparos y Coberturas de la Salud*. Bogotá D.C.: Ibañez.
- Velez, A. L. (2005). La acción de tutela ¿ Un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a los servicios de salud? . *Red de revistas científicas de America Latina y el Caribe España y Portugal*, 200 - 207.
- Vera, O. P. (2003). *El derecho a la Salud, en la Constitucion, la Jurisprudencia y los instrumentos Internacionales*. Bogotá D.C. : Defensoria del Pueblo.

ANEXOS

FICHAS JURISPRUDENCIALES

SENTENCIAS DE UNIFICACION DERECHO DE LA SALUD

Nº Sentencia	SU 043 de 1995
Presidente de la Sala	José Arango Mejía
Hechos	- La peticionaria informa que es afiliada del I.S.S. desde 1964 y que en el mes de mayo de 1980, en las dependencias del I.S.S. nació su hija con diferentes enfermedades congénitas graves, tal como consta en la historia clínica cuya fotocopia anexa. - Afirma que el día 20 de noviembre de 1990, el Dr. Luís Carlos Ochoa, Coordinador de Pediatría, "basado en el decreto 0770 artículo 26", retiró el derecho que tenía la menor como beneficiaria para ser atendida en el I.S.S.. - Indica que conoce razones reglamentarias para la suspensión del servicio, pero insiste en que, en su caso, el I.S.S. debe reconsiderar la decisión, debido a las múltiples lesiones que padece su hija desde el nacimiento, mucho más, si se aplica lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 en materia de servicios solidarios de salud. - Además, la peticionaria afirma que no posee medios económicos suficientes que le permitan ofrecer el tratamiento a su hija, teniendo en cuenta que su única fuente de subsistencia es su trabajo en una empresa donde se desempeña como operaria.
Problema Jurídico	En aplicación de la reglamentación vigente en especial de lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 3063 de 1989, y de los Decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977 debido a que se trata de enfermedad incurable es posible su desafiliación, por no existir cobertura familiar teniendo en cuenta que la normatividad anteriormente descrita tenía fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico.
Ratio Decidendi	Con base a las obligaciones estipuladas al Estado de acuerdo a lo estipulado en el artículo 48 y 49 de la Carta Magna se indica por la cote que ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental <u>de ser atendidos por el Estado</u> en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.
Sentencia.	Conceder la tutela del derecho constitucional fundamental a la seguridad social y a la salud de la menor hija de la peticionaria, en el asunto de la referencia y en consecuencia, ordenar al Instituto Colombiano de Seguros

	Sociales, Seccional Antioquia, que proceda a brindar los servicios médico-hospitalarios a la hija menor de la afiliada, María Elena Alvarez Ramírez, de conformidad con lo establecido por la Ley 100 de 1994 y por los Decretos 1298, 1919 y 1938 de 1994.
--	---

N° Sentencia	SU 111/1997
Presidente de la Sala	Antonio Barrera Carbonell
Hechos	La actora, de 64 años de edad, relata que trabajaba como auxiliar de servicios generales en la dirección ejecutiva de la junta administradora seccional del Chocó del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte - Coldeportes-, cuando por medio de la resolución N° 0002, del 8 de enero de 1987, fue declarada insubsistente. En la época de su retiro del servicio venía recibiendo tratamiento médico para la artritis que sufría, atención que había sido autorizada por la seccional de la Caja Nacional de Previsión. Por medio de apoderado, interpuso acción de nulidad y de restablecimiento del derecho contra la resolución precitada, con el objeto de que se la reintegrara al cargo que desempeñaba, se le pagaran las prestaciones sociales que se le adeudaban y se le brindara asistencia médica "sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario". En su sentencia del día 14 de febrero de 1992, el Tribunal Administrativo del Chocó denegó la solicitud de reintegro. Para resolver sobre las prestaciones sociales exigidas por la demandante, el Tribunal reprodujo el siguiente aparte de la sentencia del Consejo de Estado sobre el expediente N° 4516, de junio 5 de 1981, MP Ignacio Reyes Posada: "La disposición del parágrafo del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 no prohíbe a la administración desvincular del servicio a un empleado que se encuentra en estado de incapacidad por razones de enfermedad. Impone su retiro después de 180 días de incapacidad, pero si en este lapso se producen otros fenómenos como la culminación de una investigación administrativa, que imponga la sanción de destitución o razones del buen servicio demanden la insubsistencia, podrá proceder en tal forma la administración porque, antes del artículo 18 del Decreto 3135, está la facultad de libre nombramiento y remoción consagrada en normas constitucionales y legales, como es el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que permite remover libremente en cualquier momento por insubsistencia a una persona designada para ocupar un empleo del Servicio Civil que no pertenezca a una carrera, sin motivar la providencia. "Cosa distinta es que en este evento el empleado o trabajador tenga derecho a la asistencia médica correspondiente, así como a la remuneraciones consagradas en el artículo 18 tantas veces citado".

	Con base en el texto transcrito y en atención a que la señora Waldo se encontraba en tratamiento médico, autorizado por la Caja Nacional de Previsión, en el momento en que había sido declarada insubsistente, el Tribunal ordenó "el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales de la señora Celmira Waldo de Valoyes, y a la cual está obligada la Junta Administradora Seccional de Deportes del Chocó del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte 'COLDEPORTES', por conducto de la respectiva Caja de Previsión Social". La Dirección Seccional de la Caja Nacional de Previsión atendió a la actora hasta el día 19 de octubre de 1994, día en que el Director Seccional le remitió el oficio 227, en el cual se expresaba: “(...) le informo que el servicio médico que se le viene prestando se suspende a partir de la fecha. Ya que sus prestaciones económicas y asistenciales fueron canceladas. "Es de anotar que las Cajas de Previsión Social, sólo tienen obligación de prestar sus servicios a su población protegida que son pensionados, afiliados, y beneficiarios.” La actora - que señala que su salud se ha visto deteriorada en forma progresiva -estima que la Dirección Seccional de la Caja violó con este proceder la obligación que tiene de proteger la salud y vida de las personas de la tercera edad. Respecto de la primera instancia de la tutela fue proferida a favor de la actora, sin embargo, con base al recurso de impugnación el Consejo de Estado revoco el citado fallo al creer que la parte actora debió acudir a otros mecanismos legales, que debía agotar a tiempo y en debida forma.
Problema Jurídico	Se trata de establecer si la Caja Nacional de Previsión -Seccional Chocó-, al expedir el acto administrativo por medio del cual suspendió los servicios médicos a la actora, incumplió la orden dictada en la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en 1992, y adicionalmente desconoció los derechos a la salud y a la vida de la actora, una mujer de 64 años de edad y enferma de artritis degenerativa.
Ratio Decidendi	La Corte indica que excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales. La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a

	través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela. Cuando ello ocurre, la tutela se reserva para un momento ulterior. En efecto, si por acción u omisión el Juez incurre en una vía de hecho, la defensa de los derechos fundamentales, no queda expósita, pues, aquí la tutela recupera su virtud tuitiva. Finalmente, la mencionada acción, procede, como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. De acuerdo a lo descrito con anterioridad para el caso en específico aduce la corte que la actora dentro del presente proceso acudió a la acción de tutela en procura de que se protegieran sus derechos a la salud y a la vida y de que, en consecuencia, se declarara la nulidad del acto administrativo de la Caja Nacional de Previsión -Seccional Chocó- por medio del cual se decidió suspender la atención médica que se le venía prestando. La demandante no obstante haber dejado de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, pretende hacer valer su pretensión a través de la tutela. Sin embargo, como ya se señaló, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos
Sentencia.	Confirma el fallo del Consejo de Estado, debido a que aduce responsabilidad de la parte actora en dejar vencer el termino para instaurar el medio de control pertinente.

Nº Sentencia	SU 442/1997
Presidente de la Sala	Antonio Barrera Carbonell
Hechos	1. Con el transcurso de los años, la presión sobre los ecosistemas aledaños a la ciudad de Santa Marta, se ha incrementado de tal manera que no solo altera el paisaje, sino que también agota o reduce la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los mismos. 2. Por esa razón, se ha perdido “su fulgor, poniendo hoy en peligro inminente su riqueza natural, su valor paisajístico, su potencial turístico, la salubridad pública, el espacio público y la vida digna y saludable de sus habitantes o de quienes la visitan”. 3. Mediante escrito dirigido a la Dirección General de CORPAMAG, los demandantes formularon una serie de inquietudes acerca de los vertimientos de las aguas residuales del sistema de alcantarillado de la ciudad, así como del manejo y tratamiento de los desechos sólidos o basuras, las cuales no fueron atendidas en debido forma, “maniobrando las respuestas de un modo artificioso”, de la siguiente manera:

	4. Con respecto al vertimiento de las aguas residuales del sistema de alcantarillado, expresan que no hay respuesta frente a las bahías de Bello Horizonte, Pleno Mar, Gaira, Taganga y el Laguito. Afirman que la cobertura del sistema de acueducto y alcantarillado es del 85% y 63% respectivamente, con deficiencias en la calidad del suministro de agua y cobertura de la red de alcantarillado. 5. En la respuesta no se menciona si existe tratamiento previo para los vertimientos y señalan que estos se hacen en forma directa. 6. Manifiestan que durante cuatro años de seguimiento que incluyen desde 1992 hasta 1995, se encuentra que las enteritis y otras enfermedades diarreicas ocuparon la quinta causa de morbilidad en consulta externa entre 183 motivos de consulta. Así mismo, según la información suministrada, las enfermedades de la piel y del tejido celular subcutáneo ocuparon la novena causa de morbilidad en consulta externa, dejando entrever que los problemas de saneamiento básico y de degradación ambiental de la ciudad y de sus bahías influyen directamente sobre la salud y la calidad de vida de los habitantes y transeúntes de Santa Marta.
Problema Jurídico	Es viable o no la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales de nivel colectivo, existiendo medios pertinentes como las acciones de grupo o la acciones populares
Ratio Decidendi	La Corte reseña con claridad que la acción de tutela ha sido consagrada para proteger los derechos constitucionales fundamentales de carácter individual, es procedente intentar esta, cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de un derecho relativo al ambiente sano, pues en estos casos, en presencia de la conexidad de los derechos colectivos y fundamentales vulnerados, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, convirtiéndose así en el instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados. Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Si el derecho a la vida es fundamental, los derechos que esencialmente se derivan de él, como la salud, también lo son necesariamente bajo ciertas condiciones, y en razón de su conexidad, emergen como fundamentales cuando su amenaza o vulneración representan peligro o daño al derecho a la vida, de manera que es preciso ampararlo para proteger aquél.

Sentencia.	La Corte Ordena tutelar los derechos a la vida, al ambiente sano y a la salud de los ciudadanos

Nº Sentencia	SU 480/1997
Presidente de la Sala	Antonio Barrera Carbonell
Hechos	Se acumulan los hechos de acciones de tutela T-123145, T-120042, T-120933, T-123145, T-124414 y T-122891 al expediente T-119714, por cuanto los expedientes presentan una coincidencia los acontecimientos narrados y el derecho principal cuya protección se busca con la presentación de las acciones de tutela. En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes.
Problema Jurídico	El problema práctico radica, pues, en la negativa a dar dichos medicamentos por no aparecer en el manual autorizado por el Ministerio de Salud, lo cual afecta, el derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad.
Ratio Decidendi	Se manifiesta que el Estado está obligado a brindar el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado siempre y como mínimo, las EPS e IPS debe brindar este servicio así se estén realizando o no aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo anterior, para dar cumplimiento a los principios consagrados en la Constitución y en la Ley 100 de 1993 como son de universalidad, solidaridad y eficiencia en la prestación del servicio de salud, es de anotar que la mencionada jurisprudencia indica que el derecho de la Salud y el cumplimiento de estos principios son uno de los objetivos primordiales del Estado Social de Derecho, por lo tanto, agrega el mencionado precedente que es legítimo, el concepto de que las EPS deben obtener ganancias por cuanto así está hecho el sistema al ser eminentemente privado, pero las mismas ganancias no pueden entenderse de propiedad de la EPS, IPS, o de sus socios, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto el Sistema es Solidario y estas deben reinvertirse, para cumplir con lo estipulado en el Ordenamiento Jurídico y brindar la mejor atención posible de quienes requieren de la intervención médica. Por lo tanto, así los medicamentos o tratamientos sean de alto costo o no, se deben brindar junto con las atenciones mínimas médicas, para la recuperación de los ciudadanos con enfermedades catastróficas o en un evento catastrófico;

	Como es el caso de los pacientes con VIH sida, respecto de los cuales las EPS e IPS están obligadas a brindar medicamentos antivirales, a igual, si una persona padece un accidente de tránsito o sufre un evento catastrófico, se le debe brindar inmediatamente el medicamento y el tratamiento necesario para su recuperación, así el mismo sea de alto costo o no, al igual se indica que no importa si esté incluido en su plan obligatorio de salud (POS), o en el plan obligatorio de salud subsidiado (POSS), la prestación del servicio del derecho de la salud, se debe brindar de manera obligatoria. En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial, de aquellas decisiones judiciales que protegían el derecho fundamental de los accionantes y a su vez ordena revocar aquellas que providencias que las negaron.

Nº Sentencia	SU 645/1997
Presidente de la Sala	Antonio Barrera Carbonell
Hechos	El 6 de mayo de 1990 el señor LUIS FERNANDO ZULUAGA LASERNA sufrió un accidente automovilístico en la carretera que conduce de Santafé de Bogotá a la población de Chinauta, lo que hizo necesario su traslado a la Clínica Palermo de la capital de la República. En dicha clínica fue hospitalizado y el 9 de mayo de 1990 sometido a una cirugía, (hosteosíntesis de codo, húmero y cúbito derecho), intervención en la que se le realizó una transfusión de glóbulos rojos, para la cual se utilizó sangre adquirida por la demandada en su banco proveedor desde 1980, el laboratorio Alvarado Domínguez, el cual poseía la correspondiente licencia de funcionamiento del Ministerio de Salud y tenía como hospital de referencia al Hospital Simón Bolívar. Dicho laboratorio remitió la bolsa de sangre de la que se extrajo la que le fue transfundida al actor, con el respectivo sello nacional de calidad; el 15 de mayo de 1990, según consta en la respectiva historia clínica, (No. 42316), el paciente fue dado de alta. De la misma bolsa de sangre se utilizó el plasma para efectuar, el día 9 de mayo de 1990, una transfusión a la niña Laura Viviana Espinel, la cual había nacido en la clínica demandada el 7 de mayo de ese mismo año presentando graves problemas de salud.

	Dicha menor en los meses siguientes al tratamiento que recibió en la Clínica Palermo, continuó presentando graves complicaciones que fueron atendidas en la Fundación Cardio-Infantil, institución que al recibirla por quinta vez ordenó realizarle las pruebas de inmunodeficiencia (estudio HIB), dada la sospecha del médico tratante de que tuviera el virus del sida. Remitidas las muestras de sangre de la menor al Instituto Nacional de Salud el 3 de abril de 1991, se realizaron los análisis correspondientes cuyos resultados, positivos, fueron entregados el día 5 de abril del mismo año. Sobre los mismos fue informado de manera inmediata el representante para sida del Servicio de Salud de Bogotá. Ante la confirmación de que la menor presentaba el virus del sida y de que posiblemente había sido contagiada al recibir una transfusión con sangre infectada cuando fue tratada en la clínica Palermo, se inició la investigación correspondiente y se requirió al director del laboratorio que la había suministrado, quien localizó al donante y lo trasladó al hospital Simón Bolívar donde se le realizaron las pruebas correspondientes, las cuales, según reza el informe presentaron un resultado “contundentemente positivo”, lo anterior tuvo lugar el 28 de mayo de 1991. No obstante la confirmación, en mayo de 1991, de que la sangre utilizada para las transfusiones de glóbulos rojos y plasma realizadas en la Clínica Palermo al actor de la demanda de tutela y a la menor mencionada respectivamente, al primero la demandada tan sólo le informó de la posibilidad de que hubiera sido contagiado con el virus del sida en marzo de 1993, a través de una llamada telefónica realizada a una de sus hermanas, argumentando que le había sido imposible localizarlo Realizados los exámenes del caso, se confirmó el contagio y en principio la clínica manifestó que no “evadía la responsabilidad”, no obstante, dice el demandante “...la clínica Palermo se ha negado en forma rotunda a prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y demás que necesita...” dada su precaria situación física, emocional y económica, ocasionada por la enfermedad que avanza y lo deteriora. Alega la demandada que ella no tiene ninguna responsabilidad en los hechos relacionados, pues su obligación es adquirir sangre de bancos que posean la respectiva licencia de funcionamiento y verificar que la misma esté acreditada con el sello nacional de calidad, el cual certifica que las pruebas practicadas a la sangre no eran reactivas, requisitos que en el caso que se examina según ella se cumplieron a cabalidad. Además, señala, el caso ya fue resuelto por la justicia ordinaria que encontró responsables tanto al dueño y director del banco de sangre como al donante, personas que fueron condenadas por los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de epidemia; de otra parte, afirma que le es imposible prestarle asistencia médica al actor dado que
--	--

	no ha celebrado ningún contrato con el Estado para atender pacientes que carezcan de recursos económicos, y es el Estado, dice, el que debe atender las necesidades del demandante dada su precaria situación. Por el contrario el demandante afirma que la clínica si incurrió en conductas negligentes que la obligan a prestarle atención médica, pues él carece de los medios que le permitan sufragar el costoso tratamiento que debe recibir dado lo avanzado de la enfermedad, primero porque era obligación de la demandada verificar la pureza de la sangre que le fue aplicada, y segundo porque debió informarle de la posibilidad de contagio de manera inmediata, esto es, una vez conoció que efectivamente la sangre estaba contaminada, lo que ocurrió en mayo de 1991 y hace inexplicable que solo hasta marzo de 1993 le hayan comunicado al respecto, pues, anota, todos sus datos estaban consignados en su historia clínica. Manifiesta, que tanto la pequeña Laura Viviana como el donante ya fallecieron a causa de la enfermedad, la primera en 1993 y el segundo en 1997. Aclara el apoderado del demandante, que si bien a la fecha de instauración de la acción de amparo la justicia penal ya había condenado tanto al donante como al director del banco de sangre, actualmente cursa una demanda civil por daños y perjuicios interpuesta por los padres de la menor fallecida contra la Clínica Palermo. Solicita que se condene a la demandada a suministrar asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria al actor, en forma gratuita y por el tiempo que sea necesario o por el tiempo de vida que a éste le reste, pues su estado de salud es crítico y ni él ni su familia cuentan con los medios necesarios para cubrir los gastos que demanda la situación que afronta, la cual, afirma, se originó en la transfusión de sangre contaminada con el virus del sida que se le practicó en la clínica Palermo.
Problema Jurídico	El problema práctico radica, respecto de la viabilidad de la acción de tutela para el caso particular y concreto la primera instancia denegó el amparo solicitado al existir otros medios legales mientras que la segunda instancia revoca la citada decisión del a-quo y concede transitoriamente la protección de los derechos fundamentales del accionante.
Ratio Decidendi	En primer lugar es claro que la acción de tutela es una institución jurídica que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en este sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva. Sin embargo, aduce la corte que el sida es hasta ahora una enfermedad mortal que ocasiona un deterioro progresivo del paciente, el cual requiere de cuidados

	y medicamentos especializados, no sólo para mejorar su estado sino para evitarle graves y prolongados sufrimientos. Esos cuidados, que se traducen en la necesidad de oportunos tratamientos médicos dada la inminencia del peligro que tiene el paciente de generar otras patologías, son en el caso que se revisa, dada la gravedad la enfermedad, de carácter urgente, configurándose claramente el perjuicio irremediable para el actor si no se protegen sus derechos a la salud y a la vida, pues esperar la decisión judicial que deberá adoptar el juez ordinario, para decidir si la demandada tiene o no responsabilidad en el caso, sencillamente implicaría para éste el riesgo de morir sin haber sido debida y oportunamente asistido, dado que sus condiciones físicas y económicas no le permiten asumir los gastos que ocasionan esos tratamientos. En el caso analizado media un controversia de orden legal que deberá dirimir el juez ordinario, a través de la cual se pretende probar que en su caso esa responsabilidad es de la accionada, sin que pueda admitirse que la protección de su derecho fundamental a la vida quede supeditada y postergada a la definición de ese litigio
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial de segunda instancia que concede el amparo transitorio de sus derechos fundamentales al accionante.

Nº Sentencia	SU 039/1998
Presidente de la Sala	Antonio Barrera Carbonell
Hechos	La demandante, de 64 años de edad, al momento de instaurar la acción se encontraba afiliada al Plan Magenta de Salud COLMENA- Medicina Prepagada S.A., mediante contrato colectivo ofrecido por la Universidad Javeriana, con vigencia a partir del 15 de julio de 1994 (No. 300215-031), en el cual se determinaron las siguientes exclusiones por preexistencias: várices en las extremidades inferiores, cistorectoceles y artritis. Adicionalmente, presentaba, para esa misma fecha, una vinculación al Plan Obligatorio de Salud con Salud COLMENA desde el mes de mayo de 1995, según certificación del Director de Operaciones P.O.S. de esa entidad. En noviembre y diciembre de 1.996, la accionante fue hospitalizada por una pericarditis viral e insuficiencia renal crónica y por un derrame pleural; en ambas oportunidades, se le brindaron los servicios médico-asistenciales necesarios en virtud del contrato de medicina prepagada vigente con Salud COLMENA. El 27 de enero de 1.997 al presentársele algunas dolencias diagnosticadas por Salud COLMENA como “estado edematoso secundario e insuficiencia renal crónica”, no obtuvo la autorización por parte de esa empresa para su hospitalización, quien adujo que la pericarditis y el derrame pleural, anteriormente evidenciados, eran consecuencia directa de la artritis reumatoidea que padecía la usuaria desde hacía más de 20 años, según constaba en la hoja clínica, enfermedad catalogada dentro del grupo de preexistencias, previa y contractualmente excluida en el contrato de medicina

	prepagada y que, además, la insuficiencia renal crónica se derivaba del tratamiento que durante ese tiempo había recibido por la mencionada artritis. Dada la sistemática negativa de Salud COLMENA para atender a la señora García de Bernal, que en términos de la misma deterioró su salud hasta el punto de no poderse mover por sus propios medios, requiriendo por ende con urgencia el tratamiento médico apropiado para sus padecimientos, la actora presentó acción de tutela contra esa entidad reclamando la protección de los derechos ya mencionados. Como sustento de la misma, señaló que no existe en la historia clínica la constancia de un análisis minucioso del líquido pleural extraído que permita determinar el origen de la enfermedad. De esta manera, en su concepto, sin mayores elementos de juicio y de manera apriorística, la entidad demandada atribuyó el derrame pleural a una artritis reumatoidea con el fin de hacer válida la preexistencia que la exoneraba de las obligaciones contraídas con ella, dejándose de investigar otras posibles causas de la enfermedad, y que posiblemente le hubieran permitido acceder a los servicios médicos requeridos, que tuvo que solicitar mediante la formulación de la referida acción.
Problema Jurídico	En el asunto materia de revisión que debe adelantar la Corporación, se busca determinar si existió un quebrantamiento de los derechos a la vida, integridad personal, salud, seguridad social, protección y asistencia a las personas de la tercera edad invocados por la actora, en consideración a la renuencia de la empresa Salud COLMENA, con anterioridad a la formulación de la acción de tutela, a prestarle los servicios médico-asistenciales requeridos, aduciendo la vigencia de preexistencias contractuales previamente acordadas, en el plan complementario de medicina pagada celebrado entre las partes.
Ratio Decidendi	Se manifiesta por la que el ordenamiento constitucional en vigor consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador. Dentro de las distintas actividades que integran la seguridad social, la atención en salud constituye un objetivo fundamental como derecho de reconocimiento superior, dirigida a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, que para su prestación,

	igualmente, adopta la forma de un servicio público a cargo del Estado, en forma directa o a través de entidades privadas, debiendo organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al lado del deber de cada individuo de procurarse el cuidado integral necesario de su salud y la de su comunidad. Comoquiera que la celebración de un contrato de esa clase (de servicios suscrito por una entidad de medicina prepagada y una persona) se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas. Son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aún cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que se le reconoce a esta clase de contratación. En el curso del contrato no es posible que la compañía de medicina prepagada modifique los términos del mismo en forma unilateral, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, con el propósito de deducir la presencia de una preexistencia durante la ejecución del contrato, excepto que se haya configurado una actuación originada en la mala fe del usuario.
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que concede el amparo de la parte actora.
Nº Sentencia	SU 225/1998
Presidente de la Sala	Vladimiro Naranjo Mesa

Hechos	Al momento de la instauración de la acción de tutela, las autoridades de salud no estaban implementando campañas articuladas de prevención o inmunización contra las bacterias habituales que producen la meningitis; en el mercado existen vacunas eficaces contra los dos tipos más comunes de meningitis bacteriana, a pesar de que una de ellas sólo produce resultados seguros en niños mayores de 5 años; en el país no se conocen estudios confiables sobre el impacto de la enfermedad, su localización, el porcentaje de la población inmunizada, las zonas de mayor riesgo, las tasas de letalidad y la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existente; en los actores confluyen factores de riesgo que los convierte en un núcleo de población altamente susceptible de contraer la enfermedad; se trata de familias de bajos ingresos, que no se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, no gozan de subsidio alguno para la obtención de la vacuna; el costo de la vacuna en el mercado, resulta desproporcionado en comparación con el nivel de ingresos de los actores; los síntomas de la enfermedad no son fácilmente diagnosticables y las secuelas son más graves entre más tarde se aplique el tratamiento médico. En consecuencia, puede afirmarse que un menor no cubierto por la red del sistema de salud, puede terminar sufriendo secuelas irreversibles y devastadoras; en general, las secuelas de la enfermedad pueden ser de tal magnitud que tienen la virtualidad de transformar a una persona plenamente capaz en un incapacitado físico o psíquico permanente. Como se indica en los antecedentes, las secuelas más frecuentes de las meningitis bacterianas son las siguientes: (a) Reducción o pérdida de la función de órganos de los sentidos (hipoacusia, sordera, alteraciones visuales, ceguera etc.); (b) Reducción o pérdida de las funciones motoras (plejías o paresias) de una, dos o las cuatro extremidades; (c) Reducción o pérdida de las funciones intelectuales de diverso orden (aprendizaje, lenguaje, expresión corporal, entre otras); (d) Reducción o pérdida de las funciones de control de esfínteres; (e) Crisis convulsivas de diverso tipo (epilepsias); (f) Reducción o pérdida de la circulación del líquido cefalorraquídeo, expresada en hidrocefalia de diversos grados; (g) Reducción o pérdida del tejido neuronal con formación de lesiones quísticas que reemplazan el tejido nervioso perdido. Los hechos que motivaron la interposición de la acción suscitan una obligada reflexión constitucional en torno a la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta. En efecto, los menores en cuyo nombre se solicita el amparo constitucional, hacen parte de sectores históricamente marginados de la población, circunstancia que no puede pasar desapercibida a la luz de la cláusula precitada y que, necesariamente, debe ser estudiada para poder adoptar la presente decisión.
Problema Jurídico	el problema que debía resolverse en el caso sometido a su conocimiento consistía en determinar si, a la luz de la Constitución Política, era pertinente disponer la vacunación masiva y gratuita de los hijos de los actores.

Ratio Decidendi	Aduce la corte que en el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen. Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. Según el artículo 13 de la C.P., el "Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados". Le corresponde al Legislador, en primer término, ordenar las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia. Las leyes en este campo suelen imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo. La miseria extrema, colocan a muchas personas por fuera del circuito económico. La escasa cobertura de los servicios del Estado, además, puede determinar, en este caso, que estos sujetos terminen por perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad. Aquí se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas. A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos
----------------------------	---

	aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a un función que en los términos de la Carta es perentoria.
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que concede el amparo de la parte actora de los padres en condición de debilidad manifiesta en materia económica para el pago de las vacunas a cargo del Estado.

Nº Sentencia	SU 562/1999
Presidente de la Sala	Eduardo Cifuentes Muñoz
Hechos	El solicitante Oscar Quintero pide atención para él y sus beneficiarios. En los registros del ISS, Quintero no solo aparece como trabajador de Quintex, sino también figura como trabajador de la empresa “Cooperativa de trabajo asociado de Colombia”. Sus beneficiarios no están en los listados del ISS. Es más, en el caso concreto de Cali, el ISS ordenó atender a los trabajadores de Quintex, favorecidos por numerosos fallos de tutela, con la advertencia de que se levantaría factura especial para el recobro a la empresa y Quintero no figura dentro de los favorecidos. Tampoco hay prueba alguna de que requieran atención médica ni el solicitante ni los presuntos beneficiarios. Por el contrario, en el expediente sí hay referencia de no atención a otras personas que no son beneficiarios de Oscar Quintero, (Ayda Arango, Luz Stella Mejía, Blanca Castaneda, Mariela Delgado) pero respecto de ellas no se instauró la tutela. Se agrega que contra ISS se propusieron en Cali muchas tutelas, prosperando casi todas. Una de ellas, fallada el 27 de agosto de 1998 por el Juzgado Segundo Laboral de esa ciudad, favoreció a decenas de trabajadores de Quintex, pero no a Quintero. De ahí que el ISS les ha venido prestando el servicio médico a quienes han obtenido sentencia de tutela favorable.
Problema Jurídico	El derecho a la salud para la generalidad de las personas y para los trabajadores dependientes en particular
Ratio Decidendi	Manifiesta la Corte que la doctrina ha considerado que en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental. La jurisprudencia colombiana, sigue esta orientación, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada cabe la acción de tutela. Con este punto de apoyo garantista la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege muchos casos en relación a la prestación del servicio de salud. El principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre

	en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la "garantía de la seguridad social" establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P. que, para efectos de los contratos suspendidos de trabajo tiene un argumento adicional en la ley 222 de 1995. En la legislación colombiana, aunque el empleador se halle en proceso de concordato no podrá suspenderse la seguridad social en salud a los trabajadores. Aunque no se mencionen en el artículo los casos de liquidación obligatoria esto no borra los principios de los servicios públicos, uno de ellos muy importante: la continuidad, ni menos el principio de garantizar la seguridad social establecido en el artículo 53 de la C.P. Por supuesto que, emanando la prestación del servicio de la relación laboral, lo correspondiente a dicho servicio es crédito privilegiado.
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que concede el amparo de la parte actora
Nº Sentencia	SU 819/1999
Presidente de la Sala	Eduardo Cifuentes Muñoz
Hechos	Desde el primero de marzo de 1995 se encuentra afiliado a Salud Colmena EPS como cotizante y en calidad de beneficiarios incluyó a sus tres hijos (entre ellos a Alejandro), a su esposa y a la madre de ésta. Que desde mediados del año pasado, su hijo Alejandro presentó quebrantos de salud, razón por la cual acudió a los médicos de la EPS para que verificaran su posible enfermedad y el tratamiento que se debía seguir. Fue así como la doctora Martha Patricia Vizcaino, médica adscrita a la EPS Salud Colmena, diagnosticó que el niño padecía de la enfermedad denominada “Leucemia Mieloide Crónica”, siendo necesario para preservar su vida, la realización de un transplante de médula ósea con donante no relacionado, igualmente denominado transplante heterólogo (en cuyo caso el donante es un tercero). Este transplante es diferente al autólogo, pues en él se utiliza la médula del mismo paciente, el cual se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud que corresponde prestar a la EPS. Que el transplante heterólogo con donante no relacionado, según certificaciones de los médicos Martha Patricia Vizcaíno y Enrique Pedraza, no se realiza en Colombia por cuanto no se cuenta con la tecnología adecuada. Es así como en la Resolución 5261 de 1994, que fija los procedimientos que deben prestar las EPS dentro del POS no se contempla este tipo de transplante, precisamente por no existir en Colombia la tecnología requerida.

	Que mediante comunicación del 12 de marzo de 1999, Salud Colmena le informó la imposibilidad en que se encontraba para realizar el transplante heterólogo, por no contar en Colombia con la tecnología necesaria, resaltando que si se tratara de un transplante autólogo o heterólogo con donante relacionado, lo asumiría sin dilación alguna. Así mismo, precisó la normatividad en la cual se fundamentaba para negar el transplante requerido, manifestando su disponibilidad de asumir el valor correspondiente al transplante incluido en el POS, y que sería el que por ley tendría que asumir, considerando que su campo de acción se limita estrictamente al señalado en la ley, conforme delegación que el Estado le hiciera en la prestación del servicio público de salud. Que tiene conocimiento que este tipo de transplante heterólogo puede ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmigham en Alabama, EEUU, y que su costo podría ascender a la suma de U\$371.740.00, según cotización anexa, valor que no podría conseguir ya que no cuenta ni podría contar nunca con los recursos económicos necesarios para sufragarlo. Que de no efectuarse el transplante sugerido por el médico tratante a la mayor brevedad, la consecuencia inmediata sería la muerte del menor Alejandro. Teniendo en cuenta la urgencia de conservar a toda costa la vida de su hijo, y la imposibilidad de realizarle el transplante requerido en el país con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud, el accionante se encuentra en la agobiante necesidad de demandar el amparo del Estado, quien debe garantizar el derecho fundamental a la salud y a la vida de los niños, conforme a los principios consignados en la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional. Que obra comunicación dirigida al Presidente de Salud Colmena, en la cual le manifiesta que en la actualidad uno de los médicos tratantes de su hijo al descartar la posibilidad de que al niño se le practicara un transplante de médula ósea en Colombia por las particulares características de su enfermedad y la no existencia en el país de un banco de donantes que pueda proveer la médula, nos puso en contacto con el Hospital de la Universidad de Birmigham a donde se han enviado los estudios realizados en el país a su hijo, para que en ese centro de salud le sea practicado al niño el transplante que posiblemente garantizará su mejoría y en consecuencia le permita seguir viviendo. En virtud de lo anterior, el actor solicita que se ordene al Estado - Ministerio de Salud, quien es el primeramente responsable de la atención del servicio esencial en salud, de acuerdo con los artículos 44 y 48 de la Constitución, la realización del tratamiento requerido por su pequeño hijo en el exterior, así como los demás gastos de estadía y desplazamiento al exterior para su hijo y para él como padre o para la madre, y así mismo, que se ordene a SALUD COLMENA reembolsar al Estado el valor equivalente al tratamiento contemplado en la Resolución 5261 de 1994, para transplante heterólogo de
--	---

	médula ósea con donante no relacionado, de manera que coadyuve en la parte correspondiente al valor del tratamiento que se realiza en Colombia y que se encuentra contemplado en el POS..
Problema Jurídico	Determinar el alcance del principio de Solidaridad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
Ratio Decidendi	Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico” Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal” y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado” La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 335 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que éstos deben hacer a la seguridad social. No obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del

	Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad. No puede desconocerse que la remisión de pacientes al exterior aunque pueda convertirse en una posibilidad que les permita a éstos la recuperación de su salud o al menos la prolongación de su vida, en la medida en que los tratamientos y procedimientos que habrán de ser practicados en el exterior implican costos muy elevados, y que los recursos del Estado para responder con su obligación de proporcionar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de salud son limitados, pone en grave riesgo el acceso de la población a los servicios de salud, así como la garantía y la defensa de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social. Por ello, el legislador, en la Ley 508 de 1999, estableció una serie de requisitos que son de ineludible y obligatorio cumplimiento, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, que se convierten en necesarios para garantizar los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general, así como los específicos que rigen el sistema de seguridad social en salud -la eficiencia, universalidad y solidaridad.
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que concede el amparo de la parte actora

Nº Sentencia	SU 1554/2000
Presidente de la Sala	Fabio Moron Díaz
Hechos	Manifiesta el peticionario, que su hijo John Mario González suscribió con Colsánitas S.A. un contrato de medicina prepagada cuya vigencia inició a partir del primero (1) de marzo de 1993, y en el cual fue incluido el accionante en calidad de beneficiario a partir del primero (1) de diciembre de 1993. Desde el momento de la afiliación hasta la fecha de iniciación del presente proceso de tutela, afirma, han sido canceladas ininterrumpidamente todas y cada una de las cuotas que se estipularon en el contrato. Señala que solicitó a la entidad demandada la prestación de los servicios médicos necesarios para tratar la diabetes que sufre desde hace algunos años. Afirma que la entidad se negó a prestarle los servicios solicitados alegando una preexistencia, a pesar de que él no había declarado enfermedad preexistente alguna a la suscripción de este contrato. Además, asevera, que en ejercicio del derecho de petición, solicitó a Colsánitas S.A. la autorización para la prestación de los servicios requeridos, sin que nunca hubiera recibido respuesta. En consecuencia, el actor solicita la urgente atención médica y que se le practiquen los exámenes médicos de laboratorio y medicina necesarios para su pronta recuperación, así como el trasplante de riñón que requiere. Manifiesta que la negativa y la omisión de la entidad demandada han puesto

	en grave peligro su vida, vulnerando también sus derechos a la salud, a la seguridad social y de petición.
Problema Jurídico	De forma complementaria y alternativa al sistema de seguridad social en salud, se encuentra el servicio de Medicina Prepagada, definido como “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas (...), para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordada” (D.R. 1486 de 1994, art. 1). Cabe agregar que este sistema -el de medicina prepagada- fue instituido mediante la expedición de la Ley 10 de 1990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria, bajo la intervención del Estado. Prima el derecho de actividad económica de la entidad o de salud del paciente.
Ratio Decidendi	Esta Corporación, al referirse a la naturaleza del servicio, ha dicho que “en principio estamos en presencia de una actividad económica [la de medicina prepagada], pues unas empresas e instituciones prestan unos determinados servicios, en general con el fin de obtener unas utilidades”. No obstante su carácter empresarial, esta actividad no es de cualquier tipo pues por medio de ella algunas entidades prestan servicios de salud a los usuarios que contraten con ellas. Este tipo de prestación del servicio de salud es específico debido a la modalidad del prepago, pues ella implica mayores riesgos para los usuarios del sistema. Así, cuando un cliente cancela un servicio ya prestado, su necesidad de atención de salud ha sido satisfecha. En cambio, en la medicina prepagada existe siempre el riesgo de que la persona abone la tarifa pero no pueda acceder al servicio de salud al cual tiene derecho según el contrato, pues si la entidad entra en crisis por no haber efectuado manejos financieros adecuados el cliente queda desprotegido. En suma, puede decirse que la naturaleza del servicio de medicina prepagada está determinada por dos supuestos fundamentales: 1.) El ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro del marco constitucional y legal; y 2.) La prestación de un servicio público, como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, a través de la Superintendencia Nacional de Salud. Esta Compañía, siguiendo la jurisprudencia de la Corte antes citada, estaba en la obligación de realizar el correspondiente examen de ingreso o admisión, precisamente, con el único fin de establecer, desde el mismo momento de la afiliación, cuáles serían aquellas enfermedades y dolencias físicas que, por ser anteriores al negocio jurídico a celebrar, iban a constituir preexistencias y, por tanto, a quedar excluidas del catálogo de servicios médicos ofrecidos. En consecuencia, al no haberse practicado dicho examen y no haberse definido de manera expresa la preexistencia alegada, Colsánitas S.A. no podía, unilateralmente, proceder a modificar o alterar los términos del contrato suscrito, sustrayéndose al cumplimiento de la obligación inicialmente contraída.

Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que niega el amparo a la parte actora debido a que la entidad no ha dejado de suministrar el servicio al accionante de acuerdo a las pruebas practicadas dentro del proceso
-------------------	---

Nº Sentencia	SU 508/2001
Presidente de la Sala	Alfredo Beltrán Sierra
Hechos	La Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., como asegurador, y Salud Total E.P. S., como asegurado, contrataron unas pólizas de reaseguro por un año, a partir del 1° de diciembre de 1998, hasta el 30 de noviembre de 1999, para cubrir enfermedades de alto costo de personas usuarias de dicha E.P.S. y pertenecientes tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado. La EPS: Salud Total S. A., ante la ocurrencia de los siniestros cobijados por la póliza, referentes a tales enfermedades de alto costo, presentó al asegurador el listado de enfermos, la cuantía del costo de tratamiento, la atención en diferentes IPS y con base en estas informaciones hizo las reclamaciones en varias oportunidades. Es así como se mencionaron expresamente un gran número de personas, pero la aseguradora, presentó en la diligencia de inspección un listado en el cual sólo aceptó dentro de la relación a las siguientes personas (algunas de ellas mencionadas varias veces por corresponder a distintas facturas de tratamiento) Se indicó cuáles enfermedades padecían dichas personas, entre otras, las siguientes: angioplastia coronaria, problemas arteriales, cierre de comunicación interauricular, pretermino gemelo, angina, cáncer en distintas partes del cuerpo, encefalopatías, insuficiencia renal crónica, hipertensión pulmonar, insuficiencia cardio-respiratoria, infarto agudo del miocardio, pancreatitis aguda, aneurismas, cardiopatía isquémica, nefropatía lupica, quemaduras de II y III grado, bloque avanzado, , efectos asmáticos, angina inestable, valpulopatía aórtica, neumonía neonatal, etc. Igualmente se estimó por Salud Total EPS, tanto el costo del tratamiento de cada una de las personas, individualmente consideradas como el costo global que se contabilizó en la cantidad de:\$1.704'135.740,oo Pese a las frecuentes reclamaciones de Salud Total E.P.S. solicitando la entrega de la cantidad de dinero antes indicada, no ha habido respuesta concreta porque los bienes de dicha Aseguradora fueron tomados en posesión por la Superintendencia Bancaria, se entró en proceso de liquidación y hasta la fecha la liquidadora se ha abstenido de entregar los recursos a que la EPS accionante tiene derecho. Se le ha dicho a Salud Total E.P.S. que se le entregará lo debido en el momento que el Código de Comercio señala, porque se trata de un “siniestro” ubicable dentro de la “obligación-pasivo”. Aparece en el expediente la manifestación expresa de la liquidadora (comunicación dirigida a la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 2000) donde resume el criterio de la compañía de seguros. así :

	“O sea que se tuvo en cuenta que dentro del desarrollo del objeto social de una compañía aseguradora de vida, en primer término se debe respetar el ahorro de los seguros de vida, como bienes excluidos de la masa de la liquidación o de lo que comúnmente se denomina la no masa, porque sería injusto pagar obligaciones pasivas de la aseguradora en liquidación con bienes que le pertenecen a terceras personas. Acto seguido, es decir después de restituir la no masa, se entran a pagar las acreencias provenientes de los negocios de la aseguradora y en primer término las acreencias de los siniestros aceptados. Solamente le preceden los créditos laborales y los fiscales. Es así como la tutelante, Salud Total S. A. presentó su reclamación de acreencias radicada bajo el # 510-2058, la cual fue aprobada y la accionada procederá a cancelar dichos valores de rescate a los seguros de vida”. (Subrayas fuera de texto). Se pide en la tutela que se le ordene a Seguros Atlas de Vida S. A. que reintegre las sumas adeudadas a Salud Total E.P.S., como “recursos de la seguridad social necesarios para el cumplimiento de las obligaciones delegadas a la entidad promotora, dada su destinación específica y naturaleza parafiscal”. Es decir, que Salud Total E.P.S. aspira, mediante tutela, a recibir “en el término de 72 horas” el dinero que según Seguros Atlas de Vida S. A. se le entregaría en un futuro no cercano. En el hecho 5° de la solicitud de tutela se expresa exactamente el objetivo de la acción de tutela y así lo ha admitido la sentencia de la Corte Suprema, objeto de la presente revisión: “Conforme a lo expuesto, se encuentra vulnerado el derecho a la seguridad social y a la salud de la EPS, en los términos previstos por el artículo 48 de la Constitución Política, cuya prestación le corresponde a Salud Total E.P.S. Igualmente, se vulnera el derecho a la vida de los afiliados de la institución que represento, en la medida en que se desvían recursos de la seguridad social a otros fines, con el claro desconocimiento de los mandatos constitucionales y legales, y en especial, como posteriormente se demostrará, de la jurisprudencia constitucional
Problema Jurídico	a. Si las indemnizaciones provenientes de siniestros amparados por pólizas de reaseguro en enfermedades de alto costo se pueden o no considerar como recursos parafiscales y si pueden variar o no el orden de prelación legal en los procesos de liquidación administrativa forzada. b.Cuál es la importancia de proteger el equilibrio financiero de una EPS, en relación con los usuarios del sistema de seguridad social en salud.
Ratio Decidendi	Indica la Corte que el contrato de reaseguro de enfermedades de alto costo, si bien se rige por las normas comerciales, no pierde su finalidad de mecanismo para reasegurar enfermedades ruinosas o catastróficas lo que lo conecta con el

	derecho a la salud. Los recursos que se paguen preferentemente en el proceso de liquidación forzada a las EPS tienen como destinación específica la de pagar a las IPS el valor de los servicios que han prestado. Esto significa que se trata de recursos vinculados a la Seguridad Social que no pueden dedicarse a otro objeto. Luego, si las indemnizaciones provenientes de un contrato de reaseguro en enfermedades de alto costo no se pagan, el Sistema de Seguridad Social debe proveer los recursos pertinentes porque de lo contrario habría un detrimento del derecho de los afiliados. Con la advertencia de que los dineros provenientes de las indemnizaciones por siniestros ocurridos en contratos de reaseguros de enfermedades de alto costo no ingresan al patrimonio de las EPS, porque son recursos para la salud. Los dineros reconocidos por siniestros de enfermedades de alto costo por Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no tienen el carácter de parafiscales, sino que son el producto del cumplimiento de un contrato de reaseguros que se rige por las normas del Código de Comercio.
Sentencia.	Confirmar la sentencia judicial que niega el amparo a la parte actora debido a que la parte actora no tiene legitimación en la causa.

Nº Sentencia	SU 623/2001
Presidente de la Sala	Alfredo Beltrán Sierra
Hechos	El 30 de mayo de 2000, el señor César Augusto Medina Lopera interpuso una acción de tutela ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín contra Comfenalco E.P.S. En su criterio, la entidad demandada vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social, así como sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al negarle su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud. El actor manifiesta que el día 12 de enero de 2000 solicitó a Comfenalco E.P.S., su afiliación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, en su calidad de compañero permanente de John Jairo Castaño Suescún, cotizante de la mencionada E.P.S. Indica que si bien anexó los documentos exigidos por dicha entidad para tal fin, incluida la declaración notarial juramentada con dos testigos en la que consta que convive con el señor Castaño Suescún desde noviembre de 1994, el 15 de enero de 2000, la entidad demandada le comunicó que su solicitud de afiliación había sido negada. Expresa que luego de conocida tal determinación, en comunicación de enero 19 de 2000 John Jairo Castaño, el cotizante, solicitó a las directivas de Comfenalco E.P.S. que le informaran por escrito los motivos por los cuales se le negó la solicitud de afiliación de su compañero. El 1 de febrero, sostiene el demandante, la entidad respondió que de acuerdo con la Constitución y la ley, la unión marital de hecho sólo se puede predicar para las uniones formadas entre personas hete-rosexuales y, en consecuencia, el derecho de afiliación a servicios de salud como beneficiarios de compañeros permanentes no puede extenderse a uniones entre homosexuales.

	Luego de recibir la anterior comunicación, el demandante solicitó al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales invocados y, por lo tanto, que se ordenara a la E.P.S. demandada la aceptación de su vinculación como beneficiario al sistema de seguridad social en salud. Mediante escrito de junio 16 de 2000, el apoderado judicial de la Caja de Compensación Familiar, Comfenalco Antioquia, Programa E.P.S., manifiesta que no es cierto que se hayan vulnerado los derechos fundamentales del actor ya que la entidad tutelada ha actuado dentro del marco legal establecido.
Problema Jurídico	El problema jurídico central que pasa a resolver la Corte en este caso es el siguiente: ¿se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad al no permitir que una persona acceda al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive?
Ratio Decidendi	Las disposiciones legales que determinan quienes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a “el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo –“cobertura familiar”-, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Para confirmar esto basta con acudir a la definición que da la misma Constitución del concepto de familia. La regulación legal del acceso a la seguridad social por parte del Estado debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, en los términos establecidos en la ley. La universalidad implica que la cobertura deba extenderse paulatinamente a una población cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión de la cobertura no pueden aceptarse como constitucionalmente válidas las discriminaciones hacia sectores determinados de la población. Así, por ejemplo, constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, la negativa de una entidad de afiliar a una persona en razón de su orientación sexual. Sin embargo, no por ello la orientación sexual debe constituirse necesariamente en un criterio de valoración para determinar hacia dónde debe ampliarse la cobertura del servicio de seguridad social en salud. El juicio que hace el juez constitucional sobre los criterios de valoración definidos por el legislador debe tener en cuenta el contexto específico del problema de distribución respectivo. Esto significa que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados –en este caso los homosexuales que se encuentran haciendo vida de pareja- en la asignación de ciertos beneficios –la afiliación como beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud-, no necesariamente comporta una vulneración del derecho a la igualdad. Ello se debe a que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación. En estos casos de marginación

	social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio –estar haciendo vida de pareja- resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados –igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud-. En materia de seguridad social, la multiplicidad de los criterios de valoración que puede tomar en cuenta el legislador llevan a que el análisis del juez constitucional deba ser de menor rigor, puesto que existen consideraciones de orden económico, presupuestal y demográfico que implican también la necesidad de aumentar el cubrimiento de manera responsable, de tal forma que se asegure la continuidad en el servicio. En sentencia de la Corte decidió aplicar un test débil de igualdad. Con la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no se está contradiciendo el principio de universalidad que informa el sistema de seguridad social en salud, ni se los está excluyendo con fundamento en su orientación sexual, pues existen diversas formas de incorporarse al sistema. Además del de beneficiarios del régimen contributivo, cualquier persona puede afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo, si tiene la capacidad de pago, al régimen subsidiado si carece de ellos, o de no estar dentro de estas dos categorías, en todo caso podría estar vinculado al sistema sin atención a su orientación sexual. La ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la “orientación sexual de una persona” lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - “como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante”, no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad.
Sentencia.	DENEGAR la tutela para la protección de los derechos a la igualdad, a la seguridad social

Nº Sentencia	SU 1167/01
Presidente de la Sala	Alfredo Beltrán Sierra
Hechos	Doris Fabiola Reinoso Barroso, quien es hija de Esteban Reinoso, pensionado de Colombian Petroleum Company, disfrutaba de servicios de asistencia médica por parte de la mencionada empresa, en calidad de beneficiaria de su padre, pues, existe dependencia económica respecto de este, por cuanto, a pesar de ser mayor de edad, sufre esquizofrenia paranoide. El día 8 de abril de 1999, nació Lina María Reinoso Barroso, hija de Doris Fabiola Reinoso. Como consecuencia de dicho nacimiento, le fue suspendido el servicio de asistencia médica a Doris Fabiola Reinoso. El 27 de enero de 2000, en respuesta a petición elevada por Esteban Reinoso, Colombian

	Petroleum Company le indicó la razón por la cual la hija fue excluida del servicio médico: “Al tener Doris Fabiola un hijo, es de suponer que deja de existir la dependencia económica que llevaba, por estar alguien diferente a su padre viendo de sus gastos, ya que partimos de la base que ha formado una familia con el padre del niño”. El 10 de febrero de 2000, el padre de Doris Fabiola le comunicó a la demandada que la hija no había conformado familia alguna y que, además, desconocían quien era el padre del menor: “Me permito manifestarle muy respetuosamente que mi hija no ha formado familia aparte ya que el padre de su hijo no se conoce ni sabemos quien pudo ser, esto debido a los motivos de su mismo estado mental no hemos podido saberlo”. El día 12 de diciembre de 2000, Esteban Reinoso interpone acción de tutela en contra de Colombian Petroleum Company, por considerar que la negativa en mantener el carácter de beneficiaria de Doris Fabiola (su hija) le viola sus derechos constitucionales a la vida y a la salud, pues, por su enfermedad, su estabilidad y salud dependen del continuo suministro de medicamentos. Así mismo, considera contrario a la Carta que se hubiera excluido a la niña Lina María Reinoso. Asegura que acudió en varias ocasiones ante la demandada, quien nunca tuvo en consideración sus argumentos. El juez de instancia, solicitó al Instituto de Medicina Legal que realizara una “valoración psiquiátrica forense”. En el informe rendido por el perito, este concluye que: 1. “La examinada DORIS FABIOLA REINOSO BARROSO, presente clínicamente una Esquizofrenia paranoide, de evolución crónica. 2. Esta entidad clínica, en esta paciente le impide autodeterminar su conducta en el momento del peritazgo. 3. No está en condición de disponer de sus bienes. 4. No está en capacidad de autoabastecer sus necesidades básicas primarias. 5. Debe tener en forma permanente tratamiento psiquiátrico especializado” (Subrayado en el original). Mediante memorial remitido al juzgado de instancia el día 15 de enero de 2001, la empresa expuso su posición frente a las pretensiones de la demanda. En primer lugar, señala que, dado que el padre de Doris Fabiola Reinoso es
--	---

	pensionado y que está afiliado al Seguro Social, ella está amparada por dicha entidad, como beneficiaria mientras dure su invalidez. El padre, estima la demandada, ha debido incluirla dentro del grupo familiar. En relación con la desvinculación de Doris Fabiola y la carta que envió el padre de la misma el día 10 de febrero de 2000, sostiene que “Como consta en la anterior carta, en ningún momento, se nos informaron los hechos supuestamente trágicos sobre los cuales quedó en embarazo la señora Reinoso Barroso, ni cabía interpretación alguna en ésta carta para colegir la situación en la que se encontraba la señora Doris Fabiola Reinoso, por lo cual no teníamos por qué modificar nuestra idea acerca de su situación y era común pensar que con el nacimiento de su hija, ésta se encontraba dependiendo del padre de la neonata. Para lo cual tal como lo establece la ley, los servicios médicos, quedarían a cargo de este último. Es claro, que en mi papel de liquidador principal, tengo que velar por el buen destino de los fondos del capital público representados en la participación accionaria de Ecopetrol, y siendo esta materia tan delicada, no puedo sostener gastos injustificados que afecten el equilibrio financiero que cubre a la empresa, y tal como lo expreso en el siguiente acápite, no existe norma alguna que me indique el que debo prestar los servicios de salud a los nietos de los jubilados de cualesquiera de las filiales de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL.” Finalmente, señala que no existe prueba alguna sobre los hechos mencionados en la carta del 10 de febrero de 2000. De ello, sostiene, se desprende que no existe “claridad sobre la dependencia económica” de Doris Fabiola Reinoso, que no es cierto que se hayan vulnerado los derechos fundamentales del actor ya que la entidad tutelada ha actuado dentro del marco legal establecido.
Problema Jurídico	Resultan dos problemas del presente caso, en primer lugar si resulta constitucionalmente válido suspender el servicio de salud que recibe una persona, en calidad de beneficiaria dependiente económicamente del afiliado, por el mero hecho de suponer que, al tener un hijo, conformará familia y que el padre del menor cubrirá sus necesidades en la materia. De otra, le corresponde a la Corte determinar si la entidad demandada, en caso de que el anterior problema sea resuelto negativamente, está en la obligación de atender al nieto del afiliado o si se trata de una carga que, por razón de la dependencia económica, la invalidez de la hija y el hecho de ser un nieto producto de una relación sexual no deseada, debe ser asumida por el pensionado.
Ratio Decidendi	Los beneficios de salud que se brindan a los pensionados de ECOPETROL y sus filiales son de origen convencional. En este orden de ideas, no es posible extender a personas distintas de las previstas en dicho acuerdo de voluntades los beneficios en él incorporados. Por lo tanto, dado que no existe (o no se ha

	probado la existencia, carga que le corresponde al demandante) norma alguna que obligue a Colombian Petroleum Company a extender los servicios de salud a los nietos de sus pensionados, la Corte no puede disponer dicha extensión. La postura de la Corte en dicha oportunidad (Sentencia T-1642/00), que en nada contradice la expuesta en esta ocasión, se centra en la restricción inconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la amenaza de perder los beneficios de salud reduce las opciones reales para realizar su proyecto de vida. Así mismo, apoyándose en jurisprudencia de esta Corporación, se llega a la conclusión de que no existe razón alguna para suponer independencia económica por el mero hecho del matrimonio, lo que de suyo implica que la maternidad tampoco la genera. En suma, la Corte llega a la misma conclusión que se desarrolla en esta decisión: las razones para la suspensión del servicio, implican una violación a la igualdad y una restricción de la autonomía personal. En consecuencia, si por el hecho de ser madre, como lo prevé el reglamento de ECOPETROL, se le suspenden los beneficios adquiridos en su condición de hija de un trabajador de la empresa, esa suspensión constituye una sanción que va a afectar indudablemente el derecho de esa persona al libre ejercicio de su personalidad, es decir, a la posibilidad de buscar y de encontrar su propia opción de vida personal. Por tanto, resultan inconsecuentes los alcances del mencionado reglamento con los beneficios que percibe la accionante, que han surgido en razón del vínculo con el grupo familiar y su situación económica, y no por su condición de madre, pues jamás esta situación puede servir de excusa para excluir a una mujer del ejercicio de un derecho fundamental. Bien lo ha dicho la Corte en la sentencia transcrita que, “la mujer tiene iguales derechos a los del hombre y no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad (...) la norma legal que asocia a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación de sujeto, que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación, como quiera que nada tiene que ver el interés general con las decisiones”.
Sentencia.	La Corte Revoca la sentencia que deniega los derechos de la parte actora y Ordena a COLOMBIAN PETROLIUM COMPANY que, en el término de 48 horas, restablezca el servicio médico a Doris Fabiola Reinoso Barroso

Nº Sentencia	SU 636 / 2003
Presidente de la Sala	Eduardo Montealegre Lynett
Hechos	Se relacionan los hechos de las tutelas T-641309, T- 673176, T – 641309, T 650792.

	En los cuatro casos se evidencia mora en los pagos de los aportes del empleador a sus trabajadores, lo cual trajo consigo afectación al derecho fundamental de la Salud.
Problema Jurídico	Corresponde a la Corte determinar si procede la acción de tutela para ordenar el pago de mesadas pensionales de jubilación a cargo de una sociedad en liquidación obligatoria. De igual forma deberá establecer la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago subsidiario de mesadas pensionales de jubilación por parte de las sociedades que han ejercido control empresarial sobre una sociedad en liquidación obligatoria.
Ratio Decidendi	Es obligación del empleador efectuar el descuento correspondiente al porcentaje señalado en la ley como cotización para el servicio de Seguridad Social en Salud, al momento del pago de la mesada pensional, con el objeto de trasladarlo oportunamente a la E.P.S. que esté encargada de la prestación del servicio. La simple lógica conduce a considerar que mientras subsista la mora en el pago de las mesadas pensionales de jubilación, la responsabilidad por la falta de prestación del servicio de salud recae exclusivamente sobre el empleador. Por ello, Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria está obligada a prestar los servicios de salud de manera directa a sus pensionados mientras subsista la mora en el pago de las mesadas pensionales. En el presente caso es indudable que se dan todos los requisitos para que proceda la acción de amparo como mecanismo transitorio. Las mesadas pensionales de jubilación son los únicos ingresos de los pensionados, por lo cual al no recibirlas se afecta el mínimo vital de ellos y el de sus familias y además se les priva de la posibilidad de obtener los servicios correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales son más necesarios en esa época tardía de la vida, por el natural deterioro de las condiciones personales. Ello configura un perjuicio irremediable, en cuanto existe la amenaza grave e inminente de afectación de los mencionados derechos fundamentales, de modo irreversible, lo cual permite la concesión de la tutela como mecanismo transitorio cuando existen otros medios judiciales en principio idóneos o eficaces para la protección de tales derechos.
Sentencia.	La Corte Revoca las sentencia que deniega los derechos de la parte actora y Ordena confirmar aquella que ponderan los derechos de parte accionante.