

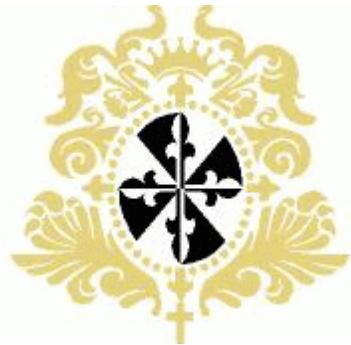


**LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD A TRAVÉS  
DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

**ALEXANDRA SALAZAR SALAZAR**

**Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
Bogotá D.C.  
2014**



**LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD A TRAVÉS  
DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

**ALEXANDRA SALAZAR SALAZAR**

**Trabajo de Grado conducente al título de Magíster en Derecho Administrativo**

**Director: Dr. JAVIER RINCON SALCEDO**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
Bogotá D.C.  
2014**

## **AGRADECIMIENTOS**

*A mis padres, por el amor, la confianza y el apoyo incondicional.*

*A los doctores Juan Carlos Melo Santos y Jorge Enrique Ibáñez Najar, por aquellos valiosos comentarios y orientaciones que facilitaron la estructuración del presente documento.*

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	7
1. LA SALUD: UN DERECHO UNIVERSAL.	15
1.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	15
1.1.1 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.	16
1.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.	16
1.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	17
1.1.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	19
1.1.5 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	21
1.1.6 Organización Mundial de la Salud.	23
1.2. CONSTITUCIONES DE ALGUNOS ESTADOS QUE HAN REGULADO LA SALUD COMO DERECHO Y COMO SERVICIO PÚBLICO.	25
1.2.1 Constitución de Argentina.	25
1.2.2 Constitución de Brasil.	27
1.2.3 Constitución de Chile.	29
1.2.4 Constitución de Cuba.	30
1.2.5 Constitución de Ecuador.	31
1.2.6 Constitución de El Salvador.	32
1.2.7 Constitución de Honduras.	34
1.2.8 Constitución de Guatemala.	36
1.2.9 Constitución de México.	37
1.2.10 Constitución de Nicaragua.	39
1.2.11 Constitución de Panamá.	41
1.2.12 Constitución de Paraguay.	42
1.2.13 Constitución de Perú.	44
1.2.14 Constitución de Uruguay.	46
2. LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y COMO SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA.	50
2.1 CONSIDERACIONES GENERALES.	50
2.2 LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL	55
2.2.1 Evolución jurisprudencial del derecho fundamental a la salud.	55
2.2.2 Fundamento constitucional.	64
2.2.2.1 Estructura fundamental.	65
2.2.2.2 Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.	68

2.2.3	La salud dentro de la finalidad social del Estado.	78
2.3	LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO.	79
2.3.1	Consideraciones generales.	80
2.3.2	Características del servicio público.	82
2.4	MARCO LEGAL DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD.	86
2.4.1.	El principio de sostenibilidad fiscal y su relación con el derecho a la salud.	98
3.	ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA.	113
3.1.	PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	113
3.2	FINALIDADES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN E INTEGRANTES DEL MISMO.	117
3.3	CRITERIOS CON SUJECCIÓN A LOS CUALES DEBE PRESTARSE EL SERVICIO DE SALUD.	118
3.4	CATÁLOGO DE BENEFICIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	121
3.5	ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	125
3.5.1	El Estado como Director del Sistema General de Seguridad Social en Salud.	125
3.5.2	Ministerio de Salud y Protección Social: Director de la Política Pública.	126
3.5.3	La inspección, vigilancia y control en el Sistema de Salud.	128
3.5.3.1	Superintendencia Nacional de Salud.	129
3.5.3.2	Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos (INVIMA)	133
3.5.3.3	Instituto Nacional de Salud –INS.	133
3.5.3.4	Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).	134
3.5.4	Esquema territorial.	134
3.5.5	Las Entidades Promotoras de Salud (EPS).	136
3.5.5.1	Funciones.	137
3.5.5.2	Requisitos para funcionar como E.P.S.	139
3.5.6	Empresas Sociales del Estado (ESE).	141
3.5.7	Entidades Promotoras de Salud Indígenas (EPS-I).	143
3.5.8	Prestadores de servicios de salud.	144
3.5.9	Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.	144
3.5.10	Cajas de Compensación Familiar.	145
3.5.11	Integración Vertical.	148
3.5.12	Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud.	151
3.5.12.1	Régimen contributivo.	151
3.5.12.2	Régimen subsidiado.	151

3.5.12.3 Población Pobre No Asegurada (PPNA)	152
3.6 UNA VISIÓN CRÍTICA A LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA.	153
4. LA CRISIS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y POSIBLES SOLUCIONES PARA SUPERARLA.	158
4.1 CONSIDERACIONES GENERALES.	158
4.2 LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL.	169
4.3 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	173
4.3.1 Sentencias Estructuradas.	192
4.4 POSIBLES SOLUCIONES PARA SUPERAR LA CRISIS DEL SGSSS.	196
5. HACIA UN NUEVO MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	202
5.1. REGULACIÓN ESTATUTARIA DE UNA POLÍTICA PÚBLICA.	204
5.2. PROYECTO DE LEY ORDINARIA QUE REDEFINE EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	219
5.3 VISIÓN PERSONAL DEL NUEVO MODELO.	232
CONCLUSIONES	239
BIBLIOGRAFÍA	262

## INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional, a través de su Jurisprudencia<sup>1</sup>, ha establecido que la salud además de ser un derecho fundamental también es un servicio público, el cual debe brindarse adecuadamente en términos de oportunidad, cobertura, calidad y eficiencia.

Al entender la salud como un derecho fundamental autónomo, significa que se requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional, el cual es susceptible de limitaciones, siempre y cuando se garanticen y respeten una serie de principios constitucionales, todos ellos inmersos en el marco del Estado Social de Derecho y de la dignidad humana.

Así mismo, la salud entendida como servicio público obedece a la satisfacción de las necesidades de interés general como uno de los fines esenciales del Estado, garantizándoles a todas las personas el acceso efectivo a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud a través de la participación de terceros, lo cual comprende, entre otros aspectos, los siguientes:

1. La actuación de particulares en la prestación del servicio público, previa autorización legal.
2. La implementación eficiente de sistemas de inspección, vigilancia y control por parte del Estado sobre dicha prestación.

---

<sup>1</sup> Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-770 de 2008. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., sentencia C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y Sentencia T-438 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3. La expedición de instrumentos normativos que regulen la prestación del servicio público de salud.

Los anteriores escenarios que involucran a diferentes actores en el Sistema de Salud, se relacionan en primer término con la prestación de los servicios de salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades Promotoras de Salud Subsidiadas EPS-S, las cuales por expreso mandato legal del Estado tienen la obligación de garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a sus afiliados en forma eficiente, hoy denominado Plan de Beneficios. Más adelante analizaremos si las EPS prestan el servicio público de salud porque el Estado lo permite o porque el Estado lo delega, aunque de entrada podemos afirmar que en Colombia tenemos un sistema mixto en ese sentido, toda vez que, por ejemplo, en materia de afiliación, sí hay una expresa delegación contenida en la Ley 100 de 1993, pero en otros casos no estamos en presencia de una verdadera delegación.

En tal sentido, las prestaciones contenidas en el anterior Plan Obligatorio de Salud (POS), tanto en los regímenes contributivo y subsidiado son reconocidas a las EPS a través de la Unidad de pago por capitación (UPC), es decir, el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud (SGSSS).

No obstante lo anterior, debido a la existencia de servicios de salud no contemplados en el POS, se requiere por parte del Estado el flujo oportuno de recursos para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio de salud. Sin embargo, es preciso resaltar que en el presente trabajo de grado no se analizarán aspectos económicos y/o financieros del Sistema General de Seguridad Social en

Salud. Su enfoque está orientado a analizar la salud como un derecho fundamental y como un servicio público esencial, a partir de un análisis jurídico constitucional, legal, reglamentario, jurisprudencial y doctrinal.”

Adicionalmente, se han detectado otros problemas estructurales y coyunturales que no han sido resueltos por el Gobierno Nacional, tales como las dificultades de la salud pública, la desactualización de las bases de datos, la desigualdad de la UPC y UPC-S, la falta de regulación de los mercados de la salud, entre muchos otros, generándose así que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentre en grave crisis, y el conjunto de soluciones que deben implementarse requieren de una actuación urgente por parte del Estado, mediante la colaboración armónica de todas las ramas del poder público y de todas las demás autoridades.

Lo anterior implica que las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud podrían en un momento dado poner en grave riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud en la medida en que estarían asumiendo obligaciones económicas que no les compete ni les corresponde asumir, máxime cuando la demora de los pagos de los recobros atrasados por parte del FOSYGA genera algunos traumatismos que se ven reflejados directamente en la prestación del servicio, y en el padecimiento por parte del usuario de una serie de trámites que vulneran principios esenciales del Sistema.

En tal virtud, y solo por citar uno de los problemas que aqueja el Sistema de Salud, al no existir disponibilidad de los recursos suficientes por parte de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, no se garantiza la plena efectividad del derecho a la salud.

Lo anterior no significa que la eficiencia y la eficacia en el campo de la salud, en términos de la obtención de resultados y cumplimiento de los fines estatales, mediante la optimización de recursos humanos, administrativos, técnicos y económicos, se enfoque única y exclusivamente en éste último campo. La eficiencia en la prestación del servicio público de salud requiere de muchos otros componentes, que van desde un marco legal y reglamentario suficiente y coherente, pasando por un eficiente sistema de inspección, vigilancia y control, hasta llegar a una cobertura integral mediante la prestación adecuada del servicio público de salud, incluido todo lo relacionado con una apropiada oferta de servicios.

De ahí que sea el usuario el directamente perjudicado, toda vez que se ha visto afectado en el acceso a la prestación de dicho servicio en términos de calidad, oportunidad y eficiencia.

Lo anterior evidencia cómo este sistema presenta una serie de fallas estructurales que constituyen un palmario incumplimiento de obligaciones constitucionales y legales a cargo no solo de las autoridades administrativas sino también de los prestadores del servicio público de salud, lo cual ha impedido alcanzar una cobertura universal de aseguramiento como servicio público de carácter obligatorio.

De acuerdo con lo brevemente descrito, podemos identificar la necesidad apremiante de proponer criterios que permitan estructurar un sistema de salud eficiente, garante de la materialización del Derecho Fundamental a la Salud (Protección y satisfacción) de todos los ciudadanos.

En otros términos, surge la necesidad de establecer, ¿De qué manera, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, se puede lograr la protección y satisfacción del

derecho fundamental a la salud, teniendo en cuenta que su prestación en forma eficiente no solo depende de criterios económicos?

Para responder a este interrogante y tomar una posición concreta al respecto, proponemos un análisis estructurado de acuerdo con los siguientes objetivos y metodología:

El objetivo general del presente trabajo estriba en determinar si el actual marco jurídico hace viable la eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio público en salud, desde la óptica de los aseguradores y prestadores, así como proponer fórmulas jurídicas encaminadas a brindar mayor solidez al sistema.

A su turno, los objetivos específicos de la presente investigación son los siguientes:

- I. Exponer los lineamientos y normatividad expedida por organismos internacionales como un referente necesario para la elaboración de parámetros normativos nacionales.
- II. Revisar la normatividad internacional sobre la materia para confrontarla con la regulación interna, encontrando así las debilidades y fortalezas de la legislación colombiana.
- III. Analizar el actual marco regulatorio del servicio público de salud en Colombia desde la óptica de los aseguradores y prestadores, incluido el análisis relacionado de la Sentencia T- 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional.
- IV. Analizar si las funciones de inspección, vigilancia y control que debe desarrollar y cumplir el Gobierno Nacional en la prestación del servicio público de salud, se realizan en forma adecuada y respetando los principios constitucionales de la función administrativa.

- V. Exponer de manera detallada los inconvenientes y falencias que afronta en la actualidad la salud como derecho fundamental y como servicio público.

El desarrollo de los objetivos planteados se estructurará en función de la aplicación del método jurídico descriptivo-analítico, fundamentado en el análisis de la legislación y la jurisprudencia relacionadas con el tema, así como la valoración de los diferentes argumentos que han estructurado diferentes sectores de la doctrina en relación con el servicio público de salud.

En ese orden de ideas, la presente tesis obedecerá a la siguiente construcción formal:

En el primer capítulo de este trabajo, se hará una breve síntesis sobre los lineamientos de organismos internacionales y legislaciones extranjeras con la finalidad de conocer el tratamiento de la salud como derecho fundamental y servicio público.

En un segundo capítulo, se hará un breve análisis sobre la salud como derecho constitucional y como servicio público, precisando la evolución jurisprudencial del derecho fundamental a la salud y las características del servicio público.

En todo caso, de entrada debemos señalar que la salud es un derecho fundamental, no porque así lo diga la Corte Constitucional, sino porque así ha sido reconocida en diferentes instrumentos de derecho internacional que han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

A manera de ejemplo, los lineamientos contenidos en el Convenio 102 de 1952 de la OIT sobre contenidos mínimos de la Seguridad Social, así como lo establecido en la

Ley 516 de 1999, por medio de la cual se aprueba el “Código Iberoamericano de Seguridad Social”, le dan un tratamiento especial al derecho a la salud.

En el tercer capítulo se estudiará la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los principales actores que participan en él, entre ellos, los usuarios; las aseguradoras (EPS); los prestadores (IPS) y el Estado. Para tal fin, se analizará el conjunto de entidades públicas, instituciones y procedimientos que intervienen o guardan relación con la prestación del servicio público de salud.

El anterior análisis no significa que estemos de acuerdo con el actual modelo que ha estructurado el Estado colombiano en Salud. Es más, consideramos que efectivamente el Sistema General del Seguridad Social en Salud ha colapsado, se encuentra en grave crisis y requiere un cambio extremo que permita recuperar su esencia y su finalidad más importante, consistente en prestar un adecuado y eficiente servicio público de salud en términos de cobertura y calidad, garantizando en su integridad este derecho fundamental.

En ese contexto, en el cuarto capítulo, se realizará un examen riguroso de la actual crisis del servicio público desde la perspectiva de tres factores determinantes de la misma, a saber: los factores jurídicos, sociales y culturales a efectos de examinar las posibles soluciones para superarla, resaltando que las observaciones, comentarios y análisis no giran en torno a un pronunciamiento jurisprudencial específico, aún cuando resaltemos varios aspectos de la Sentencia T-760 de 2008, tanto positivos, como negativos.

Finalmente, un último capítulo estará orientado a analizar la estructuración de un nuevo marco legal para la prestación del servicio público de salud, a través de un adecuado flujo de recursos, incluyendo la equidad como factor determinante y el

fortalecimiento del Estado en el sistema de control, inspección y vigilancia. Este estudio comprenderá igualmente al análisis relacionado con el contenido normativo de la ley estatutaria, por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud, el cual se encuentra en estos momentos en un proceso de control constitucional previo por parte de la Corte Constitucional.

## **1. LA SALUD: UN DERECHO UNIVERSAL.**

### **1.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.**

No cabe la menor duda que una de las principales preocupaciones que han afrontado los Estados a través de la historia, ha sido precisamente la de alcanzar niveles óptimos y eficientes en la prestación del servicio público de salud, incluido todo lo relacionado con el acceso a la salud por parte de toda la población, y claro, la obtención de recursos financieros que permitan la estructuración de un modelo sostenible y duradero.

La comunidad internacional ha implementado y desarrollado a través de instrumentos de regulación normativa, una serie de normas, reglas y principios tendientes a proteger el derecho fundamental a la salud y a garantizar una adecuada prestación de éste servicio público, todo ello dentro del amplio concepto de la seguridad social.

En efecto, algunos aspectos relacionados con la seguridad social y la salud han sido regulados, entre otros instrumentos, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador, en 1988.

En los citados convenios en forma expresa se establece un modelo de protección del derecho a la seguridad social y la salud de la siguiente manera:

### **1.1.1 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.**

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expuso en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, recordando permanentemente los derechos y deberes del cuerpo social, con el propósito de mantener la Constitución y la felicidad del pueblo.

En ese contexto, dispuso que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, no tiene Constitución”<sup>2</sup>.

### **1.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.**

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispuso que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”<sup>3</sup>.

Así mismo, dicha Declaración estableció que: i) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus

---

<sup>2</sup> Artículo 16.

<sup>3</sup> Artículo 22.

medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad; y ii) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social<sup>4</sup>.

### **1.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispuso que los Estados reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otros, i) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto; iii) La seguridad y la higiene en el trabajo; iv) Igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; v) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos<sup>5</sup>.

Así mismo, los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad, incluso al seguro social<sup>6</sup>.

De igual forma, estableció que los Estados reconocen que: i) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea

---

<sup>4</sup> Artículo 25.

<sup>5</sup> Artículo 7.

<sup>6</sup> Artículo 9.

responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo; ii) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social; iii) Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley<sup>7</sup>.

Del mismo modo, expresamente se reconoció por parte de los Estados el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

De acuerdo con lo establecido en el Pacto, entre las medidas que deberán adoptar los Estados a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- i) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- ii) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- iii) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- iv) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Artículo 10.

<sup>8</sup> Artículo 12.

#### **1.1.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

A su turno, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, luego de reafirmar en su preámbulo el propósito de consolidar, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre, y de reconocer que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, reconoció la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros<sup>9</sup>.

En ese contexto, en el Protocolo se dispuso que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, y que en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

---

<sup>9</sup> Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Igualmente, cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto<sup>10</sup>.

Por su parte, en lo que se refiere al derecho a la salud, en el Protocolo se establecieron los siguientes contenidos normativos:

- i) Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
- ii) Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
  - e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

---

<sup>10</sup> Artículo 9º.

- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.<sup>11</sup>

### **1.1.5 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 6 de 1995 explicó que el término “seguro social” incluye de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas<sup>12</sup>.

En la Observación General No. 19 de 2007 el Comité sostuvo que la seguridad social comprende el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, bien sea en el sector público o en el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales<sup>13</sup>.

El Comité señaló como elementos del derecho a la seguridad social: i) disponibilidad-sistema de seguridad social, ii) riesgos e imprevistos sociales que comprenden: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos, iii) nivel suficiente, iv) accesibilidad que implica cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico, y v) relación con otros derechos.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Artículo 10.

<sup>12</sup> PALACIO PALACIO, Jorge Iván, Derecho a la Seguridad Social en Salud, Ponencia. Fuente: [www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD](http://www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD).

<sup>13</sup> *Ibidem*

<sup>14</sup> *Ibidem*

Así mismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo en la Observación General No. 14 de 2000, que el derecho a la salud “no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano, toda vez que entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo con inclusión de la libertad sexual y genésica (generación), y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuados. Señala que el concepto de salud ha experimentado cambios importantes toda vez que se están teniendo en cuenta más elementos determinantes como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género, y las inquietudes de carácter social como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado.”<sup>15</sup>

Igualmente y a manera de síntesis, el Comité “interpreta el derecho a la salud como un *derecho inclusivo* que abarca también los principales factores determinantes de la salud como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro apropiado de alimentos sanos, una nutrición balanceada, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Resalta la importancia de la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones relacionadas con la salud en los ámbitos comunitario, nacional e internacional y concluye que abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibíd*em

<sup>16</sup> Fuente de consulta: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, *Derecho a la Seguridad Social en Salud*, Ponencia. Fuente: [www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD](http://www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD)

### 1.1.6 Organización Mundial de la Salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo internacional del sistema de las Naciones Unidas responsable de la salud. Los expertos de la OMS elaboran directrices y normas sanitarias, y ayudan a los países a abordar las cuestiones de salud pública. La OMS también apoya y promueve las investigaciones sanitarias. Por mediación de la OMS, los gobiernos pueden afrontar conjuntamente los problemas sanitarios mundiales y mejorar el bienestar de las personas.

La OMS ha señalado que en el Siglo XXI, la salud es una responsabilidad compartida, que exige el acceso equitativo a la atención sanitaria y la defensa colectiva frente a amenazas transnacionales.

Por ello, la OMS ha emprendido una serie de reformas a fin de estar mejor preparada para hacer frente a los retos cada vez más complejos que plantea la salud de las poblaciones en el siglo XXI. Desde los viejos problemas que se resisten a desaparecer hasta las nuevas amenazas para la salud pública, la OMS tiene que ser suficientemente flexible para responder a este entorno cambiante<sup>17</sup>.

Por su parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>18</sup>, ha establecido los siguientes principios rectores en materia de salud:

---

<sup>17</sup> Fuente: Página Oficial de la Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/about/es/>

<sup>18</sup> La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio del mismo año por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (Resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al texto publicado en la página oficial de la entidad.

- i) La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- ii) El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.
- iii) La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.
- iv) Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.
- v) La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.
- vi) El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.
- vii) La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.
- viii) Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.
- ix) Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

## **1.2. CONSTITUCIONES DE ALGUNOS ESTADOS QUE HAN REGULADO LA SALUD COMO DERECHO Y COMO SERVICIO PÚBLICO.**

Los instrumentos internacionales antes analizados, contienen disposiciones que fundamentan la salud como un derecho de carácter general. En tal sentido, constituyen las bases para el accionar de los Estados en términos de emitir la legislación dirigida a: 1) Abstenerse de obstaculizar el goce del derecho a la salud. 2) Prevenir violaciones a este derecho por parte de terceros. 3) Adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole adecuadas para lograr su plena efectividad.

De acuerdo a lo anterior, se requiere adicionalmente por los Estados Parte, adoptar medidas para avanzar hacia la realización del derecho a la salud de conformidad con el principio de realización progresiva, realización que inicia a partir de su reconocimiento. En tal sentido, a continuación analizaremos algunas Constituciones de diferentes Estados en las que se reconoce el derecho a la salud y la garantía de acceso a los servicios de salud.

### **1.2.1 Constitución de Argentina.**

El texto constitucional de Argentina dispone que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Por su parte, el artículo 42 de dicha Constitución establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el sistema de salud de Argentina se organiza en tres sectores, así<sup>19</sup>:

1. **El sector público.** Está integrado por las estructuras administrativas provinciales y nacionales de nivel ministerial, y la red de hospitales y centros de salud públicos que prestan atención gratuita a toda persona que lo demande y no cuente con un seguro, principalmente, personas sin seguridad social y sin capacidad de pago. Este sector se financia principalmente con recursos fiscales provenientes de los niveles nacional, provincial y municipal.
2. **El sector de seguro social obligatorio:** Se organiza en torno a las Obras Sociales (OS), las cuales son entidades de seguridad social sin fines de lucro, el cual cubre a los afiliados obligatorios que se encuentran en relación laboral de dependencia (originalmente por rama de actividad) y jubilados y sus familiares dependientes.
3. **El sector privado:** Conformado principalmente por las entidades de seguro voluntario llamadas Empresas de Medicina Prepaga (EMP) y está dirigido a la

---

<sup>19</sup><http://www.oiapss.org/wp-content/uploads/2013/11/final-Giovanella-comparaci%C3%B3n-SSS-Argentina-Brasil-Uruguay-final-15-nov.pdf> Los sistemas de salud de Argentina, Brasil y Uruguay en perspectiva comparada Observatorio MERCOSUR de Sistemas de Salud Elaborado por Ligia Giovanella a partir de los Perfiles Descriptivos de los Sistemas de Salud de los Estados parte del MERCOSUR de autoría de: Martín A Morgenstern (Argentina); Gilberto Ríos (Uruguay); Edgar Merchán-Hamann, Helena E. Shimizu y Ximena PD Bermúdez (Brasil) Rio de Janeiro Agosto de 2013

población con capacidad de pago, que compra seguros privados o paga directamente a la EMP al recibir atención.

De acuerdo a lo anterior, el estado Argentino reconoce de manera totalmente gratuita el servicio de salud, a través de las entidades que conforman el sistema público, a las personas sin seguridad social y sin capacidad de pago.

### **1.2.2 Constitución de Brasil.**

En su artículo 6º señala que son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad.

Específicamente, en relación con la salud, dispone la Constitución de Brasil que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

En relación con el derecho a la seguridad social, dispone el texto constitucional que esta comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previsión y a la asistencia social.

Así mismo, constitucionalmente se establece que la seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos de la ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, entre otras fuentes de financiación (art. 195)

En ese contexto, el Sistema Único de Salud brasileño está dirigido principalmente a garantizar la universalidad de la cobertura y de la atención, con diversidad de la base de financiación de la siguiente forma<sup>20</sup>:

- a. El Sistema Único de Salud (SUS), de uso universal para todos los residentes brasileños, garantiza la asistencia integral y totalmente gratuita para la totalidad de la población a través de la financiación de los impuestos y las cotizaciones sociales pagadas por la población y constituyen los recursos del gobierno federal, estatal y municipal.

Sin embargo, los empleados públicos constituyen un caso especial, dado que reciben una asignación con la cual contratan seguros privados, aunque no pierden su derecho a atenderse en el SUS. Así mismo, las fuerzas armadas y la policía están cubiertas por sus propios programas, que no pertenecen al SUS.

- b. El subsistema de salud suplementar, comprende a las empresas operadoras de planes y seguros de salud privados (medicina prepaga), quienes participan de forma complementaria del sistema único de salud. El acceso a la medicina prepaga depende de la capacidad de pago individual o adquisición empresarial de planes colectivos de salud.

Como conclusión de lo anterior, el estado brasileño, en los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal, provee los servicios de salud de manera universal y gratuita a toda la población, en total cumplimiento de sus parámetros constitucionales.

---

<sup>20</sup> <http://www.oiapss.org/wp-content/uploads/2013/11/final-Giovanella-comparaci%C3%B3n-SSS-Argentina-Brasil-Uruguay-final-15-nov.pdf>

### 1.2.3 Constitución de Chile.

De acuerdo con el modelo constitucional de Chile, se garantiza a todas las personas el derecho a la protección de la salud. En tal virtud, el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control único de las acciones relacionadas con la salud.

Así, al ser preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias, cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal denominado Fondo Nacional de Salud (FONASA) o privado, a través de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), sistemas de salud con las siguientes características<sup>21</sup>:

1. El FONASA es el fondo público, obligatorio para desempleados, indigentes y pobres y opción para aquellos contribuyentes que no desean asegurarse a través de las ISAPRE, los cuales deben contribuir el 7% de sus ingresos. El FONASA también recibe recursos provenientes de impuestos generales de la nación y copagos de los afiliados al FONASA. Los beneficios que este esquema entrega son los mismos para todos los afiliados, independientemente del monto de la prima cancelada y del tamaño del grupo familiar cubierto. Los cotizantes adscritos a FONASA pueden elegir entre dos modalidades de atención: la modalidad institucional (atención cerrada) y la de libre elección (atención abierta).

---

<sup>21</sup>[http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7386\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7386_recurso_1.pdf)

2. Las ISAPRE operan como un sistema de seguros de salud basado en contratos individuales pactados con los asegurados, en el que los beneficios otorgados dependen directamente del monto de la prima cancelada. La contribución que reciben es variable: al menos el 7% de los ingresos de los afiliados, y puede depender del riesgo individual del contribuyente.

De acuerdo a lo anterior, el estado chileno asume gratuitamente, con cargo a la red pública de salud la atención en los servicios de salud para los desempleados, indigentes y pobres, ofrece una cobertura de la totalidad del costo de las prestaciones otorgadas en la red pública de salud.

#### **1.2.4 Constitución de Cuba.**

Dentro de un catálogo de derechos, resalta aquel conquistado por la Revolución cubana según el cual los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana, tienen derecho a recibir asistencia en todas las instituciones de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la consagración constitucional de la salud como un derecho social inalienable, el Estado cubano con recursos del gobierno nacional y a través del Sistema Nacional de Salud garantiza el acceso libre e igualitario a todos los programas y servicios de salud y brinda una cobertura a la totalidad de la población cubana, acceso no determinado por el nivel de ingreso, ocupación en la economía o pertenencia a un sistema de aseguramiento público o privado.

### 1.2.5 Constitución de Ecuador.

Teniendo en cuenta sus disposiciones constitucionales (arts. 42 y ss.), el Estado ecuatoriano garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

En ese sentido, los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados.

De acuerdo a lo anterior, el Estado ecuatoriano estructura la organización del Sistema Nacional de Salud, a través de la integración de entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector, así<sup>22</sup>:

**Subsector público:** Conformado por:

- Ministerio de Salud pública responsable de administrar a nivel nacional el Programa de Aseguramiento en Salud.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Se financian con recursos provenientes del aporte solidario de los empleadores, el aporte de los afiliados al SGO, la contribución obligatoria de seguros públicos y privados, el

---

<sup>22</sup> [http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7386\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-7386_recurso_1.pdf)

aporte diferenciado de familias protegidas por el SSC, la contribución del Estado y las asignaciones suplementarias determinadas por el Poder Ejecutivo.

- Seguro Social Campesino. (SSC) se financia con un aporte de los miembros de la policía en servicio activo y aportes patronales.
- Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas los recursos provienen de los aportes de los militares en servicio activo y los aportes patronales que hace el Ministerio de Defensa.

**Subsector privado:** Conformado por entidades con fines de lucro (entidades de medicina prepagada, proveedores de seguros privados, consultorios, dispensarios, clínicas, hospitales) así como organizaciones sin fines de lucro tales como ONGs, organizaciones de la sociedad civil u organizaciones sociales. Para el caso de las entidades con ánimo de lucro, los usuarios realizan el pago en el punto de servicio.

De conformidad con lo antes señalado, si bien existe una fragmentación respecto del sector público y privado, en Ecuador existe el Programa de Aseguramiento en Salud como un seguro público de salud que garantiza el acceso a servicios de salud de calidad a todos los ecuatorianos, especialmente a la población de escasos recursos o sin capacidad de pago, los cuales obtienen de manera gratuita atención preventiva, atención médica general, atención médica especializada, entre otros, siempre y cuando se encuentre inscrito en el registro correspondiente.

#### **1.2.6 Constitución de El Salvador.**

El tema de la salud como derecho y como servicio público se encuentra regulado en varios artículos de la Constitución de El Salvador.

En efecto, los artículos 65 al 70 señalan el marco constitucional del tema objeto de análisis. Allí se establece que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento, y aquél determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación.

Igualmente brindará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible. En este caso, toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento.

Es así como el estado salvadoreño, para dar cumplimiento a sus preceptos constitucionales se organiza de tal forma que pueda proveer servicios de salud a la población en general sin distinciones de sexo, raza o religión, a partir de la conformación de un sistema de salud compuesto por dos sectores, público y privado de la siguiente manera:<sup>23</sup>

1. **El sector público**, conformado principalmente por:

- El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS). Presta los servicios de salud a toda la población no asegurada, en su mayoría trabajadores del sector informal, desempleados y personas en condición de pobreza. Su fuente de financiación es la contribución del Estado, la cooperación internacional y ocasionalmente de “cuotas voluntarias” de los usuarios de los servicios del sistema público, a través del Programa de Recuperación de Costos.

---

<sup>23</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. Fundación Mapfre. 2010

- El Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), instituto que atiende a los trabajadores del sector formal y a los pensionados, y sus respectivas familias. El Instituto Salvadoreño de Rehabilitación a los Inválidos (ISRI), el cual cubre a las personas con discapacidad y a los adultos mayores. El Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial (ISBM) El ISBM cubre a los maestros y sus familias. Sanidad Militar, cubre a los miembros de las fuerzas armadas y a particulares. Los anteriores institutos se financian con contribuciones de los patrones, los trabajadores afiliados y el Estado.

2. **El sector privado** está integrado sobre todo por organizaciones lucrativas establecidas en las principales ciudades salvadoreñas, las cuales se financian directamente por el pago del usuario en los puntos de atención.

En tal sentido, podemos observar que el Estado salvadoreño garantiza de manera gratuita el acceso a los servicios de salud a toda la población no asegurada, con excepción de aquellos servicios de atención que requieran cuotas voluntarias de los usuarios de los servicios del sistema público, a través del Programa de Recuperación de Costos.

### **1.2.7 Constitución de Honduras.**

Este país centroamericano señala que todo niño deberá gozar de los beneficios de la seguridad social y la educación. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, para lo cual deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales desde el período prenatal, teniendo derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, educación, recreo, deportes y servicios médicos adecuados.

Así mismo, reconoce el derecho a la protección de la salud y el deber de todos de participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad.

En ese contexto, el Estado por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, coordina todas las actividades públicas de los organismos centralizados y descentralizados de dicho sector, mediante un plan nacional de salud, dando prioridad a los grupos más necesitados, a partir de la siguiente estructura:<sup>24</sup>

1. El sector público, conformado por:
  - a. La Secretaría de Salud (SS): ofrece atención a toda la población que lo demande, generalmente población en condición de pobreza y pobreza extrema, así como habitantes de las zonas rurales. La SS se financia del Tesoro Nacional, créditos externos, donaciones y alivio de la deuda nacional.
  - b. El Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS), ofrece atención a los trabajadores del sector formal de la economía afiliados a la seguridad social, el cónyuge y los hijos menores, a través del financiamiento de los recursos que recauda y administra con base en las cotizaciones de los patrones, los empleados del sector formal, además de la aportación del Estado.
  - c. Otras instituciones públicas que administran regímenes especiales de aseguramiento (Fuerzas Armadas) o atienden a poblaciones específicas.

---

<sup>24</sup> <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/honduras.html>

2. Sector privado: Este sector incluye a las aseguradoras privadas y a los consultorios, clínicas y hospitales privados con y sin fines de lucro. Los usuarios directos de los servicios privados son aquellos con capacidad de pago, puesto que dichos servicios se financian con el pago directo del usuario.

Para este caso, observamos que el estado hondureño reconoce los servicios de salud de manera gratuita a la población en condición de pobreza y pobreza extrema, sin la contraprestación de cuotas adicionales y a través del financiamiento de recursos públicos.

#### **1.2.8 Constitución de Guatemala.**

El modelo constitucional de Guatemala dispone que el goce de la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

Igualmente, la salud de los habitantes de la Nación es considerada un bien público, motivo por el cual todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.

En tal virtud, el Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes y desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social. Instituciones que conforman el sistema de salud de Guatemala de la siguiente forma<sup>25</sup>:

---

<sup>25</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. FUNDACIÓN MAPFRE. 2010.

**1. Sector público:** Conformado por:

- Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS), actúa como prestador de servicios gratuitos para todos los guatemaltecos. Dicho Ministerio se financia con recursos provenientes de ingresos fiscales del Estado, de asistencia, préstamos y donaciones internacionales y, de cuotas recibidas por los servicios prestados.
- Instituto Guatemalteco del Seguro Social (IGSS) ofrece cobertura a los trabajadores asalariados y sus familias, a partir de los recursos de las cotizaciones que pagan los afiliados, los patrones o empleadores y el Estado.
- Sanidad Militar del Ministerio de Defensa y Gobernación ofrecen servicios de salud a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, respectivamente.

**2. Sector privado.** El sector privado incluye organizaciones de la sociedad civil y/o religiosas que operan sin fines de lucro, además de prestadores diversos con fines lucrativos.

En ese contexto, el Estado guatemalteco financia a través de ingresos fiscales la atención en salud de todos los guatemaltecos, siendo así su atención parcialmente gratuita, teniendo en cuenta que a través del MSPAS y dependiendo de algunos niveles de atención se cobran cuotas por los servicios prestados.

**1.2.9 Constitución de México.**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone en su artículo 4º que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia

de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 03 de febrero de 1983)<sup>26</sup>

Es así como el sistema mexicano de salud comprende dos sectores, el público y el privado. Dentro del sector público se encuentran las siguientes instituciones de seguridad social<sup>27</sup>:

- a. Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y otros, entidades que cubren respectivamente la atención de todos empleados del gobierno y sus familias, y los pensionados y jubilados se financian con contribuciones del obrero o empleado y contribuciones del empleador y contribuciones patronales.
- b. Instituciones y programas que atienden a la población sin seguridad social [Secretaría de Salud (SSa), Servicios Estatales de Salud (SESA), Programa IMSS-Oportunidades (IMSS-O), programas que se financian con recursos del gobierno federal y estatales y pagos que los usuarios hacen al momento de recibir la atención. Adicionalmente, el Seguro Popular de Salud (SPS), el cual financia con contribuciones del gobierno federal, los gobiernos estatales y los individuos la atención de la población de menores recursos exentos de cualquier pago adicional para la prestación de los servicios de salud.

---

<sup>26</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

<sup>27</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. FUNDACIÓN MAPFRE. 2010.

El sector privado comprende a las compañías aseguradoras y los prestadores de servicios que trabajan en consultorios, clínicas y hospitales privados, incluyendo a los prestadores de servicios de medicina alternativa.

De acuerdo a lo anterior, el Estado Mexicano reconoce gratuitamente el servicio de salud, únicamente a la población que carece de capacidad de pago a través del Seguro Popular de Salud (SPS).

#### **1.2.10 Constitución de Nicaragua.**

De acuerdo con la carta política de Nicaragua, los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

Igualmente corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma.

Dentro de este modelo, los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad.

Así mismo, se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos, y se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.

En tal sentido, el Sistema de Salud en Nicaragua está compuesto por Ministerio de Salud (MINSa) como principal proveedor de servicios, el Seguro Social (INSS), servicios médicos del Ministerio de Gobernación (Policía y Ejército) y sector privado<sup>28</sup>. De acuerdo a lo anterior encontramos que<sup>29</sup>:

- a. Ministerio de Salud (MINSa) como principal proveedor de servicios de salud. Los beneficiarios del régimen no contributivo son primeramente los grupos poblacionales sin capacidad de pago y no asegurados. El régimen también implementa acciones de salud pública para toda la población. El régimen no contributivo del MINSa se financia con impuestos generales, la venta de servicios al INSS y con recursos de cooperación internacional canalizados principalmente a través de FONSAIUD.
- b. El Seguro Social (INSS). Los beneficiarios del régimen contributivo son todos los trabajadores del sector formal, privado y público, además de sus beneficiarios. Los regímenes son obligatorios para los trabajadores asalariados y los que forman parte de colectivos, y facultativo para trabajadores independientes.
- c. Servicios médicos del Ministerio de Gobernación (Policía y Ejército)
- d. Sector privado, se encuentra conformado por las entidades con ánimo de lucro que lo componen consultorios individuales, hospitales, clínicas y empresas medicas previsionales (EMP) y es utilizado por la población con capacidad de pago que elige comprar sus servicios de salud directamente al proveedor.

De acuerdo a lo anterior, el estado nicaragüense únicamente ofrece gratuitamente el servicio de salud a la población sin capacidad de pago y no asegurados.

---

<sup>28</sup> [http://www.who.int/countryfocus/cooperation\\_strategy/ccsbrief\\_nic\\_es.pdf](http://www.who.int/countryfocus/cooperation_strategy/ccsbrief_nic_es.pdf)

<sup>29</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. FUNDACIÓN MAPFRE. 2010.

### 1.2.11 Constitución de Panamá.

Panamá tiene una interesante regulación a nivel constitucional del derecho a la salud. En efecto, allí se establece como función esencial del Estado la de velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el estado panameño organiza el sistema de salud de la siguiente forma:

- Un sector público constituido por<sup>30</sup>:
  - El Ministerio de Salud (MINSa) quien presta el servicio de salud en todos los niveles de complejidad a las personas sin seguridad social y en ocasiones a la población en general, ya que el Ministerio de Salud tiene por mandato constitucional, la responsabilidad de velar por la salud de la población Contribuciones del Estado. Su financiamiento proviene de Impuestos generales además de una pequeña contribución que pagan los usuarios al recibir la atención.
  - La Caja de Seguro Social (CSS). Es la entidad encargada de la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Aquí existen dos tipos de afiliados: a). afiliados obligatorios: trabajadores del sector público y privado y los trabajadores independientes. b) Afiliados voluntarios: empleados de organismos internacionales y misiones diplomáticas,

---

<sup>30</sup> [http://www.minsa.gob.pa/sites/default/files/publicaciones/situacion\\_de\\_salud\\_panama\\_2013\\_0.pdf](http://www.minsa.gob.pa/sites/default/files/publicaciones/situacion_de_salud_panama_2013_0.pdf)

trabajadores menores de edad. El financiamiento de las instituciones de seguridad social proviene de tres fuentes: contribuciones gubernamentales, contribuciones del empleador y contribuciones de los empleados.

- Sector privado. se compone de prestadores directos y de entidades financiadoras o “prepagos”, sector dirigido a la población con capacidad de pago el cual se financia con los pagos que hacen los usuarios al momento de recibir la atención y con las primas de los seguros médicos privados, y los servicios son ofrecidos en clínicas y hospitales privados.

De acuerdo a lo anterior, el estado panameño cubre financieramente a la población no asegurada. Sin embargo, en algunas ocasiones existe la obligación por parte de la población no asegurada de contribuir económicamente con la atención.

#### **1.2.12 Constitución de Paraguay.**

Establece que el Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Así, nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes.

Igualmente señala que toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

En cuanto al Sistema Nacional de Salud, se promoverá uno que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.<sup>31</sup>

A partir de las directrices anteriores, el Estado paraguayo establece un sistema de salud conformado por dos sectores: público y privado.

Sector Público: Se encuentra compuesto por<sup>32</sup>:

- a. El Ministerio de Salud pública y Bienestar Social (MSPyBS), le corresponde atender a todas las personas no cubiertas por instituciones de los otros sectores, en especial a la población de escasos recursos y/o que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad. Sus recursos provienen principalmente del Tesoro Público y, en menor medida, del cobro de servicios prestados, de algunos fondos especiales y de la cooperación internacional. Las personas que se atienden en las instalaciones del MSPyBS tienen acceso a servicios ambulatorios y de hospitalización gratuitos, pero no se cuenta con un paquete de beneficios explícito.
- b. El Instituto de Previsión Social (IPS), su financiamiento se basa en los aportes de los trabajadores asalariados, la contribución patronal y del Estado. Cubre de manera obligatoria a los trabajadores dependientes del sector laboral privado público, jubilados y pensionados.
- c. Las Sanidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía. Cubre a los militares, policías y sus familiares atendiendo también a la población civil cuando no existan otros prestadores. Sus recursos provienen del presupuesto del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

---

<sup>31</sup> <http://www.redparaguaya.com/constitucion/articulos1a100.asp>

<sup>32</sup> <http://www.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/los-sistemas-de-salud-en-latinoamerica-y-el-papel-del-seguro-privado.pdf>

- d. La Universidad Nacional de Asunción: Presta servicios parcialmente gratuitos con recursos del presupuesto General de la nación a población de bajos recursos

Sector privado: Se encuentra conformado por prestadores y aseguradores que proveen: a) Servicios con fines de lucro, estos se financian con el pago que hacen los usuarios ya sea por planes de seguro o como gasto de bolsillo por la atención recibida en el momento. b) Servicios sin fines de lucro y Servicios mixtos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el Estado Paraguayo a través del sector público, específicamente El Ministerio de Salud pública y Bienestar Social (MSPyBS), y la Universidad Nacional de Asunción, presta los servicios de salud de manera gratuita a la población sin capacidad de pago.

### **1.2.13 Constitución de Perú.**

De acuerdo con la norma constitucional, todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

En ese contexto, El Estado tiene los siguientes deberes<sup>33</sup>:

- a) Determinar la política nacional de salud, mediante su diseño y supervisión en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

---

<sup>33</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. FUNDACIÓN MAPFRE. 2010.

- b) Reconocer el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.
- c) Garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, y supervisar así mismo su eficaz funcionamiento<sup>34</sup>.

En tal sentido, el Estado peruano dependiendo de su grupo poblacional cuenta con diferentes subsistemas de salud así:

1. **Población sin seguridad social de salud:** en este grupo se encuentran los trabajadores del sector informal, los desempleados y sus familias o aquellas personas sin capacidad de pago, los cuales son atendidos por el Ministerio de Salud (MINSA), que no tengan cobertura de EsSalud u otros regímenes de seguridad social, existiendo para ellos un paquete de servicios de salud financiado por impuestos generales, de las cuotas de recuperación y de donaciones y transferencias.
2. **Población con seguridad social pública.** En este grupo se encuentran los trabajadores dependientes (asalariados), los jubilados y sus familias, los cuales son atendidos por EsSalud (Entidad pública administradora del régimen contributivo) y cuentan con un plan de beneficios de atención de salud, con cobertura total de las necesidades de salud. Las prestaciones de EsSALUD se financian con aportaciones de los empleadores y jubilados.
3. **Población con régimen de seguridad social diferente:** En este grupo se encuentran los trabajadores y miembros de las fuerzas militares y policía

---

<sup>34</sup> <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

nacional, su familia e hijos menores de 18 años, los cuales son atendidos por las respectivas sanidades.

4. **Población con seguridad social privada** (las EPS, las aseguradoras privadas, etc.): se encuentran en este grupo, trabajadores del sector privado y población con capacidad de pago para disponer de un mejor servicio de salud. Para este caso, cuando decide acceder a servicios mixtos (ESSALUD y EPS), el financiamiento se distribuye para EsSALUD y para la EPS.

De acuerdo a lo anterior, el sistema de salud del Perú tiene dos sub-sectores: el público y el privado. El sector público para la prestación de servicios ha desarrollado el régimen subsidiado y el contributivo. Dentro del sistema subsidiado el Gobierno ofrece servicios de salud a la población no asegurada a cambio del pago de una cuota de recuperación, y por medio del Seguro Integral de Salud (SIS) subsidia la provisión de servicios a la población que vive en condiciones de pobreza y pobreza extrema, por ende el Estado peruano presta el servicio de salud parcialmente de manera gratuita.

#### **1.2.14 Constitución de Uruguay.**

Dispone la norma fundamental que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Igualmente señala que todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente

los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.<sup>35</sup>

Para garantizar lo anterior, la República de Uruguay crea el Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS), integrado por dos subsectores<sup>36</sup>:

- I. Un subsector de seguros sociales, el Seguro Nacional de Salud (SNS) con el Fondo Nacional de Salud (FONASA) en lo cual los beneficiarios pueden elegir entre entidades autorizadas para la prestación de los servicios de salud (Instituciones de asistencia médica colectiva, el efector público ASSE)
- II. Un subsector público: conformado predominantemente por establecimientos públicos de la Administración de Servicios del Estado (ASSE) que es el principal proveedor y además puede ser elegido como prestador por los contribuyentes al FONASA.

Adicionalmente, existe el sector privado, en el cual se encuentran Instituciones de Asistencia Médica Colectiva (IAMC), y los Seguros Integrales Privados.

La posibilidad de elección del subsector público o sector privado, es dada únicamente a los que realizan las Contribuciones Especiales de Seguridad Social (Tributos obligatorios). Por el contrario, aquellos que no sean contribuyentes por carecer de capacidad de pago tendrán acceso a los servicios de salud únicamente ante las ASSE.

Ahora, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) está compuesto por las contribuciones obligatorias de los trabajadores y empresas del sector formal de la economía, las

---

<sup>35</sup> <http://www0.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>

<sup>36</sup> LOS SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA Y EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO. Úrsula Giedion, Manuela Villar y Adriana Ávila, Instituto de Ciencias de Seguro. FUNDACIÓN MAPFRE. 2010.

contribuciones obligatorias de los trabajadores del sector público y los impuestos generales, a partir de los cuales se subsidia los servicios de salud a las personas que no tengan capacidad de pago, significa que es la Republica de Uruguay quien parcialmente de manera gratuita reconoce los servicios de salud de la población sin capacidad de pago.

Finalmente, después de realizar el anterior recorrido por los diferentes instrumentos internacionales, como lineamientos jurídicos que requieren por parte de los Estados que suscriben dichos documentos, políticas de materialización de los mismos, respecto del derecho a la salud y la forma en que es garantizado, encontramos las siguientes características:

- a) La salud es reconocida como un derecho social (Ej. Brasil, Cuba) o como un derecho fundamental inalienable (Ej. Guatemala, Paraguay)
- b) Todos los Estados reconocen como deber, la protección del derecho a la salud a todas las personas.
- c) La atención en salud se garantiza a través de la pertenencia a un sistema de aseguramiento en todos los Estados, con excepción de Cuba y Brasil.
- d) El sistema de aseguramiento segmenta la población según el vínculo laboral y capacidad económica, a excepción de Cuba y Brasil.
- e) De acuerdo a lo anterior, los trabajadores, jubilados, servidores públicos, independientes con capacidad de pago y sus familiares dependientes son afiliados obligatorios a un subsistema específico.
- f) Dentro de los tipos de sistema de salud, coexisten a) Sub-sistemas de servicios públicos financiados por el Estado; b) Subsistemas de origen estatal, financiados mediante aportes salariales y dirigidos a trabajadores formales,

cuyos prestadores fueron predominantemente privados, y c) Subsistemas privados a través de entidades aseguradoras con o sin fines de lucro<sup>37</sup>.

- g. Respecto a la garantía de acceso a la salud de la población sin recurso, encontramos que Algunos Estados como Argentina, Chile México, Panamá, entre otros, dentro de su Sistema de Salud, contemplan la atención de manera gratuita únicamente a la población sin recursos o sin capacidad de pago. Sin embargo, Brasil y Cuba garantizan los servicios de salud de manera universal y gratuita.

---

<sup>37</sup> Reunión de Expertos sobre Población y Pobreza en América Latina y el Caribe 14 y 15 de Noviembre 2006, Santiago, Chile

Organizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CELADE-División de Población, con el auspicio del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) Protección social y sistemas de salud

"Los sistemas de salud y de protección social frente a los nuevos escenarios epidemiológicos y demográficos"

## **2. LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y COMO SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA.**

### **2.1 CONSIDERACIONES GENERALES.**

Los convenios internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales comprometen a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho a la salud. De ahí que el Constituyente de 1991 estableciera que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general<sup>38</sup>.

En ese contexto, es ya célebre la Sentencia T-406 de 1992 proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, en la cual se analiza el concepto, características, alcance y límites del Estado Social de Derecho<sup>39</sup>.

En efecto, poco después de expedida la Constitución de 1991, la recién creada Corte Constitucional sostuvo en la citada providencia que “la incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo

---

<sup>38</sup> Artículo 1º de la Constitución Política.

<sup>39</sup> La incidencia del sistema del subsidio familiar en el Estado social de derecho. Melo Santos, Juan Carlos. Universidad La Gran Colombia. 2012.

el tema del Estado bienestar y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático”<sup>40</sup>.

En los anteriores escenarios, el Estado se legitima en tanto en cuanto proporcione mayor bienestar a sus habitantes, a través del reconocimiento y garantía de una serie de derechos, entre los que se encuentran los derechos fundamentales; sociales; económicos; culturales; colectivos y del medio ambiente.

En tal sentido, el Estado Social de Derecho se fundamenta principalmente, en los valores tradicionales de la legalidad, libertad y la igualdad con la finalidad de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población<sup>41</sup>.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “(...) *le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.*”<sup>42</sup>

Así tenemos que el papel del Estado Social de Derecho no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que él mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales

---

<sup>40</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

<sup>41</sup> Constitución Política, Art. 366.

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2003.

existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales<sup>43</sup>.”

De esta manera, el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, es decir, “lo mínimo que debe hacer la autoridad responsable para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de un derecho fundamental en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos<sup>44</sup>.”

En tal sentido, nuestra Constitución Política establece en su contenido el derecho a la salud y a la seguridad social en salud como derechos irrenunciables de los colombianos y como servicios públicos obligatorios, garantizando para ello a todas las personas los servicios de promoción, protección y recuperación de su salud con una organización descentralizada de los servicios, dada por los diferentes niveles de atención, con la participación de los agentes públicos y privados y con la plena participación de la comunidad<sup>45</sup>.

Luego, si bien la facultad del legislador para regular los contenidos del derecho a la salud, entendiendo por tal, al mismo tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable", puede entenderse como una antinomia irreconciliable, la interpretación integradora permite afirmar que la salud es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio. Es decir, los servicios públicos se constituyen como instrumentos para garantizar el logro de la plena vigencia y eficacia de los derechos

---

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-747 de 1998.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002.

<sup>45</sup> Superintendencia Nacional de Salud, Resolución 2624 de 2012.

constitucionales y por ende de la realización de los fines del Estado Social de Derecho.

En armonía con lo anteriormente señalado y derivado de la faceta de accesibilidad del derecho a la salud, es deber del Estado crear un sistema que garantice la prestación eficiente del servicio público de salud. Con esta finalidad surge el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos dirigidos a garantizar la adecuada prestación del servicio público esencial de salud con características como calidad, oportunidad, continuidad y suficiencia<sup>46</sup>.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha jugado un papel esencial en todo lo relacionado con la estructuración de la salud como servicio público y como derecho fundamental. En efecto, a través de su jurisprudencia la Corte ha decantado las principales características del servicio público de salud y ha protegido por diferentes vías el derecho a la salud, hasta el punto de atribuirle la connotación y rango de derecho fundamental.

En este orden de ideas, en un inicio, la Corte Constitucional planteó dos visiones en torno al derecho a la salud. La primera de ellas, la denominó la visión restrictiva, según la cual “la salud sólo tiene el carácter de fundamental en aquellos casos en los cuales se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”<sup>47</sup>.

La segunda perspectiva la denominó la visión amplia, según la cual “el derecho fundamental se configura no sólo en el caso extremo anotado por la teoría restrictiva, sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera

---

<sup>46</sup> Ley 100 de 1993.

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 597 de 1993

directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”<sup>48</sup>.

En ese contexto, la Corte Constitucional definió la salud como “un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”<sup>49</sup>.

Igualmente, el alto tribunal afirmó que la salud no puede asimilarse a una situación estática, toda vez que su carácter prestacional es esencial y comprende, no sólo la intervención puntual necesaria para evitar la enfermedad, sino también, la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de la vida<sup>50</sup>.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, la Corte Constitucional ha señalado que la salud “es un estado completo de bienestar físico, mental y social” dentro del nivel posible para una persona<sup>51</sup>.

Años más tarde, la Corte afirmó que “en términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”, aunque también se ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta<sup>52</sup>.

Por su parte, en relación con el concepto de salud como servicio público, la Corte desde un inicio ha considerado que “tratándose de personas que de conformidad con la ley o los reglamentos se encuentran cobijadas por la seguridad social, el

---

<sup>48</sup>Ibíd.

<sup>49</sup>Ibíd.

<sup>50</sup>Ibíd.

<sup>51</sup>Ibíd.

<sup>52</sup>Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 2008.

Estado está obligado a prestar la asistencia médica siempre y cuando se agoten las exigencias para dar cumplimiento a tal fin”<sup>53</sup>.

En ese sentido, la salud posee una doble consagración como servicio público. Por un lado, entendida como servicio público de salud propiamente dicho, cuya indicación expresa deviene del artículo 49 constitucional. Por el otro, a través de la seguridad social, el cual es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a lo dispuesto en el artículo 49 y 365 de la Constitución que lo define como inherente a la finalidad social del Estado, por lo que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con la finalidad de proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad<sup>54</sup>.

## **2.2 LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL**

### **2.2.1 Evolución jurisprudencial del derecho fundamental a la salud.**

De acuerdo con el Constituyente de 1991, el derecho a la salud quedó comprendido dentro del catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, vía jurisprudencial, le atribuyó el carácter y rango de fundamental, teniendo en cuenta una serie de consideraciones que más adelante analizaremos.

---

<sup>53</sup>Corte Constitucional. Sentencia T – 164 de 1993.

<sup>54</sup>Ley 100 de 1993, Preámbulo.

La Corte Constitucional ha protegido por tres vías el derecho constitucional fundamental a la salud, de acuerdo con los siguientes escenarios identificados por la misma Corte<sup>55</sup>:

1. Protección del derecho a la salud estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, factores que le han permitido al alto tribunal identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad.

2. Protección del derecho a la salud reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte Constitucional a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado.

3. Protección del derecho a la salud afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

Ahora bien, la Corte ha afirmado que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup>Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 2008.

<sup>56</sup>Ibídem

En la Sentencia T-859 de 2003, la Corte afirmó que el derecho a la salud es un derecho fundamental, “de manera autónoma”, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.<sup>57</sup>

Al respecto, sostuvo el alto tribunal constitucional lo siguiente:

*“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas – contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho*

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

*fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”<sup>58</sup>*

En armonía con la anterior línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha subrayado en Sala Plena que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. A manera de ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,<sup>59</sup> extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.<sup>60</sup> En este caso la Corte Constitucional resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer que “el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.”<sup>61</sup>

Uno de los fundamentos de la anterior decisión consistió en considerar la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, elemento fundante del

---

<sup>58</sup> *Ibíd*em

<sup>59</sup> *En la Sentencia C-811 de 2007 la Corte consideró que “(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional.”*

<sup>60</sup> En la sentencia C-075 de 2007 la Corte resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, ‘en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales’.

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007.

Estado Social de Derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.<sup>62</sup>

En la citada Sentencia T-760 de 2008, al hacer el análisis jurisprudencial de la evolución del derecho a la salud como derecho fundamental, la Corte sostuvo lo siguiente:

*“Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.<sup>63</sup> La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo”.<sup>64</sup>*

Previo a la Sentencia T – 760 de 2008, la Corte Constitucional ya había señalado la fundamentalidad del derecho a la Salud. En efecto, en la Sentencia T-859 de 2003, la Corte afirmó que “así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias– así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos

---

<sup>62</sup> Ibídem

<sup>63</sup> Ver entre otras Sentencias la T-076 de 2008, T-631 de 2007, T-837 de 2006

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado”

Así mismo, la Corte sostuvo que “la naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del soporte anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”<sup>65</sup>

La Corte Constitucional igualmente ha señalado que “uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables”<sup>66</sup>.

En la misma Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente acerca del alcance del derecho a la salud:

*“El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho*

---

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-060 de 2007. Ver igualmente Sentencia T-148 de 2007.

<sup>66</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

*complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles”.*

Sobre este aspecto, la Corte ha señalado en algunas oportunidades que “en un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.”<sup>67</sup>

En ese contexto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente acerca del tratamiento jurisprudencial acerca del derecho a la salud:

*3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en*

---

<sup>67</sup>Ibidem.

*tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.*

*Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”.<sup>68</sup>*

*Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró ‘artificial’ tener que recurrir a la ‘estrategia de la conexidad’ para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,*

---

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993

*“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”<sup>69</sup>*

*Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una*

---

<sup>69</sup>Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (M.P. Antonio Humberto Sierra Porto)

*vulneración al derecho fundamental a la salud. La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad”.*<sup>70</sup>

En síntesis, vemos como la Corte Constitucional inicialmente consideró el derecho a la salud como un verdadero derecho social, aunque susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, a través de la teoría de la conexidad, protegió mediante dicho mecanismo de defensa judicial el derecho a la salud, cuando quiera que con su afectación pudieran llegar a verse afectados derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana, entre otros. Y finalmente, elevó a rango de derecho fundamental autónomo el derecho a la salud, señalando que su protección admitía límites, pero que en ningún caso podía llegar a verse vulnerado su núcleo esencial, pues en ese evento le correspondía al juez constitucional de tutela entrar a protegerlo de manera integral.

### **2.2.2 Fundamento constitucional.**

El Constituyente de 1991 se refirió al derecho a la salud de diferentes formas. En algunas ocasiones, consagró su acceso efectivo, en otras su finalidad social, y en otras normas estableció su ámbito de protección como derecho constitucional y

---

<sup>70</sup>En la sentencia T-736 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) *afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.*” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

como servicio público, haciendo referencia a los recursos que debían destinarse para su protección.

### **2.2.2.1 Estructura fundamental.**

El punto de partida, como estructura fundamental de la salud, lo encontramos en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009.

Dicha norma señala que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, debiéndose garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

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

En ese contexto, toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El citado acto legislativo dispuso igualmente que el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica con fines preventivos y rehabilitadores; la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo, la norma establece que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos<sup>71</sup>.

Con ocasión del análisis de constitucionalidad del citado acto legislativo, la Corte Constitucional señaló que “el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural, así como el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas ampara los usos ancestrales de la hoja de coca. En efecto, con fundamento en los artículos 1° y 7° de la Constitución, entre otros, y varios instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el Pacto de Derechos Económicos y Culturales y el Convenio 169 de la OIT, la Corte reconoció la existencia del derecho de las comunidades étnicas a la identidad cultural, derecho que otorga a los pueblos indígenas facultades como la posibilidad de preservar, practicar, difundir y reforzar sus valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como de emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales. Teniendo en cuenta que la hoja de coca tiene un papel fundamental desde el punto religioso, cultural, medicinal y alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas de Colombia, la Sala precisó que sus prácticas ancestrales ligadas a dicha planta deben ser respetadas y protegidas por el Estado.”<sup>72</sup>

Lo anterior teniendo en cuenta lo establecido en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual se reflexiona

---

<sup>71</sup> Artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2009.

<sup>72</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-882 de 2011.

respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, al considerar que:

*(...) 27. Los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.*

Así mismo, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.

Por su parte, en materia laboral, el Constituyente estableció como obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y capacitación profesional y técnica a quienes lo requieran y propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de

trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.<sup>73</sup>

A su turno, y en relación con los trabajadores agrarios, la Constitución dispuso que es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos<sup>74</sup>.

También señaló el Constituyente de 1991, cuando se refirió a los deberes de la persona y del ciudadano, que la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional, motivo por el cual todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. Así, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades.

En tal virtud, se estableció dentro de los deberes de la persona y del ciudadano, entre otros: i) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; y ii) Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

#### **2.2.2.2 Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.**

En este punto en particular, el Constituyente estableció que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la

---

<sup>73</sup>Artículo 54 de la Constitución Política.

<sup>74</sup>Artículo 64 de la Constitución Política.

alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

En tal virtud, serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Así mismo, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.<sup>75</sup>

Igualmente, dispuso el Constituyente que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.”<sup>76</sup>

Sin perjuicio del análisis jurisprudencial efectuado anteriormente, debemos resaltar que la salud es un derecho fundamental por varias razones. Primero, porque el derecho a la seguridad social es fundamental, y así ha sido reconocido en diferentes instrumentos de derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad, motivo por el cual, al formar parte la salud de la seguridad social, aquella debe dársele la naturaleza jurídica de un verdadero derecho fundamental *per se*.

---

<sup>75</sup> Artículo 44 de la Constitución Política.

<sup>76</sup> Artículo 50 de la Constitución Política.

En segundo lugar, porque el bloque de constitucionalidad incorpora diferentes tratados que protegen el derecho a la salud como un derecho fundamental, los cuales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

En relación con el bloque de constitucionalidad<sup>77</sup>, la Corte Constitucional ha señalado que éste hace referencia a aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución Política<sup>78</sup>.

La Corte Constitucional al analizar el concepto de bloque de constitucionalidad ha sostenido que el control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "supralegal" que tienen relevancia constitucional.

Ha afirmado la Corte que el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales algunas normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad.

En ese contexto, la Corte afirmó que todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deben ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio

---

<sup>77</sup> MELO SANTOS, Juan Carlos, El Bloque de constitucionalidad desde una perspectiva jurisprudencial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2008.

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley.

Sostuvo la Corte Constitucional que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario.

De otro lado, afirmó que la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

Igualmente, la Corte Constitucional resaltó que en sentido estricto integran el bloque de constitucionalidad: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

Así mismo, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii).

Por lo anterior, afirma la Corte, integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios

de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>79</sup>

Precisando la noción de Bloque de Constitucionalidad, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*“A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución? (...)*

---

<sup>79</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999

*Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.*

*En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).*

*Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional*

*humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.”<sup>80</sup>*

La Corte igualmente ha señalado que el mecanismo de incorporación de las normas al bloque también genera algunos interrogantes, ya que en los últimos años, el inciso primero del artículo 93, que había dado origen a la noción, ha perdido importancia como dispositivo de remisión para acoger normas internacionales, mientras que el inciso segundo de ese mismo artículo ha ganado una influencia creciente. Este cambio de énfasis es importante, ya que los resultados de optar por una u otra metodología son distintos. Así, si la regla para que entren al bloque normas de derechos humanos es exclusivamente el inciso primero del artículo 93, entonces se requiere no sólo que se trate de disposiciones que hagan parte de un tratado ratificado por Colombia sino además que los derechos en cuestión no puedan ser suspendidos en estados de excepción. Por el contrario, si el proceso de incorporación se basa en el inciso segundo, entonces aparentemente basta con que se trate de un convenio de derechos humanos ratificado por Colombia.<sup>81</sup>

En el mismo sentido, todavía no es claro cuáles son las normas y principios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto o en sentido lato. Lo anterior, teniendo en cuenta que algunas sentencias<sup>82</sup> sugieren que solo ciertos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen rango constitucional, mientras que otras decisiones, por ejemplo en la Sentencia T-483 de 2000, parecen incorporar todos los tratados de esta naturaleza.

Así mismo, algunas sentencias parecen incluir todas las leyes estatutarias en el bloque en sentido lato, por ejemplo la Sentencia C-582 de 1999, mientras que otras

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995

<sup>81</sup> Op. Cit. Pág. 4.

<sup>82</sup> Ver Sentencias C-295 de 1993 y C-225 de 1995 de la Corte Constitucional.

parecen incorporar únicamente a la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, tal y como desprenderse del contenido de la Sentencia C-708 de 1999.

Siguiendo al Profesor Rodrigo Uprimny<sup>83</sup>, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está compuesto por:

1. El preámbulo de la Constitución Política.
2. La Constitución.
3. Los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia.
4. La ley estatutaria que regula los estados de excepción.
5. Los tratados de derecho internacional humanitario.
6. Los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles.
7. Los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución Política, y
8. La doctrina elaborada por los Tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y solo en determinados casos.

Por su parte, el bloque de constitucionalidad en sentido lato, como parámetro de constitucionalidad de las leyes, está compuesto por:

1. Las leyes orgánicas; y
2. Las leyes estatutarias en lo pertinente.

Adicional a lo anterior, la salud cumple con los criterios que nuestro constitucionalismo ha reconocido para que así sea tratado y reconocido, motivo por

---

<sup>83</sup> UPRIMNY, Rodrigo, El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, Bogotá, D.C., 2012.

el cual, consideramos que no era necesario que la Corte Constitucional en una sentencia de tutela, la T - 760 de 2008, proferida en ejercicio de las competencias a ella asignadas en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, resaltará y reconociera que el derecho a la salud es un derecho fundamental por sí mismo.

En otras palabras, la salud es un derecho fundamental, no porque lo diga la Corte Constitucional en una o en varias sentencias, sino porque la salud integra, entre muchos otros, los siguientes criterios, lineamientos y elementos estructurados a través de diferentes procesos interpretativos y argumentativos<sup>84</sup>:

a) Existencia de un núcleo axiológico que lo fundamenta, es decir, valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y necesaria; postulados que justifican la inclusión constitucional del derecho a la salud o su reconocimiento discursivo como fundamental, y que determinan su contenido, núcleo esencial, alcance y límites, lo cual refleja la manera cómo ha de ser interpretado.

b) La existencia de una situación favorable de la cual algún sujeto puede obtener beneficio y que se concreta en un conjunto de facultades: libertad de acción, la legitimidad para reclamar algo a alguien en el Estado y que se refleja en un bien jurídico protegido por el Estado.

c) Un sujeto identificable titular de la situación, y un sujeto obligado (identificable) sobre el cual recaerán las cargas o limitaciones de conducta que del derecho se deriven.

---

<sup>84</sup> CHINCHILLA HERRERA, Tulio, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 2009.

d) Un conjunto de deberes de dar, hacer o no hacer, tanto específicos como generales, que constituyen el correlato obligacional del derecho y que van surgiendo en cada situación fáctica a partir de la afirmación de éste.

e) Un conjunto de garantías institucionales calificadas o reforzadas, diferentes y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias. Garantías que habilitan al titular del derecho a reclamar su respeto por vías coercitivas en caso de vulneración o desconocimiento.

f) Tiene fuerza vinculante frente a todos los poderes públicos; tiene fundamento constitucional y reserva de ley en algunos campos de su limitación; en él se identifica un contenido esencial; y goza de eficacia directa.

Además de lo anterior, debemos realizar una crítica constructiva a los lineamientos jurisprudenciales establecidos en la Sentencia T –760 de 2008, consistente en que el fallo prácticamente giró en torno a la preferencia a la sostenibilidad financiera del Sistema, particularmente en lo relacionado con las fallas en el recobro efectuado al FOSYGA de parte de las EPS.

En efecto, la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda y que corresponde al contenido de la Sentencia T-760 de 2008, hizo mucho énfasis en aspectos relacionados con las fallas en el recobro, es decir, las reclamaciones de dinero que efectúan las Entidades Promotoras de Salud al FOSYGA, lo cual fue reconocido como el núcleo dentro del cual la Corte tomó su determinación, aspectos que posteriormente permitieron, tanto al Gobierno Nacional a los Empresarios de

nuestro país, manejar la idea según la cual la sostenibilidad financiera es un derecho fundamental y en tal sentido propusieron una reforma constitucional<sup>85</sup>.

Consideramos, con el debido respeto, que dicho enfoque fue errado en la medida en que el verdadero eje central del análisis debió orientarse en la protección de los derechos y garantías constitucionales de los usuarios, quienes resultan ser los más desprotegidos y perjudicados en el actual modelo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que la Sentencia T – 760 de 2008 “patrocina” de alguna manera la disminución de la protección del derecho, cuando estructura una diferenciación entre las obligaciones de respeto, de protección y de cumplimiento.

Adicional a lo anterior, especial crítica merece la Sentencia, en la medida en que hace mucho énfasis y resalta en reiteradas oportunidades los “límites” que válidamente se le pueden imponer al derecho fundamental a la salud, lo cual podría interpretarse como una regla restrictiva y no garantista en beneficio de los usuarios.

### **2.2.3. La salud dentro de la finalidad social del Estado.**

De acuerdo con la norma constitucional, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. En ese contexto, será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. En este orden de ideas, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> DUEÑAS RUIZ, Oscar José, *Constitucionalización e Internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

<sup>86</sup> Artículo 366 de la Constitución Política.

En armonía con lo anterior, no debemos perder de vista que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por ello, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.<sup>87</sup>

### **2.3 LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO.**

Por otro lado, y como resultado de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se amplía el reconocimiento al derecho a la salud, al concebirlo también como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, garantizándosele a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En tal virtud, 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

---

<sup>87</sup>Artículo 2 de la Constitución Política.

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.

Adicionalmente prevé que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, precisando que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria<sup>88</sup>.

En relación con este tema, el profesor Rodrigo Uprimny en un interesante estudio sobre el derecho a la salud en la jurisprudencia, indica que “el derecho a la salud no tiene únicamente una faceta prestacional, sino que presenta múltiples dimensiones y plantea diversos y difíciles problemas constitucionales en distintos campos<sup>89</sup>”.

### **2.3.1 Consideraciones generales.**

La anterior consagración del servicio público obliga remitirse a las diferentes definiciones del concepto de servicio público. Es así, como, algunos autores, entre ellos Hugo Palacios Mejía, considera que la Constitución entiende como servicios públicos ciertas actividades encaminadas a proporcionar bienes o servicios públicos y privados, que interesan a todas las personas y tienen, por lo tanto, naturaleza homogénea.<sup>90</sup>

Sin embargo, es la legislación laboral, la que define el servicio público cuando indica que es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés

---

<sup>88</sup> Constitución Política, Art. 49.

<sup>89</sup>UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La Salud Pública en Colombia: Presente y futuro. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. [http://www.bdigital.unal.edu.co/784/4/261\\_-3\\_Capi\\_2.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/784/4/261_-3_Capi_2.pdf)

<sup>90</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo. Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución.

general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”<sup>91</sup>

Por lo anterior es factible concluir que la salud ha logrado desarrollarse como un derecho fundamental, previa evolución de la jurisprudencia constitucional, así como del reconocimiento por parte de las autoridades estatales de obligaciones específicas inmediatas. Así mismo, la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual a partir de la Constitución Política de 1991, permite la participación de terceros en las labores propias del Estado, principalmente en lo relacionado con la satisfacción de las necesidades de interés general.

Lo anterior ha sido explicado por la Corte Constitucional en su Sentencia T 540 de 1992, así:

*(...) El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.*

*Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (C.P. art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio*

---

<sup>91</sup> Código sustantivo del trabajo, art 430.

*a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.*

*(...) Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población.*

### **2.3.2 Características del servicio público.**

En este orden de ideas, las siguientes son algunas características generales del servicio público, las cuales se pueden derivar de lo señalado en los artículos 49, 334 y 365 constitucionales:

- Son inherentes a la función social del Estado.
- Se someten a un régimen jurídico que fije la ley.
- Pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por los particulares.

- La regulación, el control y la vigilancia en todos los casos está a cargo del Estado. Esto significa que su labor no es la de prestarlos sino la de garantizar que ellos sean prestados.
- Una de sus finalidades debe ser la de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Así tenemos entonces, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado.<sup>92</sup>

En tal sentido, para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) *organizar*, (ii) *dirigir* y (iii) *regular* la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su *vigilancia* y (vi) *control*; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema<sup>93</sup>.

De conformidad con lo anterior, es importante analizar el concepto “*El Estado como regulador de la prestación de los servicios de salud*”. En tal sentido, la función estatal

---

<sup>92</sup> Ley 100 de 1993. Art.4°.

<sup>93</sup> Sentencia T-760 de 2008.

de *regulación*<sup>94</sup> ha sido entendida por la Corte Constitucional como funciones específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y que están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales, y en todo caso sujetas a las formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo y a los controles pertinentes de carácter administrativo y judicial, lo que implica que<sup>95</sup>:

1. Entre las manifestaciones de la función reguladora se incluyen la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En particular, la función de regulación exige al Estado la creación de "(...) las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud<sup>96</sup>, así como la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación<sup>97</sup>
2. Adicionalmente, se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento.
3. Igualmente, se pueden identificar otras facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer

---

<sup>94</sup> Sentencia C-955 de 2007.

<sup>95</sup> Sentencia C-1162 de 2000.

<sup>96</sup> Sentencia T-760 de 2008.

<sup>97</sup> sentencia C-252 de 2010.

información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador.

4. El campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación.
5. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.
6. La regulación no se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.).

7. Cuando se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.).

De ahí, que la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución, solidaridad y el de acceso universal en todos los servicios públicos<sup>98</sup>.

#### **2.4 MARCO LEGAL DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD.**

Para tal efecto, el marco legal del servicio público de salud actualmente se encuentra contenido en las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001, 1122 y 1176 de 2007 y 1438 de 2011, cuya finalidad es regular la prestación del servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio de todos los niveles de atención.

Dicha normatividad “mediante el régimen de competencias y los recursos, establece una nueva organización administrativa y financiera de los servicios de salud en el país, otorga protagonismo y autonomía a las autoridades locales y regionales de salud, al tiempo que establece los porcentajes de inversión a estas instancias, para el desarrollo de la atención a la población”<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Artículo 365 C.P.

<sup>99</sup> Resolución No. 128 de 2012, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Ahora bien, el preámbulo de la Ley 100 de 1993 dispone que la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

En armonía con lo anteriormente señalado, la Superintendencia Nacional de Salud ha sostenido que “la Ley 100 de 1993 delimita la estructura y el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual le otorga como propósito fundamental garantizar el acceso universal a los servicios de salud, al tiempo que le establece un diseño institucional que asigna al Estado las labores propias de la regulación e introduce nuevos mecanismos de financiamiento y provisión de servicios. Es así como la estructura del sistema se define en ocho núcleos funcionales interdependientes:

1. La Dirección y Rectoría, en cabeza del Gobierno Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud CRES, quienes dictan las reglas básicas para garantizar la operación del sistema;
2. El Financiamiento a través de: El Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga que reúne los recursos provenientes de las contribuciones y algunos recursos fiscales -; y de los Fondos Locales, Distritales y Departamentales de Salud que reúnen los recursos provenientes de las transferencias territoriales, recursos del orden nacional y recursos de cofinanciación y los recursos del orden territorial: Cubren la prima del seguro y otros gastos de salud para la población afiliada;

3. El Aseguramiento en salud que opera en un mercado de competencia regulada a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS -, Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, los Regímenes Especiales o Excepcionales en Salud, las Entidades que ofrecen Planes Adicionales de Salud;
4. La Administración de la Salud, organizada a través de las Direcciones Territoriales de Salud, en función de la garantía en la atención de los servicios de salud;
5. La Prestación de Servicios de Salud, mediante los Prestadores de Servicios de Salud – PSS;
6. La Inspección, Vigilancia y Control, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Salud INS e Instituto Nacional de Vigilancia de medicamentos y alimentos INVIMA;
7. La Jurisdicción de la Salud, esto es, los jueces de la salud, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud;
8. La Conciliación extrajudicial en Salud, que podrá ser adelantada ante la Superintendencia Nacional de Salud”<sup>100</sup>.

De otra parte, con ocasión del control constitucional efectuado a la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente acerca de la naturaleza jurídica de la seguridad social:

*“La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora*

---

<sup>100</sup>Ibidem.

*de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.*

*(...) La Carta adopta pues, un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.*

*El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, sumados al de la progresividad que retoma el legislador en la ley que se revisa, aportan una mejor comprensión de los alcances que de los mismos se fija en las disposiciones de la Carta sobre seguridad social.”<sup>101</sup>*

De igual forma, señaló el legislador que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para

---

<sup>101</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1994.

obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

Dicho sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad; las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de la Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro<sup>102</sup>.

Así mismo, quedó establecido en la norma que el servicio público esencial de seguridad social, de acuerdo con el legislador, se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Específicamente, en materia de salud, la Ley 100 de 1993 dedica todo su Libro II al Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalando en su Capítulo 1 el objeto, fundamentos y características del sistema.

Allí el legislador estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolló los fundamentos que lo rigen, determinó su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Igualmente, estableció como objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud el de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

---

<sup>102</sup>Artículo 1º de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Allí señaló que dicha normatividad tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios, motivo por el cual se reformaban aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

Dicha Ley creó la Comisión de Regulación en Salud<sup>103</sup> (CRES) como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social, la cual se encargaría de ejercer las funciones que hasta ese momento venía ejerciendo el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con el legislador, la Comisión de Regulación en Salud ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

---

<sup>103</sup>La Comisión de Regulación en Salud estará integrada de la siguiente manera:

1. El Ministro de la Protección Social quien la preside, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público quien, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
3. Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

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 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.
4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud y sus beneficios.
5. Establecer y actualizar un sistema de tarifas.

En relación con la prestación del servicio público de salud, la norma estableció que, con el fin de regular la prestación de los servicios de salud, el Ministerio de la Protección Social debía definir los siguientes aspectos:

- a) Los requisitos y el procedimiento para la habilitación de nuevas Instituciones prestadoras de servicios de salud teniendo en cuenta criterios poblacionales, epidemiológicos, financieros, socioeconómicos y condiciones del mercado.
- b) Las medidas necesarias para evitar la selección adversa y selección de riesgo de los usuarios por parte de las EPS y de los entes territoriales, para evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
- c) El diseño de un sistema de clasificación de IPS, con base en los indicadores, que provea el sistema obligatorio de garantía de calidad relacionado con el Sistema Tarifario, de manera que incentive a las IPS para ascender en su clasificación y optar por mejores tarifas.
- d) Los mecanismos para que las EPS, de los diferentes regímenes, garanticen a los afiliados la posibilidad de escoger entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia, sin

perjuicio de lo previsto en la presente ley como porcentaje mínimo a contratar con la red pública de prestación de servicios en el régimen subsidiado<sup>104</sup>.

En relación con la prestación de servicio por parte de las instituciones públicas, ordenó el legislador que ésta solo se hará a través de las Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud.

En todo caso, de acuerdo con la norma, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud, debiendo existir en cada municipio una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“15.1. La seguridad social en salud es una modalidad de servicio público que (i) está sometido al control, vigilancia y coordinación del Estado; (ii) debe prestarse de manera tal que cumpla tanto con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; como con prestaciones aceptables y de calidad, que aseguren el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes. Esto implica que el Estado está constitucionalmente facultado para intervenir en el servicio, con el fin de lograr el cumplimiento de sus finalidades superiores.*

---

<sup>104</sup>Artículo 25 de la Ley 1122 de 2007.

*15.2. En cuanto al arreglo institucional del SGSSS, la Constitución fija reglas definidas acerca de la posibilidad que la atención médica sea prestada por instituciones públicas o con concurrencia de sociedades privadas, conservándose en cualquier caso el direccionamiento y control estatal. Así, el artículo 48 C.P. dispone que 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, servicios que serán suministrados por entidades públicas o privadas, conforme la misma regulación legal. De igual modo, el artículo 49 C.P. indica que para el caso particular de la atención en salud, el Estado tiene la potestad de fijar las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas. Así mismo, establecer las competencias la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”<sup>105</sup>.*

De otra parte, la ley definió la salud pública como el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad”<sup>106</sup>.

Así mismo, le ordenó al Gobierno Nacional definir el Plan Nacional de Salud Pública para cada cuatrienio, el cual quedará expresado en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo, el cual tendrá como objetivo la atención y prevención de los principales

---

<sup>105</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-869 de 2010.

<sup>106</sup>Artículo 32 de la Ley 1122 de 2007.

factores de riesgo para la salud y la promoción de condiciones y estilos de vida saludables, fortaleciendo la capacidad de la comunidad y la de los diferentes niveles territoriales para actuar<sup>107</sup>.

Años más tarde, en el 2011, el Congreso de la República expidió la Ley 1438, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, la cual tiene como objeto el fortalecimiento de dicho sistema, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

En armonía con lo anterior, se incluyeron 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.

Así mismo, y en relación con la orientación que debía tener el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el legislador dispuso que éste debía estar enfocado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud.

Para tal efecto, debían estructurarse acciones de salud pública, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y demás prestaciones que, en el marco de una

---

<sup>107</sup> *Ibíd*em, Artículo 33.

estrategia de Atención Primaria en Salud, sean necesarias para promover de manera constante la salud de la población.

Con el fin de dar cumplimiento a lo anterior, el Gobierno Nacional debía definir metas e indicadores de resultados en salud que incluyeran a todos los niveles de gobierno, instituciones públicas y privadas y demás actores que participan dentro del sistema<sup>108</sup>.

Ahora, la reciente Ley 1438 de 2011 adoptó la Estrategia de Atención Primaria en Salud, constituida por tres componentes integrados e interdependientes: 1). Los servicios de salud. 2). La acción intersectorial/transectorial por la salud y 3). La participación social, comunitaria y ciudadana.

Dicha Atención Primaria en Salud fue definida como la estrategia de coordinación intersectorial que permite la atención integral e integrada, desde la salud pública, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la rehabilitación del paciente en todos los niveles de complejidad a fin de garantizar un mayor nivel de bienestar en los usuarios, sin perjuicio de las competencias legales de cada uno de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, la atención primaria hace uso de métodos, tecnologías y prácticas científicamente fundamentadas y socialmente aceptadas que contribuyen a la equidad, solidaridad y costo efectividad de los servicios de salud.

De acuerdo con la ley, para el desarrollo de la atención primaria en salud el Ministerio de la Protección Social<sup>109</sup> deberá definir e implementar herramientas para

---

<sup>108</sup>Ley 1438 de 2011, Artículo 2.

<sup>109</sup>Actualmente dichas funciones le fueron atribuidas al Ministerio de Salud y Protección Social.

su uso sistemático como los registros de salud electrónicos en todo el territorio nacional y otros instrumentos técnicos<sup>110</sup>.

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 1438 de 2011, con el argumento según el cual todo lo relacionado con el derecho fundamental a la salud debía tramitarse a través de una Ley Estatutaria, de conformidad con lo señalado por el artículo 152 de la Constitución Política, la Corte Constitucional resolvió declararla inexecutable.

En esencia, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“Del mismo modo se ha sostenido de manera simultánea que la reserva de ley estatutaria se aplica cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, y de aquellas disposiciones que aludan a la estructura general y principios reguladores de un derecho fundamental pero no a su desarrollo integral y detallado, lo que suscita dudas en cuanto al grado de detalle que ha de tener una regulación de un derecho fundamental para que respecto de ella se aplique la reserva de ley estatutaria.”<sup>111</sup>.*

Finalmente, afirmó la Corte, otros de los criterios propuestos han de ser precisados en cada caso concreto, por ejemplo, aquél que reserva a la ley estatutaria la regulación de situaciones principales e importantes de los derechos fundamentales.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup>Artículo 12 de la Ley 1438 de 2011.

<sup>111</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-791 de 2011.

<sup>112</sup>Ibidem.

#### **2.4.1 El principio de sostenibilidad fiscal y su relación con el derecho a la salud.**

En el año 2011, el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo 3 de 2011, por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal. Dicho Acto Legislativo modificó el artículo 334 de la Constitución Política y señaló que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal (SF), el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

Igualmente dispuso que el Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

En ese sentido, la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

En armonía con lo anterior, estableció el Acto Legislativo que el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de

un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

No obstante lo anterior, señala la misma norma constitucional que en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales, y que al interpretar la norma, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Por su parte, el primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política fue reformado igualmente por el citado Acto Legislativo en los siguientes términos:

Habrà un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Finalmente, el primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política señala actualmente que el Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días

de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

Según se desprende de la Gaceta del Congreso 451/10, en la exposición de motivos del Acto Legislativo el Congreso de la República sostuvo lo siguiente:

*La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad para recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en el tiempo, de manera que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos, como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad intergeneracional, y un crecimiento económico estable. En otras palabras, el Gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda de gasto que adopta en el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos del Estado en el mediano plazo.*

*(...)Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.*

*No existe una disposición constitucional que consagre en forma directa y clara dicho principio, con un alcance general, formulado de tal manera que tenga en cuenta las diversas circunstancias derivadas de los ciclos económicos domésticos o de la dinámica de la economía mundial. Esas crisis y la evolución de la tecnología y los cambios en las circunstancias sociales o económicas pueden afectar la prestación y el contenido de algunos de los derechos, pero, pese a ello, no puede renunciarse a la progresividad de los mismos en su conjunto, y la sostenibilidad fiscal es el instrumento para asegurar esa progresividad en el conjunto.*

*El Gobierno Nacional, pretende que estas omisiones puedan superarse con la aprobación del proyecto de Acto Legislativo que ahora se pone a consideración del congreso.*

*(...)La propuesta de Acto Legislativo que aquí se sustenta, tiene por objeto proteger la efectividad de los derechos propios del Estado Social de Derecho ante los diversos avatares del ciclo económico nacional e internacional, incorporando en la “Constitución económica” el derecho a la sostenibilidad fiscal, así como el deber de las ramas y órganos del Estado de protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en su conjunto.*

*Por estas razones, el Gobierno Nacional considera necesaria una iniciativa que otorgue, en forma expresa, jerarquía constitucional a la preservación y protección de la sostenibilidad fiscal, reconociendo el decisivo papel que esta cumple como condición necesaria, que no*

*suficiente, para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y la garantía de la efectividad de los derechos a través del crecimiento sostenido de la economía.*

*Igualmente, al consagrar que la sostenibilidad fiscal no sólo es un deber del Estado, sino también un derecho de todos, se espera que este precepto constitucional contribuya a crear conciencia ciudadana, a sentar las bases para que el Legislador adopte en los planes de desarrollo y en las normas presupuestales las reglas que estime pertinentes con el fin de proteger, desde el frente fiscal, la sostenibilidad fiscal de la Nación y a definir los responsables del cumplimiento de dichas reglas.”<sup>113</sup>*

Por su parte, con ocasión del control de constitucionalidad realizado sobre el Acto Legislativo 3 de 2011, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Sostuvo la Corte que el primer aspecto que se encuentra en el Acto Legislativo demandado es integrar a la Constitución el concepto de *sostenibilidad fiscal*. Este criterio, según la doctrina económica, no es unívoco. Sin embargo, las diferentes definiciones apuntan a encuadrarlo en la necesidad que los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficit fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica.

---

<sup>113</sup> Gaceta del Congreso 451/10 pp. 14-24.

Desde una perspectiva más general, algunos autores<sup>114</sup> definen el concepto de Sostenibilidad Fiscal como *“... la necesidad de un gobierno por conseguir recursos para cubrir el déficit fiscal; es decir, en el cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno, la cual requiere que el valor presente de los flujos esperados del resultado primario sea igual al valor actual de la deuda corriente. De este modo, la deuda en el largo plazo será igual a cero.”*

Agregan que desde el punto de vista macroeconómico, la importancia de la Sostenibilidad Fiscal radica en que *“dicho análisis puede determinar las medidas de política económica que el gobierno debe asumir. En particular, evalúa si, dada la capacidad de recaudación de ingresos fiscales y la estructura de financiamiento, la política de gastos puede mantenerse en el largo plazo. (...) Una política fiscal insostenible, por ejemplo, conlleva a mayores tasas de interés y de inflación.”*

Esta comprensión de la Sostenibilidad Fiscal, dijo la Corte, es sostenida por otros autores, quienes indican que *“[e]l análisis de la sostenibilidad fiscal determina si un gobierno puede seguir indefinidamente un conjunto de políticas fiscales dada, sin cambios de esa política en el futuro (...) en la práctica, la política fiscal se ha considerado sostenible si se estabiliza la relación entre la deuda y el producto interno bruto.”*<sup>115</sup>

La misma perspectiva de análisis distingue entre dos enfoques para evaluar la sostenibilidad fiscal. Una *ex post*, que analiza *“... el cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno mediante una relación de largo plazo entre los ingresos y*

---

<sup>114</sup> RABANAL, Jean Paul. Perú: Dos enfoques para analizar la sostenibilidad fiscal. Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Disponible en Internet: [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/Peru\\_dos\\_enfoques\\_analizar\\_la\\_sostenibilidad\\_fiscal.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/Peru_dos_enfoques_analizar_la_sostenibilidad_fiscal.pdf)

<sup>115</sup> NTAMATUNGIRO, Joseph. (2004). Fiscal Sustainability in Heavily Indebted Countries Dependent on Nonrenewable Resources: *The Case of Gabon*. Working Paper. International Monetary Fund. African Department, p. 7 (traducción libre de la Corte).

*los gastos del sector público. Si existe dicha relación y se cumplen ciertas condiciones, detalladas más adelante, se dice que la política fiscal es sostenible.”* Otra, de naturaleza *ex ante*, que “... se basa en el análisis de la trayectoria futura de los ingresos, los gastos, el endeudamiento y otras variables, según el modelo utilizado.”

Señaló la Corte Constitucional que el concepto de Sostenibilidad Fiscal, como lo explica Afonso, está en el centro del debate contemporáneo en macroeconomía. Según este autor, la Sostenibilidad Fiscal es un tema recurrente, no solo respecto de los Estados, sino de también de las agencias económicas internacionales. Señala que la discusión sobre la necesidad de lograr la Sostenibilidad Fiscal se hace presente desde la década del veinte del siglo pasado, cuando Keynes, al referirse al problema de la deuda pública francesa de ese momento, señalaba como resulta imperativo que el gobierno llevara a cabo una política fiscal sostenible, so pena que se llegara un punto de desequilibrio excesivo entre la deuda y el PIB, o entre el déficit fiscal y las rentas nacionales. En otros términos, concurría un problema de SF cuando los ingresos públicos no son suficientes para mantener la financiación de los costos asociados con la nueva emisión de deuda pública.<sup>116</sup> Esta misma discusión, con similares características, vuelve a tenerse en cuenta en los tiempos actuales, en especial ante la crisis europea vigente<sup>117</sup>.

Afirmó igualmente que un concepto que reiteradamente se asocia con el criterio de SF es la de la restricción presupuestaria intertemporal - RPI. Como lo explican autores que analizan la sostenibilidad para el caso colombiano, este concepto de índole contable, “... describe los factores que inciden en la evolución de la deuda pública. Esa postulación también permite hacer pronósticos sobre la trayectoria

---

<sup>116</sup> AFONSO, Antonio. (2004) Fiscal Sustainability: the Unpleasant European Case. European Central Bank.

<sup>117</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012

*futura de la deuda y derivar conclusiones básicas de política consistentes con una postura fiscal determinada.*<sup>118</sup> Con todo, la restricción presupuestaria intertemporal no es la única metodología para la evaluación de la sostenibilidad, pues también concurren otras como la *hoja de balance*, el enfoque de valor de riesgo u otras estadísticas fundadas en distribuciones de probabilidad a partir de simulaciones estocásticas, esto es, que no están determinadas y se nutren tanto por acciones previsibles como variables no regulares.

Los mismos autores explican que la restricción presupuestaria intertemporal, aplicada a la definición de la sostenibilidad fiscal, contiene varios determinantes de evolución de la deuda pública, reunidos en tres variables, a saber, (i) el *balance primario* que en rigor debe ser positivo (en valor presente) para que el coeficiente de deuda a producto no crezca. Pronósticos deficitarios en el balance primario aumentarán la deuda, dando claras señales de dificultades para honrarla y, por consiguiente, de una posición fiscal no sostenible; (ii) el *factor dinámico de ajuste a la deuda*, constituido por el producto entre la tasa de interés real y el saldo de la deuda del periodo previo, y el cual da cuenta de cómo el entorno macroeconómico y de crecimiento económico afecta las finanzas pública; y (iii) el *factor residual*, que agrupa a su vez determinantes como el señoreaje, entendido como la fuente potencial de ingresos para el gobierno, derivada del monopolio de la banca central para emitir dinero; las valorizaciones cambiarias de la deuda, en tanto que la RPI relaciona saldos de deuda con flujos fiscales de ingresos y gastos y a que parte de esas operaciones se hacen en moneda extranjera; y otras operaciones que pueden afectar la deuda pero no el balance primario o viceversa.

---

<sup>118</sup> LOZANO, Ignacio, *et. al.* (2007) "Sostenibilidad fiscal en Colombia: una mirada hacia el mediano plazo". En: *Perfil de coyuntura económica No. 9*. Universidad de Antioquia, pp. 47-72.

Finalmente, en este punto, afirmó el alto tribunal constitucional que el estudio en comento resalta que las proyecciones de ingresos y gastos fiscales no son extrañas para el caso colombiano, destacándose la figura del marco fiscal de mediano plazo, documento del Ejecutivo que orienta la política fiscal del país y que ha tenido incidencia jurídico constitucional, merced de su regulación en las disposiciones orgánicas de presupuesto<sup>119</sup>.

De acuerdo con la Corte el criterio de Sostenibilidad Fiscal está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen<sup>120</sup>.

Así mismo, sobre otros aspectos esenciales del principio de sostenibilidad fiscal, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

*“31.2. Con todo, la introducción de un marco de SF para el ejercicio de la intervención del Estado en la economía tiene, en virtud de la siguiente disposición normativa contenida en la reforma que determina el objetivo de dicho marco, un propósito definido: fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. Esta previsión es importante, pues vincula a la SF con los fines esenciales del Estado y, en suma, con la cláusula de ESDD, en los términos explicados en esta sentencia sobre el contenido y alcance de ese eje estructural de la Constitución. Como*

---

<sup>119</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012.

<sup>120</sup> *Ibíd.*

*se expondrá en fundamentos jurídicos posteriores, un contenido normativo de esta naturaleza tiene efectos definitivos para la interpretación sistemática de la SF y la definición acerca de la presunta sustitución de la Carta Política por la reforma demandada.*

*31.3. El mismo inciso del artículo 334 C.P. fija una nueva disposición, consisten en que “en cualquier caso” el gasto público social será prioritario. Quiere esto decir que la aplicación del marco de SF en la intervención de la economía debe ser compatible con el mandato previsto en dos previsiones constitucionales que tratan sobre la materia, ambas pertenecientes al título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”. El artículo 350 C.P. determina que la ley de apropiaciones, que hace parte del presupuesto nacional, debe tener un componente denominado gasto público social, que agrupa las partidas que la ley orgánica determine. La distribución territorial de ese rubro tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según la reglamentación legal. A su vez, las finalidades que integran el gasto público social también tienen raigambre constitucional. En efecto, el artículo 366 C.P., contenido en el régimen constitucional sobre la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, prescribe que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes son finalidades sociales del Estado. Por lo tanto, será “objetivo fundamental” de la actividad estatal la solución de las necesidades insatisfechas en materia de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Con el objeto de dar eficacia material a esos imperiosos fines estatales, la misma norma determina que en los planes y*

*presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.*

*Según lo expuesto, se tiene que por expresa disposición constitucional, existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de SF en la intervención del Estado en la economía. Quiere esto decir que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos. De nuevo, esta conclusión es importante, pues deberá ser retomada en el acápite sobre la interpretación sistemática del Acto Legislativo acusado.*

*31.4. (...) La reforma constitucional confiere a la SF la calidad de criterio orientador. Como lo ponen de presente varios de los intervinientes, el uso corriente el término “orientar” versa sobre actividades de direccionamiento o encauzamiento, de manera tal que no podría otorgársele prima facie carácter coactivo para la actuación de las autoridades estatales. Esta conclusión se refuerza por el hecho que el mismo precepto acoge una fórmula de aplicación de la SF basada en (i) el reconocimiento de la vigencia de las “competencias” de las ramas y órganos del poder público, esto es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 C.P., con sujeción a las previsiones constitucionales y legales que definan tales funciones; y (ii) el reconocimiento del modelo de separación de poderes explicado en este fallo, fundamentado en la autonomía de las distintas ramas, bajo un criterio de controles recíprocos y de colaboración armónica, el cual*

*valida aquellas normas del ordenamiento que facilitan la operación del sistema de frenos y contrapesos, pero que al mismo tiempo se oponen a preceptos que usurpan las funciones constitucionales de los mismos órganos y ramas del poder público.*

*Encuentra la Corte que esa formulación normativa desarrolla tópicos que guardan unidad de sentido con las anteriores reformas introducidas por el Acto Legislativo acusado. Nótese que si bien el Congreso introdujo el principio o criterio ordenador de SF en las normas superiores integrantes de la Constitución Económica, las ha correlativamente rodeado de distintas cautelas, dirigidas a evitar que ese mecanismo contradiga los fines del ESDD o la estructura de competencias constitucionales de los órganos del Estado. Sin embargo, esta conclusión será objeto de análisis separado en los fundamentos jurídicos que tratarán la interpretación sistemática del precepto.*

*(...) El párrafo adicionado al artículo 334 C.P., el cual impone una regla común para la consideración de la SF en la intervención del Estado en la economía y en el incidente de impacto fiscal, consistente en que en ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

*La intención del Acto Legislativo en este punto está suficiente definida. De lo que se trata es que la consideración de la SF por parte de las autoridades del Estado debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no solo a partir de la*

*vigencia de su núcleo esencial, sino también desde una perspectiva de vigencia integral de esos derechos. Es por ello que la fórmula adoptada por la reforma constitucional hace expresa referencia a que el principio o criterio de SF no puede, en ningún caso, servir de base para el menoscabo, restricción o negación de los derechos fundamentales. Existe, en ese orden de ideas, un mandato de intangibilidad de esas garantías constitucionales frente a la consideración de la sostenibilidad fiscal. Nuevamente, esta distinción será de nodal importancia al momento en que la Sala asuma la interpretación sistemática de las reglas introducidas a la Constitución por el Acto Legislativo demandado.*

De otra parte, el Acto Legislativo incorpora dos reglas que integran el principio o criterio de Sostenibilidad Fiscal al ámbito presupuestal y de planeación que regula la Carta Política. Así, se adiciona el artículo 339 C.P. en el sentido que el plan de inversiones públicas, que hace parte del plan nacional de desarrollo, deberá contener los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la Sostenibilidad Fiscal.

De manera similar, señala la Corte, se complementa el artículo 346 de la Constitución Política, al señalarse que el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, cuya formulación corresponde al Gobierno, deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco que garantice la Sostenibilidad Fiscal.

En ese orden de ideas, sostiene la Corte, se tiene que el Congreso otorgó carácter operativo al criterio de Sostenibilidad Fiscal, a través de su inclusión en dos procedimientos críticos de intervención del Estado en la economía, como son la

elaboración del plan nacional de desarrollo y el presupuesto general de la Nación. Se trata, por ende, de una regulación instrumental que otorga eficacia material a la Sostenibilidad Fiscal.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y armonizando la sostenibilidad fiscal con el derecho fundamental a la salud, consideramos que esta constituye un requisito técnico importante para la racionalización de la economía, y en ese marco para la consecución de la garantía de los derechos fundamentales y sociales, y que desde luego debe tenerse en cuenta por el Estado y el Legislador, por cuanto hace parte de los requisitos fácticos para la optimización de los derechos como “principios de optimización”, pero que la relación entre estos tiene que ser a partir de un enfoque de derechos hacia la Sostenibilidad Fiscal, y no al contrario, esto es, desde la Sostenibilidad Fiscal hacia los derechos<sup>121</sup>.

En tal sentido, no se puede partir de un análisis de Sostenibilidad Fiscal para determinar el grado de garantía de los derechos, sino al revés, debe partirse del mandato constitucional de garantía de los derechos para adecuar a dicha exigencia la Sostenibilidad Fiscal.

El derecho fundamental a la salud, y la prestación del servicio público de salud no se pueden llegar a ver afectados por el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que, tal y como la misma norma constitucional establece, existen dos excepciones a la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal:

---

<sup>121</sup> Sentencia C-228 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

a) Que en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales, es decir, que el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud no puede afectarse con el principio de sostenibilidad fiscal, y

b) Que al interpretar las reglas contenidas en el acto legislativo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, entre ellos, el derecho fundamental a la salud.

En efecto, en ese sentido, el fallo de la Corte Constitucional puntualizó que en todo caso el principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar el principio de no regresividad en materia de protección de derechos constitucionales, incluido, por supuesto, el derecho fundamental a la salud.

### **3. ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA.**

Sea lo primero resaltar que el marco jurídico que regula el Sistema General de Seguridad Social y dentro de él, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha sufrido múltiples reformas legislativas y reglamentarias. Incluso, actualmente, cursan en el Congreso de la República varios proyectos de ley que pretenden modificar en forma integral nuestro modelo de salud creado por el legislador en el año 1993.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud fue creado mediante la Ley 100 de 1993, la cual desarrolló los fundamentos que lo rigen, determinó su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Básicamente, los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

#### **3.1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

De acuerdo con el legislador, los siguientes son algunos principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

- **Universalidad:** Indica que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.
- **Solidaridad:** Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.
- **Igualdad:** De acuerdo con el legislador, el acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.
- **Obligatoriedad:** Dispone que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia.
- **Enfoque diferencial:** El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.
- **Equidad:** En virtud del principio de equidad, el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.
- **Calidad:** Señala que los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.
- **Eficiencia:** Se encuentra definido como la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

- **Participación social:** Es la intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en conjunto.
- **Progresividad:** Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios.
- **Libre escogencia:** De acuerdo con este principio, el Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.
- **Sostenibilidad:** Señala el legislador que las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Igualmente, las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. En tal virtud, la administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.
- **Transparencia:** Indica que las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.
- **Descentralización administrativa:** De conformidad con este principio, en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.
- **Complementariedad y concurrencia:** Indica la ley que se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- **Corresponsabilidad:** Con base en éste principio, toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y

colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

- **Irrenunciabilidad:** Establece que el derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.
- **Intersectorialidad:** Se encuentra definido como la acción conjunta y coordinada de los diferentes sectores y organizaciones que de manera directa o indirecta, en forma integrada y continua, afectan los determinantes y el estado de salud de la población.
- **Prevención:** Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.
- **Continuidad:** Con fundamento en este principio, toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad<sup>122</sup>.

En este aparte, merece especial atención la definición que sobre salud pública señaló el legislador, quien la definió como el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Ley 1438 de 2011.

<sup>123</sup> Ley 1122 de 2007, artículo 32.

### **3.2 FINALIDADES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD E INTEGRANTES DEL MISMO.**

De acuerdo con el legislador, el Estado intervendrá en el servicio público de salud, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en la Ley, y con sujeción a las normas constitucionales aplicables<sup>124</sup>, para el logro de los siguientes fines:

- a. Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en la Ley.
- b. Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho fundamental para todos los habitantes de Colombia<sup>125</sup>.
- c. Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;
- d. Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;
- e. Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;
- f. Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;
- g. Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

---

<sup>124</sup> Ver entre otros los artículos 48, 49, 334, 335, 365, 366, 367, 368, 369 y 370.

<sup>125</sup> Inicialmente, el derecho a la salud fue concebido como un derecho social por parte del Constituyente de 1991, sin embargo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-760 de 2008 señaló que la salud es un verdadero derecho fundamental.

- h. Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

### **3.3 CRITERIOS CON SUJECCIÓN A LOS CUALES DEBE PRESTARSE EL SERVICIO DE SALUD.**

Para el año de 1993, el legislador concibió desde el punto de vista conceptual el Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en los siguientes criterios:

En primer lugar, dispuso que el Gobierno Nacional debía dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Igualmente, señaló que todos los habitantes en Colombia debían estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiaría con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.

Así mismo, todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirían un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que sería denominado el Plan Obligatorio de Salud.

Por su parte, el recaudo de las cotizaciones sería responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegaría en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud.

Estas Entidades Promotoras de Salud tendrían a su cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras de Salud, estando obligadas a suministrar a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno Nacional.

Dispuso el legislador que por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibiría una Unidad de Pago por Capitación - UPC – que sería establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social, inicialmente, y posteriormente dicha función se le atribuiría a la Comisión de Regulación en Salud.

En materia de elección, se estableció que los afiliados al sistema elegirían libremente la Entidad Promotora de Salud. Así mismo, escogerían las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

De igual forma, los afiliados podrían conformar alianzas o asociaciones de usuarios para que los representen ante las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Ahora bien, en cuanto a las Instituciones Prestadoras de Salud, el legislador estableció que serían entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas.

Para tal fin, el Estado podía establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario.

De igual forma autorizó a las Entidades Promotoras de Salud para prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

Adicionalmente, el legislador estableció que con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existiría un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiaría con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.

El modelo creó un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendría por objeto, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias.

Así mismo, dispuso que las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirían la financiación al subsidio a la demanda, y celebrarían convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la Ley.

La financiación se haría con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía.

De igual forma, la Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarían el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal<sup>126</sup>.

### **3.4 CATÁLOGO DE BENEFICIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

Los planes de beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud<sup>127</sup>, considerados como un conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que se brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar la salud y evitar el menoscabo en su economía, a causa de la incapacidad temporal por enfermedad general, la maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de accidentes de origen laboral y enfermedad laboral. En tal sentido, encontramos los siguientes planes de beneficios:

- **Plan de Atención Básica en salud (PAB):** Prestado directamente por el Estado y sus entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios) o por particulares contratados. Contiene acciones individuales y colectivas de información, educación para salud, prevención primaria y diagnóstico precoz

---

<sup>126</sup> Artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

<sup>127</sup> Decreto 806 de 1998.

de enfermedades con gran influencia en la salud colectiva. Los criterios básicos de este plan son: focalización de personas con más alto riesgo; atención a las enfermedades de más alto costo-efectividad en su manejo; atención de enfermedades que generen alto compromiso comunitario, así como, actividades de promoción de la salud.

El PAB es financiado con recursos fiscales destinados al fomento de la salud y prevención de la enfermedad, con dineros procedentes del Fondo de Solidaridad y garantías (FOSYGA, subcuenta de Promoción y Prevención); recursos procedentes de los impuestos a los juegos de apuestas y azares, licores y a las armas; recursos fiscales derivados de los programas nacionales del Ministerio y con recursos que para efecto destinen los entes territoriales.

- **Plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POS):** Es el conjunto de servicios de atención en salud a que tiene derecho todo afiliado el régimen contributivo, y sus beneficiarios, que cumplan con las obligaciones establecidas para el efecto. Tales servicios los prestan las Empresas Promotoras de Salud (EPS). También, incluye los reconocimientos económicos a que tiene derecho todo cotizante, en determinadas circunstancias (licencia de maternidad, incapacidad laboral, invalidez).

El POS, en tratándose del cotizante incluye educación, información y fomento de la salud y, la prevención, diagnóstico y rehabilitación de la enfermedad así como el suministro de los medicamentos esenciales. Para la familia del cotizante, el plan es similar, sin embargo en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención. La atención está regulada a través del

Manual de Procedimientos e Intervenciones (MAPIPOS) el cual determina los medicamentos, procedimientos y demás derechos en favor de los afiliados. Se financia con las contribuciones de afiliados y empleadores a este sistema. Las EPS se financian con los recursos que les reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud por concepto de las Unidades de Pago por Capitalización (UPC), las cuotas moderadoras y los copagos.

- **Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. POS-S:** Propende por la cobertura en favor de la población más pobre y vulnerable que haya sido identificada y clasificadas como tal, según el Sistema de Clasificación de Beneficiarios (SISBEN). Es un conjunto básico de servicios de atención en salud garantizados por las Empresas Promotoras de Salud Subsidiadas (EPS-S), Empresas Promotoras de Salud Indígenas (EPS-I), Empresas Solidarias de Salud (ESS), y las Cajas de Compensación Familiar (CCF) que conforman EPS-S autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud (SNS).

El plan es financiado con los recursos destinados a subsidios a la demanda que ingresan a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, por recursos fiscales, la participación de los municipios y demás rentas ordinarias y de destinación específica de estos, impuesto a las apuestas y licores; un punto de la cotización de los contribuyentes con salarios superiores a cuatro salarios mínimos y por el usuario, al pagar el porcentaje del servicio que no es financiado por el Estado, el cual, varía según su clasificación en el SISBEN.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con la orden de la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, el POS contributivo y subsidiado debe unificarse

propendiendo por el cumplimiento del principio de universalidad del sistema y el aseguramiento de la sostenibilidad financiera del mismo.

- **Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.**<sup>128</sup>: El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza el pago de la atención en salud derivada de accidentes de tránsito con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA); así como el pago a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS's) por la atención a las víctimas, transporte asistencial, indemnización y gastos funerarios que deriven de catástrofes naturales, actos terroristas y otros eventos aprobados por el CNSSS.
- **Atención inicial de urgencias:** Todas las entidades que presten los servicios de urgencias, atenderán obligatoriamente a los casos de urgencias vitales, aún sin convenio o autorización de la EPS respectiva, e incluso, lo mismo ocurrirá en el caso de personas no afiliadas al sistema. Las EPS pagarán el servicio a las IPS con base a las tarifas pactadas o con las establecidas para el SOAT. En el caso de atención a personas no afiliadas al Sistema la IPS que lo atendió deberá hacer el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA) esta atención.

Adicionalmente, encontramos los Planes Complementarios En Salud (Pacs), como planes alternativos al Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POS), ofrecido de forma prepago, y que requiere vinculación previa a este Plan. Brindan actividades, procedimientos e intervenciones no contempladas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), así como, mejoras en la atención de servicios de salud

---

<sup>128</sup> Los propietarios de automotores adquieren el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), cuya prima es destinada a una de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), para la atención en salud derivada de los accidentes de tránsito.

del POS, principalmente en tecnología y, también, en accesibilidad y oportunidad. Estos planes pueden ser prestados por las EPS o por las entidades de medicina prepagada mediante pólizas de salud y son financiadas exclusivamente por el usuario; son de carácter voluntario, pero el usuario tiene que estar previamente afiliado al Plan Obligatorio de Salud debido a que este plan no lo reemplaza. Estos planes deben ser aprobados por la Superintendencia de Salud; se financian exclusivamente con recursos de los afiliados, distintos a los contemplados en la UPC.

### **3.5 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

#### **3.5.1 El Estado como Director del Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

Señala el legislador que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud y Protección Social, y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud, de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales.

Así mismo, el Presidente de la República podrá delegar las funciones de inspección y vigilancia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Ministerio de Salud la Superintendencia Nacional de Salud y en los jefes de las entidades territoriales.

Adicionalmente, para el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud, este último se encuentra integrado de la siguiente forma.

### **3.5.2 Ministerio de Salud y Protección Social: Director de la Política Pública.**

Adicional a las funciones que por expreso mandato legal le corresponde ejercer el Ministerio de Salud y Protección Social, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a dicha cartera le corresponde ejercer las siguientes funciones:

i) Formular y adoptar, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las políticas, estrategias, programas y proyectos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la República.

ii) Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

iii) Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

iv) Formular y aplicar los criterios de evaluación de la eficiencia en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

v) Elaborar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el ejercicio de sus funciones.

vi) Ejercer la adecuada supervisión, vigilancia y control de todas las entidades comprendidas en los literales b) a h) del artículo 181 de la Ley 100 de 1993 y de las direcciones seccional, distrital y local de salud, excepto la Superintendencia Nacional de Salud.

vii) El Ministerio de Salud reglamentará la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del sistema de seguridad social de salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio.

Adicionalmente y luego de la reforma introducida por la Ley 1122 de 2007, las funciones que antes desarrollaba el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se le atribuyeron a la Comisión Nacional de Regulación en Salud, la cual a su turno fue suprimida por el artículo 1º del Decreto 2560 de 2012, motivo por el cual dichas funciones fueron trasladadas al Ministerio de Salud y Protección Social. Funciones tales como:

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.
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.

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.
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.

### **3.5.3 La inspección, vigilancia y control en el Sistema de Salud.**

En el año 2007, el legislador creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud como un conjunto de normas, agentes, y procesos articulados entre sí, el cual estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, sin perjuicio de las facultades asignadas al Instituto Nacional de Salud y al INVIMA.

De acuerdo a lo anterior, se entiende por actividades de inspección, vigilancia y control, las siguientes definiciones:

**A. Inspección:** La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la

información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

**B. Vigilancia:** La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

**C. Control:** El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.

#### **3.5.3.1 Superintendencia Nacional de Salud.**

Con el fin de cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

1. **Financiamiento.** Su objetivo es vigilar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud.
2. **Aseguramiento.** Su objetivo es vigilar el cumplimiento de los derechos derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud.
3. **Prestación de servicios de atención en salud pública.** Su objetivo es vigilar que la prestación de los servicios de atención en salud individual y colectiva se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.
4. **Atención al usuario y participación social.** Su objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de igual forma promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario del servicio de salud.
5. **Eje de acciones y medidas especiales.** Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud, deberá decidir sobre su liquidación.

6. Información. Vigilar que los actores del Sistema garanticen la producción de los datos con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia.
7. Focalización de los subsidios en salud. Vigilar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y la aplicación del gasto social en salud por parte de las entidades territoriales.

Un aspecto bien importante introducido por el legislador, fue el relacionado con la función jurisdiccional<sup>129</sup> de la Superintendencia Nacional de Salud. En efecto, se estableció que con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- i. 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;
- ii. 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;

---

<sup>129</sup> Ley 1438 de 2011, artículos 126 y ss.

- iii. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- iv. 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.
- v. Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;
- vi. Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- vii. Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Igualmente dispuso que la Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo.

A su turno, el Superintendente Nacional de Salud podrá celebrar convenios con las Direcciones Departamentales, Distritales y Municipales de Salud para facilitar el ejercicio de sus funciones y establecerá mecanismos de coordinación, cooperación y concertación con el fin de evitar la duplicación de información y procurar la racionalización de las actividades de inspección y vigilancia.

### **3.5.3.2 Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos (INVIMA)<sup>130</sup>**

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, es un establecimiento público del orden nacional, de carácter científico y tecnológico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social y perteneciente al Sistema de Salud.

El INVIMA tiene como objetivo actuar como institución de referencia nacional en materia sanitaria y ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de Salud y Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva de conformidad con lo señalado en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Entre las funciones principales, el INVIMA ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control a los establecimientos productores y comercializadores de los productos a que hace referencia el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen o adicionen, sin perjuicio de las que en estas materias.

### **3.5.3.3 Instituto Nacional de Salud –INS<sup>131</sup>.**

El Instituto Nacional de Salud – INS es un Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al

---

<sup>130</sup> Decreto 2078 de 2012.

<sup>131</sup> Decreto Ley 4109 de 2011.

Ministerio de Salud y Protección Social, el cual pertenecerá al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. El cual tendrá como objeto: (i) el desarrollo y la gestión del conocimiento científico en salud y biomedicina para contribuir a mejorar las condiciones de salud de las personas; (ii) realizar investigación científica básica y aplicada en salud y biomedicina; (iii) la promoción de la investigación científica, la innovación y la formulación de estudios de acuerdo con las prioridades de salud pública de conocimiento del Instituto; (iv) la vigilancia y seguridad sanitaria en los temas de su competencia; la producción de insumos biológicos; y (v) actuar como laboratorio nacional de referencia y coordinador de las redes especiales, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

#### **3.5.3.4 Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).**

Con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público de salud, y lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos, a través del Decreto 4185 de 2011, se le asigna a la SFC la administración del riesgo financiero de aquellas entidades promotoras de salud que realizan actividades de aseguramiento en salud.

#### **3.5.4 Esquema territorial.**

De acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud integra, en todos los niveles territoriales, las instituciones de dirección, las entidades de promoción y prestación de servicios de salud, así como el conjunto de acciones de salud y control de los factores de riesgo en su respectiva jurisdicción y ámbito de competencia.

A los departamentos, distritos y municipios, les corresponde ejercer funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda.

En el año 1993 el legislador amplió la órbita de competencia de los sistemas de dirección en salud de los departamentos, distritos y municipios para garantizar la función social del estado en la adecuada prestación y ampliación de coberturas de los servicios de salud.

Así, las direcciones de salud en los entes territoriales tuvieron la oportunidad de organizar el sistema de subsidios a la población más pobre y vulnerable, realizando contratos para la atención de los afiliados de salud con las Entidades Promotoras de Salud que funcionen en su territorio y promoviendo la creación de empresas solidarias de salud, apoyando de igual forma la creación de Entidades Públicas Promotoras de Salud y la transformación de los hospitales en Instituciones Prestadoras de Servicios con capacidad de ofrecer servicios a las diferentes Entidades Promotoras de Salud.

Por su parte, le ley dispuso que las entidades territoriales de los niveles seccional, distrital y local, podían crear un Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud que asesorara a las Direcciones de Salud de la respectiva jurisdicción, en la formulación de los planes, estrategias, programas y proyectos de salud y en la orientación de los sistemas Territoriales de Seguridad Social en Salud, que desarrollen las políticas definidas por la autoridad competente.

En tal virtud, las Direcciones seccional, distrital y municipal de salud, ejercen las siguientes funciones:

- a) Preparar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Territorial de Seguridad Social de Salud en el ejercicio de sus funciones.
- b) Preparar para consideración del Consejo territorial de Seguridad Social en Salud los instrumentos y metodologías de focalización de los beneficiarios del régimen subsidiado en el área de su jurisdicción y orientar su puesta en marcha.
- c) Administrar los recursos del subsidio para la población más pobre y vulnerable.
- d) La inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.
- e) Velar por el cumplimiento de las normas sobre pasivo prestacional de los trabajadores de la salud en su respectiva jurisdicción.

### **3.5.5 Las Entidades Promotoras de Salud (EPS).**

Para la administración del sistema la ley contempló un diseño institucional dentro del cual es posible diferenciar, por un lado las Entidades Promotoras de Salud (EPS), en el régimen contributivos y en el régimen subsidiado cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan Obligatorio de Salud (POS), y por otro lado los Prestadores de Servicios de Salud (PSS), para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema, dentro de las EPS o fuera de ellas.

Sostuvo el alto tribunal que el legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, situación que impone un análisis del concepto de libertad económica.

En tal sentido, la posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución. Por otro lado, precisamente por las razones que se acaban de esgrimir, resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social<sup>132</sup>.

#### **3.5.5.1 Funciones.**

De acuerdo con el legislador, las Entidades Promotoras de Salud tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- b) Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
- c) Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
- d) Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido

---

<sup>132</sup> *Ibidem*.

convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.

- e) Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
- f) Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Es importante resaltar que el legislador dispuso que para garantizar lo que se inicialmente se conoció como el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarían directamente o contratarían los servicios de salud con los prestadores de servicios de salud.

Del listado anterior, se concluye que las EPS deben cumplir fundamentalmente dos tipos de funciones: la gestión del aseguramiento, que incluye el proceso de afiliación, registro y recaudo de cotizaciones, y la protección de la salud, en el sentido de desarrollar un plan de protección de la salud de los beneficiarios que deberá ser garantizado en forma directa o por medio de contratación con terceros.

Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente:

*(...) La potestad de configuración del Congreso de la República en el sector de la salud tiene unos límites en la misma Constitución Política, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del*

*Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada). (...)*

*(...) El legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, situación que impone un análisis del concepto de libertad económica. La posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución. Por otro lado, resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”<sup>133</sup>.*

### **3.5.5.2 Requisitos para funcionar como E.P.S.**

Nuestro modelo establece que la Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:

- a. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.
- b. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001.

- c. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.
- d. Disponer de una organización administrativa y financiera.
- e. Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;
- f. Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;
- g. Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.
- h. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.
- i. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional.
- j. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.
- k. Las demás que establezca la Ley y el reglamento.

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

Dispuso el legislador en el año 1993 que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto a continuación.

- a. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
- b. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
- c. La Junta o Consejo Directivo estará integrada con la misma estructura administrativa básica de las entidades de salud.
- d. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.
- e. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales.
- f. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
- g. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
- h. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

- i. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

Es decir, que las Empresas Sociales del Estado son entidades de naturaleza pública, que están sujetas, por regla general, al régimen jurídico de las personas de derecho público, salvo en materia de contratación, donde se aplican normas de derecho privado, sin perjuicio de la observancia a los principios de la contratación pública.

Para el caso de la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del sistema de seguridad social en salud, encontramos para la ESE algunas características importantes:

1. Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán de manera obligatoria y efectiva con empresas sociales del Estado ESE, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) del gasto en salud. Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas<sup>134</sup>.
2. La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. (...) En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE<sup>135</sup>.
3. Si durante la ejecución del contrato entre la EPSS y la ESE se incumplen los indicadores pactados contractualmente, en términos de calidad, oportunidad, y acceso, la EPSS podrá contratar con otra (s) IPS previa

---

<sup>134</sup> Decreto 1020 de 2007.

<sup>135</sup> Ley 1122 de 2007, art. 26.

verificación del incumplimiento y concepto del Ministerio de la Protección Social o de la entidad en quien éste delegue.

### **3.5.7 Entidades Promotoras de Salud Indígenas (EPS-I).**

La Constitución Política en su artículo 7° reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. Por ende, los planes y programas sociales, principalmente los de servicios de salud tendrán en consideración el saber y las prácticas indígenas y por lo tanto respetarán los contextos socioculturales particulares.

En tal sentido, podrán crearse Entidades Promotoras de Salud de carácter indígena que administra recursos de régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por ende, garantiza y organiza la prestación de los servicios incluidos en el POS-S, para afiliar, carnetizar y administrar el riesgo en salud de su población beneficiaria de subsidios en salud de sus comunidades correspondientes<sup>136</sup>.

Adicionalmente, en concordancia con el derecho a la libre escogencia de la EPS para afiliación y traslados, el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 establece que para “las comunidades indígenas, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad”.

---

<sup>136</sup> Ley 691 de 2001.

### **3.5.8 Prestadores de servicios de salud.**

Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. En estos últimos, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados<sup>137</sup>.

### **3.5.9 Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.**

Son entidades encargadas de prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la normatividad vigente.

Dichas entidades deberán actuar con sujeción a los principios de calidad y eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera.

El legislador prohibió en forma expresa 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.

---

<sup>137</sup> Decreto 4747 de 2007.

Dispuso el legislador que 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 y Protección Social.

#### **3.5.10 Cajas de Compensación Familiar.**

Desde el año 1993, el legislador señaló que las Cajas de Compensación Familiar debían destinar el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La aplicación de este cociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año.

Igualmente dispuso que las Cajas de Compensación Familiar podían administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado.

En tal virtud, la Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

En ese sentido, el 55% que las Cajas de Compensación deben destinar al subsidio en dinero, se calculará sobre el saldo que queda después de deducir el 10% de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal y el aporte a la

Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución a que hace referencia el presente artículo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*“Por otra parte, resulta perfectamente adecuado al objeto de una ley de seguridad social señalar la forma en que las cajas de compensación familiar deben vincularse al sistema, canalizando así una porción de sus recursos hacia las finalidades de aquélla. (...)*

*(...) La disposición acusada cumple a cabalidad con los requisitos de la parafiscalidad, por cuanto plasma una contribución a cargo de entidades pertenecientes a determinado sector económico, cuyos fondos se reinvierten en el mismo. Los recursos que administran las cajas de compensación familiar no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores, lo cual implica que es éste último sector -el del trabajo- el sujeto pasivo de la contribución y, a la vez, el sector beneficiario del producto de la misma, en cuanto son los trabajadores los favorecidos por el régimen de subsidios en salud, bien que los dineros correspondientes se administren directamente por las mismas cajas -como lo autoriza la norma, bajo la modalidad de cuentas independientes de las que corresponden al resto de sus rentas y bienes-, ya sea que se manejen dentro de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía. (...)*

*(...) No es una característica de la parafiscalidad la de que los sujetos pasivos de la contribución sean exactamente y de manera individual quienes reciban los beneficios derivados de la reinversión de los recursos captados. La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no*

*entre personas, de lo cual resulta que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye sea simultáneamente aquél que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado. La contribución parafiscal que establece el precepto demandado no se queda en el reducido ámbito de los trabajadores que cotizan a las cajas de compensación familiar sino que se proyecta hacia los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, incluidos trabajadores independientes y no cotizantes en dichas entidades, pero ello no vicia de inconstitucionalidad el precepto. Por el contrario, se realiza por esa vía el principio general de solidaridad”<sup>138</sup>.*

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 dispuso que, sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las Cajas de Compensación Familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las Cajas de Compensación Familiar, conforme al reglamento.

Esta asignación no podrá afectar el cálculo de los recursos que las Cajas de Compensación Familiar deben apropiarse para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda –FOVIS– y para los programas de infancia y adolescencia.

---

<sup>138</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 1997.

Así mismo, los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal aquí señalada serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar y harán parte de las deducciones previstas<sup>139</sup>.

En relación con el seguro por desempleo, el legislador en su momento, en la Ley 789 de 2002, dispuso que las Cajas de Compensación Familiar otorgarían por una sola vez un subsidio a las personas que hayan perdido su empleo, equivalente a 1.5 (uno y medio) salarios mínimo mensual legal vigente, pagaderos en seis cuotas mensuales iguales, representado en bonos alimenticios, salud o educación.

Sin embargo, a partir de la Ley 1636 de 2013, la cual se encuentra pendiente de reglamentación, se crea el Mecanismo de Protección al Cesante en Colombia, como herramienta que busca mitigar las consecuencias de la pérdida de empleo. A través de dicho mecanismo, las Cajas de Compensación Familiar y de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, efectuarán los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones y cuota monetaria de Subsidio Familiar, calculado sobre un (01) SMLMV.

### **3.5.11 Integración Vertical.**

Señala la Ley 1122 de 2007 que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

---

<sup>139</sup> Es decir, las contenidas en el parágrafo del artículo 217 la Ley 100 de 1993.

Igualmente estableció que el Gobierno Nacional reglamentaría las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Así mismo dispuso que las EPS del Régimen Contributivo debían garantizar la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público.

Específicamente, acerca de la integración vertical, la Corte Constitucional señaló que esta es una teoría que describe un estilo de propiedad y control sobre las empresas. Las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario<sup>140</sup>.

Así pues, afirmó la Corte, “diversas empresas desarrollan diferentes actividades, que combinadas, apuntan a la consecución de un mismo fin (v gr. una misma firma petrolera que, mediante diversas empresas, explora, explota, refina y comercializa el producto). Por el contrario, la integración horizontal consiste en que una corporación, que busca vender una clase de producto en numerosos mercados, crea una multitud de empresas subsidiarias, cada una comercializa el producto para un segmento de mercado o para un área diferente. La integración vertical, puede ser, (i) hacia atrás; (ii) hacia adelante; y (iii) compensada. La primera consiste en que la compañía crea subsidiarias que producen algunos de los materiales utilizados en la fabricación de sus productos. La segunda, hacia adelante, se presenta cuando la compañía establece subsidiarias que distribuyen o venden productos tanto para los consumidores como para su propio consumo, y por último, la integración vertical compensada se presenta cuando la empresa establece subsidiarias que le suministran materiales a la vez que distribuyen los productos fabricados”<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 1041 de 2007.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

Específicamente, sobre la integración vertical en materia de salud, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“En el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, y ha sido definida como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación interorganizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios. (...)*

*(...) En el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa- el aseguramiento –a cargo de las EPS- de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS-, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacia adelante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en término de la población que como una*

*proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS”<sup>142</sup>.*

### **3.5.12 Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud.**

Dispuso el legislador que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, tal y como señalamos a continuación:

#### **3.5.12.1 Régimen contributivo.**

El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado.<sup>143</sup> En tal sentido, son afiliados obligatorios al régimen contributivo, las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

#### **3.5.12.2 Régimen subsidiado.**

El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> Ley 1607 de 2012, artículo 30.

hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad.

Así tenemos que los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado es toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados en el Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. También lo son la población clasificada en el nivel III del Sisbén, en los términos de la ley. Así como, las poblaciones especiales registradas en los listados censales y las prioritarias que defina el Gobierno Nacional, según lo establece el literal a) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007<sup>144</sup>.

### **3.5.12.3 Población Pobre No Asegurada (PPNA)**

Por otro lado, se encuentra la población identificada como no afiliada en este listado municipal (SISBEN- Listado Censal) la cual es incluida en el Listado de Población Elegible (LPE) para la asignación de subsidios en salud a la que se le ha verificado las condiciones de beneficiario señalados por la ley<sup>145</sup>.

En otras palabras, la Población incluida en el LPE es aquella Población Pobre No Asegurada (PPNA) que no se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado<sup>146</sup>.

Sin embargo, la población pobre no asegurada mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado tiene derecho a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de

---

<sup>144</sup> Acuerdo 415 de 2009, artículo 2.

<sup>145</sup> *Ibíd.* Artículo 8.

<sup>146</sup> Decreto 196 de 2013. Art. 2

salud públicas o privadas con recursos de subsidios a la oferta, de conformidad con lo establecido en los numerales 43.2.1 y 43.2.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001.

Lo anterior permite evidenciar los avances en la universalidad y ampliación de la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud para todos los residentes del territorio nacional.

### **3.6 UNA VISIÓN CRÍTICA A LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA.**

La intención de haber señalado la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se agota con el análisis de una serie de parámetros constitucionales, legales, reglamentarios y jurisprudenciales, así como tampoco supone que estemos de acuerdo con el actual modelo.

Consideramos que el actual Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentra mal diseñado y exige con urgencia un nuevo modelo que permita garantizar en forma eficiente y oportuna la prestación del servicio público de salud, así como resulta necesario estructurar un esquema que permita su protección como derecho fundamental. Pero realmente no es por el hecho de que una o varias Sentencias proferidas por la Corte Constitucional le hayan atribuido tal naturaleza, sino porque la salud es un derecho fundamental per se por las razones señaladas anteriormente, y además aquella forma parte de la seguridad social, cuya fundamentalidad se aprecia en el tratamiento que diferentes instrumentos internacionales le han otorgado.

Es más, a nivel interno, nuestra Constitución Política de manera categórica le da a la salud el alcance de derecho fundamental, al establecer como derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, motivo por el cual, la fundamentalidad del derecho a la salud, en nuestro criterio, no se deriva de un pronunciamiento jurisprudencial, sino porque así lo quiso el Constituyente de 1991.<sup>147</sup>

En primer lugar, no compartimos el modelo económico sobre el cual se ha construido nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que parte de una concepción empresarial donde el ánimo de lucro ha llevado a los agentes prestadores del servicio (empresas promotoras de salud, instituciones prestadoras de salud, entre otras) a tener una actuación desbordada que limita el acceso a la salud a la que tienen derecho todos y cada uno de los habitantes de Colombia<sup>148</sup>.

Y peor aún, el Estado no ha logrado estructurar un eficiente y adecuado sistema de inspección, vigilancia y control que evite los anteriores comportamientos del sector empresarial poderoso en nuestro país.

Como muy bien lo señala el Ministerio Público, el Estado no ha logrado intervenir de manera adecuada en la actividad económica de la salud, “al parecer, por captura que han hecho esos agentes económicos de los entes públicos que tienen a su cargo la dirección, regulación y control del servicio público de salud”<sup>149</sup>.

Frente a esa desprotección por parte del Estado, ha sido el juez constitucional el que ha logrado la protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de

---

<sup>147</sup> Artículo 44 de la Constitución Política.

<sup>148</sup> Procuraduría General de la Nación, Concepto 5697 del 19 de diciembre de 2013.

<sup>149</sup> *Ibidem*

tutela, cuyo texto constitucional señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

En segundo lugar, si el Sistema funcionara en su integridad, el usuario no tendría por qué acudir a la acción de tutela para que el Juez garantice su derecho fundamental a la salud, cuando quiera que las EPS y las IPS les niega a los usuarios la prestación del servicio público de salud en cualquiera de sus niveles.

Infortunadamente el Estado no ha logrado consolidar un eficiente sistema de inspección, vigilancia y control en la prestación y aseguramiento de la salud. Ha faltado igualmente a su deber de coordinar y dirigir en forma adecuada el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicional a ello, el modelo funciona en forma inadecuada toda vez que aún no ha garantizado una asignación preferente del gasto público para el servicio de salud, así como tampoco se han implementado eficaces y eficientes sistemas de inspección, vigilancia y control que impidan la malversación de fondos y recursos públicos destinados a la adecuada prestación del servicio público.

El modelo funciona mal, además, porque en nuestro criterio ninguno de los actores dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud ha garantizado la eficiencia y transparente en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, lo cual ha generado un desequilibrio económico en todo el sistema de salud.

Cada vez son más las acciones de tutela que se interponen con el fin de obtener por parte del Juez una protección integral en materia de salud, cuando lo lógico debiera ser que el Estado y todos los actores en el sistema cumplieran a cabalidad sus roles y competencias.

Existen serias fallas de regulación en los planes de beneficios, lo cual conlleva a las denominadas zonas grises, que en última instancia se convierten en una barrera de acceso que impide disfrutar en forma adecuada la prestación del servicio público de salud.

El Estado no ha sido capaz de garantizar el acceso al servicio a todos los habitantes de nuestro país, con la importancia de un derecho irrenunciable, que involucre “la aplicación del principio tributario de equidad vertical de redistribución del ingreso; y el de equidad horizontal en la actuación profesional médica, mediante el suministro del bien a cada persona según sus necesidades, es decir, principios de universalidad e integralidad con calidad”.<sup>150</sup>

Algún sector de la doctrina señala que “para mantener el equilibrio financiero, mantener la sostenibilidad del sistema, y lograr la ampliación de la cobertura al 100% de la población, primero, y posteriormente lograr equidad para todos los colombianos, reduciendo fuertemente el peso relativo del régimen subsidiado, es necesario pensar con propósito de largo plazo y al amparo del mandato que trae la Carta, algunos de los parámetros que rigen el sistema y que definen la relación entre el Estado y el sector privado”<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> *Ibidem*

<sup>151</sup> CARRASQUILLA, Alberto, *El régimen contributivo en el sistema de salud en Colombia: Situación actual, perspectivas y desafíos*, Bogotá, 2008.

Pero por encima de dichas consideraciones económicas, consideramos que el principio constitucional de sostenibilidad fiscal no puede, tal y como la norma constitucional lo indica, interpretarse por encima de los derechos de las personas.

En efecto, resaltamos el contenido normativo constitucional según el cual, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, incluido por supuesto el derecho fundamental a la salud<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Artículo 334 de la Constitución Política.

## **4. LA CRISIS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y POSIBLES SOLUCIONES PARA SUPERARLA.**

### **4.1 CONSIDERACIONES GENERALES.**

Con la expedición del Decreto No. 4975 del 23 de Diciembre de 2009, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Social, con el fin de conjurar la situación de urgencia ocasionada en la deficiente prestación del servicio público de salud en el país e impedir la extensión de sus efectos.

En dicha oportunidad, el Gobierno Nacional sostuvo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la salud es un derecho fundamental autónomo, que requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional y que es susceptible de limitaciones, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado.

Señaló que para garantizar la prestación del servicio de salud, el Legislador creó, entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1122 de 2007, el cual se compone de dos regímenes, uno Contributivo y otro Subsidiado, mediante los cuales se accede a los beneficios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud que deben ser definidos por la Comisión de Regulación en Salud, CRES.

Igualmente afirmó que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando de manera sobreviniente e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema.

Así mismo, y con el fin de justificar la declaratoria del respectivo estado de excepción, el Gobierno Nacional argumentó que el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios.

Adicional a lo anterior, en el respectivo Decreto 4975 de 2009 se señaló que tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de lo incluido en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo, eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, así como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema.

En armonía con lo anterior, resaltó que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud comprometen de manera significativa los recursos destinados al

aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida.

Así, en el Régimen Contributivo, el número de cobros presentados al FOSYGA por eventos No POS se incrementó de un número de 835.000 en 2007 que implicaron un valor pagado de \$626 mil millones a precios de 2007 a un número de cobros presentados del orden de 2.000.000 por un valor pagado de \$1.85 billones con corte a 2009 y que el crecimiento que reflejan estas cifras alcanza un 239% en el caso del número de cobros radicados mientras que el valor presenta un crecimiento del 280%.

Del mismo modo, el Gobierno Nacional afirmó que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, de acuerdo con lo señalado por el Gobierno, en lo corrido del año 2009, Trescientas Setenta y Seis Mil (376.000) personas afiliadas al Régimen Contributivo, han obtenido beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por un valor aproximado de \$1.8 billones con cargo al FOSYGA, mientras que el aseguramiento para los cerca de 18 millones de afiliados en este régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos.

Sostuvo el Gobierno que en el Régimen Subsidiado también se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno

Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En ese contexto, con base en la información aportada por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, AFIDRO, se ha logrado evidenciar que para algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, además, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios.

Así mismo, en su momento los Departamentos y el Distrito Capital le informaron al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas.

Prueba de dicha situación negativa, de acuerdo con el reporte de 32 departamentos y 4 Distritos, en el último año, el déficit corriente por prestación de servicios de salud, se duplicó frente al año anterior, pasando de \$409.187 millones en 2008 a un valor estimado de \$885,237 millones en 2009, con un crecimiento de 116%; situación que se ha deteriorado en los últimos meses y las estimaciones para el corte del mes de diciembre de 2009, según reporte de los mismos, arroja que el déficit corriente proyectado se incrementará en un 129%.

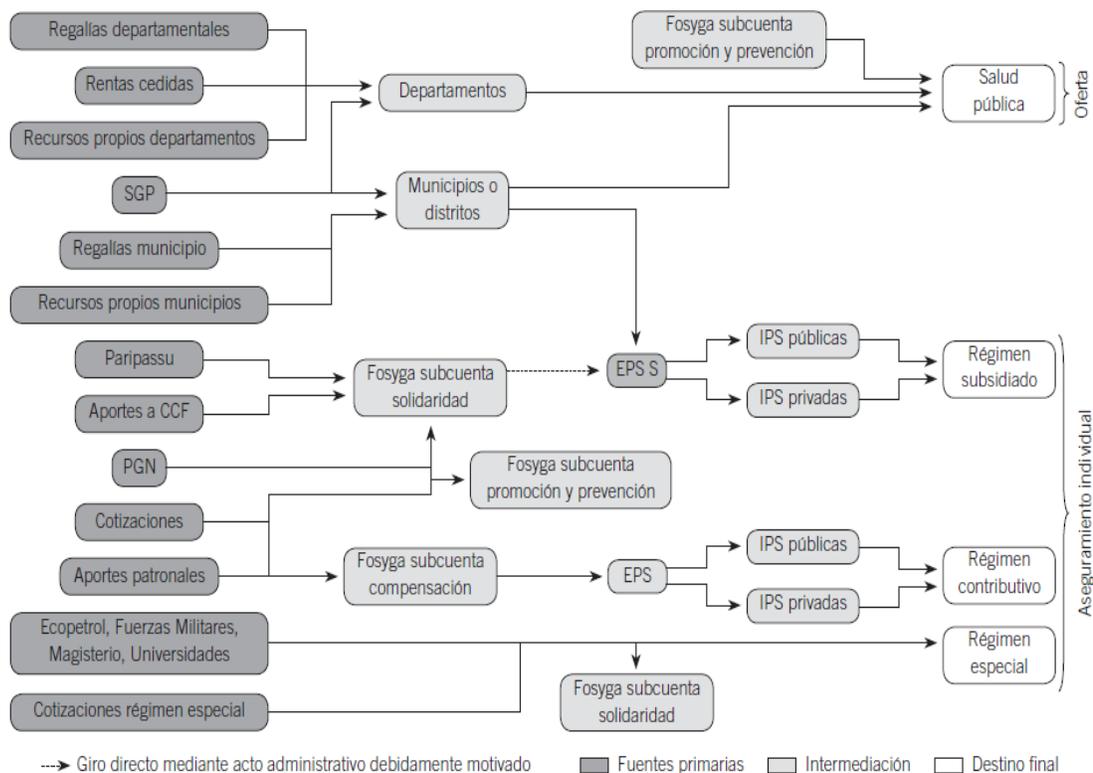
Por ello el ejecutivo sostuvo que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y

privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional.

Consecuencia de lo anterior, afirmó que la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo, poniendo aún más en evidencia la grave situación de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, lo que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos.

Adicionalmente, dicha situación se presenta debido a la compleja red de actores, fuentes de recursos y procesos que intervienen en el proceso de financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como se evidencia en el gráfico siguiente:

GRÁFICO 1. FLUJO DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SALUD



Fuente: La sostenibilidad financiera del Sistema de Salud Colombiano – Dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro. FEDESARROLLO. 2012

Tal y como lo manifestaron las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como consecuencia de todo lo anterior, en los últimos meses, se ha agravado de manera profunda la situación financiera en atención a las limitaciones propias del proceso para el giro de los recursos lo cual amenaza en forma grave e inminente la continuidad en la prestación del servicio de salud. Dicha situación se corrobora con los resultados de un estudio reciente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, según el cual las cuentas por cobrar de una muestra de 115 instituciones a las entidades territoriales asciende a \$529.000 millones, del cual el 59% tiene un atraso mayor a 90 días.

Como evidencia de lo anterior, se observa un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país, tal y como se puso de manifiesto por algunos departamentos durante el Consejo de Ministros ampliado con los Gobernadores llevado a cabo en la ciudad de Manizales el día 19 de noviembre de 2009.

Señaló que adicionalmente a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar oportunamente al flujo, en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento, y en algunos casos a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Así mismo, de acuerdo con lo manifestado por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, el estado de la cartera con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo ha venido aumentando significativamente como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios, reflejándose en un cambio súbito en la tendencia a la disminución que traía dicha cartera en los últimos años.

Afirmó que en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

En criterio del ejecutivo, los anteriores hechos desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud, necesarios

para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional.

En tal virtud, el Gobierno Nacional sostuvo que frente al referido aumento de los gastos, los ingresos del Sistema resultan insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, a lo cual se agrega que el Sistema debe, prioritariamente, sostener los niveles de aseguramiento logrados, así como cumplir con la universalización de la cobertura y con el diseño de un plan de beneficios común a ambos regímenes que comprenda las prioridades básicas de salud, según lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional.

En el evento de mantenerse esas condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos:

- a. El cierre de hospitales públicos.
- b. La quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud.
- c. La inviabilidad financiera de entidades territoriales.
- d. La cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional.

Igualmente, en la parte motiva del decreto se resaltó que de mantenerse la tendencia observada en el pasado reciente en el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el Régimen

Contributivo, se estima que en el primer semestre de 2010, los excedentes a los cuales ha tenido que recurrir el FOSYGA para atender dicha demanda, se agotarán.

Por tal motivo, el Gobierno sostuvo que el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable.

En tal sentido, el Ejecutivo dijo que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos.

Si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la prestación de los servicios, la protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes.

Así mismo, el Gobierno Nacional afirmó que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para

contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan.

Afirmó que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminentemente el orden social.

En ese sentido, advirtió que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por ello, resultaba necesario crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo, así como la adopción de medidas inmediatas tendientes a procurar el acceso oportuno y efectivo a los servicios previstos en los planes de beneficios, las actividades de promoción y prevención, y la universalidad del aseguramiento.

Igualmente era necesario optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, los de otras fuentes.

En ese contexto, el Gobierno Nacional consideró necesario implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales.

Resultaba igualmente imprescindible establecer un marco regulatorio, así como fortalecer la Comisión de Regulación en Salud, para que las decisiones que inciden en los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud, y/o en el equilibrio financiero de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se armonicen con los principios constitucionales que regulan el Sistema, al igual que establecer criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnico-científica, dentro de las condiciones medias de calidad y tecnología existentes en el país.

En síntesis, sostuvo que era imprescindible adoptar medidas para que los recursos del Sistema que no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema, motivo por el cual procedió a declarar el estado de emergencia social, con fundamento en lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, así como en los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional.

Así, el Gobierno Nacional resaltó que era necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema<sup>153</sup>.

#### **4.2 LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL.**

Con ocasión del control constitucional automático o de oficio realizado por la Corte Constitucional sobre el Decreto No. 4975 del 23 de Diciembre de 2009, mediante el cual el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia social para conjurar la crisis por la que atravesaba el sector salud en nuestro país, la Corte Constitucional sostuvo que “el decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia)”<sup>154</sup>.

En efecto, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“Al reconocer la Corte la presencia de una situación que reviste de ‘gravedad’ consistente en los problemas financieros que aquejan de tiempo atrás el funcionamiento del sistema de salud, se justifica constitucionalmente que algunos de los decretos de desarrollo mantengan una vigencia*

---

<sup>153</sup> Fuente: Decreto No. 4975 del 23 de Diciembre de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, e intervención ciudadana de ASOCAJAS ante la Corte Constitucional, en el respectivo proceso de control automático de constitucionalidad.

<sup>154</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010.

*temporal. Frente al vacío legislativo que se genera con la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, resulta imperioso que los que hubieren establecidos fuentes tributarias de financiación del sistema de salud, puedan continuar vigentes por un plazo prudencial, en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrenta el sistema de salud y poder garantizar de manera provisoria mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Esta Corporación no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas y notoriamente opuestas a los valores, principios y derechos constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción. El conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo persigue equilibrar en parte y así sea a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Tiempo que permitirá un mayor espacio al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que busquen estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrenta el sistema.*

*(...) En síntesis, de la Carta Política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que*

*aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función”.*<sup>155</sup>

En relación con los elementos estructurales del Sistema de Seguridad Social en Salud, en armonía con la fallida declaratoria de emergencia social, la Corte Constitucional afirmó en su momento que “una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros”<sup>156</sup>.

De igual manera, sostuvo la Corte que en la Sentencia C-955 de 2007, dicho Tribunal concluyó que el diseño legal del Sistema de Seguridad Social en Salud es el desarrollo del deber del Estado de intervenir en la economía para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, como quiera que “se le ha confiado al Legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten un servicio

---

<sup>155</sup> *Ibíd*em

<sup>156</sup> *Ibíd*em

público, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente”<sup>157</sup>.

En armonía con lo anterior, la Corte afirmó que para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo<sup>158</sup>.

Igualmente reafirmó que compete en primer lugar al Legislador diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud, para lo cual dispone de un amplio margen de configuración legislativa que no resulta absoluto por cuanto se encuentra sujeto a los valores, principios y derechos constitucionales, como los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, que lo soportan e identifican con el Estado social de derecho.

En relación con la sostenibilidad financiera del Sistema, la Corte afirmó que dicho servicio requiere disponer de un flujo permanente de recursos que le permita su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación. El equilibrio financiero, en palabras de la Corte, tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo<sup>159</sup>.

Con base en las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que en criterio de la Corte no se cumplieron las exigencias constitucionales para que procediera la declaratoria del estado de emergencia, la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, “por el cual se declara el

---

<sup>157</sup> *Ibíd*em

<sup>158</sup> *Ibíd*em

<sup>159</sup> *Ibíd*em

estado de emergencia social”, aunque los efectos de la sentencia respecto de las normas que establecían fuentes tributarias de financiación se produjeron de manera diferida en el tiempo, modalidad decisonal que se justificó dada la gravedad de los hechos.

#### **4.3 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL**

En el año 2008, la Corte Constitucional señaló -aunque en forma extemporánea- en la Sentencia T-760 de 2008 con efectos *erga omnes*, que el derecho a la salud es un derecho fundamental por sí mismo, cuyo núcleo esencial no podía ser restringido ni limitado por las autoridades públicas, ni por los particulares encargados de la prestación integral del servicio público de salud.

Aunque el eje central de nuestro análisis no se centra, ni mucho menos, en la Sentencia T-760 de 2008, analizaremos los aspectos positivos y negativos de los lineamientos jurisprudenciales allí contenidos, señalando, de entrada, que la salud es un derecho fundamental por excelencia, no porque lo diga la Corte Constitucional, sino porque desde hace mucho tiempo así se ha considerado en otros instrumentos jurídicos de derecho internacional. En otras palabras, la salud es un derecho fundamental pero no porque la Corte Constitucional lo haya dicho, sino por las razones que en el primer capítulo del presente trabajo nos permitimos exponer.

En dicha Sentencia la Corte Constitucional era que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental, el cual ha sido protegido por tres vías.

La primera, sostuvo la Corte, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna<sup>160</sup>.

Igualmente, la Corte Constitucional afirmó que la primera condición para poder garantizar el derecho de toda persona al acceso a los servicios de salud en los términos constitucionales (art. 49, CP) es, precisamente, que existan un conjunto de personas e instituciones que presten tales servicios. Este Sistema puede ser del tipo que democráticamente decida el legislador, siempre y cuando tenga como prioridad, garantizar en condiciones de universalidad el goce efectivo del derecho a la salud dentro de los parámetros constitucionales<sup>161</sup>.

En palabras de la Corte, “la jurisprudencia constitucional ha señalado que en el Sistema de Seguridad Social ‘la persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo’. Por tanto, en los casos en que de forma extraordinaria, la regulación permita tener en cuenta la antigüedad o el número de semanas cotizadas para efectos de establecer si determinada prestación está o no cubierta, “debe

---

<sup>160</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 2008.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

contarse el tiempo de vinculación al sistema y no el de cotización a la empresa de salud específicamente considerada.”

Así mismo, el alto tribunal constitucional señaló que para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

En consecuencia, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.<sup>162</sup>

Otro aspecto era que toda persona tiene el derecho de pertenecer al Sistema de Salud, por sus características de universalidad. La Ley 100 de 1993 contempló dos formas posibles; la de ‘afiliado’ dentro de alguno de los dos regímenes, contributivo o subsidiado, o, por defecto y temporalmente, como ‘participante vinculado’. Ahora bien, los afiliados en el régimen contributivo pueden ser de dos tipos, los afiliados propiamente dichos, que son aquellas personas que cotizan al sistema, y los beneficiarios, que son aquellas personas que hacen parte del Sistema a través de un afiliado<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 2008.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

Así mismo, resaltó que las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho.

Recalcó que la garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que los servicios deben ser prestados<sup>164</sup>.

La Corte igualmente advirtió que los pagos, además de ser razonables, no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Por ello, afirmó que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando requiere el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona tiene que asumir un ‘pago moderador’ (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica —parcial o total, temporal o definitiva— para asumir el costo que le corresponde. Como se dijo toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ —que no puede financiarse por sí mismo—. <sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*

<sup>165</sup> *Ibíd.*

De igual forma señaló en la referida sentencia que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad, en virtud del principio de integralidad.

En efecto, la Corte sostuvo que cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.

De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.

Resaltó que si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.

En relación con el principio de integralidad en materia de salud, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del*

*servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.*

*Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales<sup>166</sup> y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.*

*Al respecto ha dicho la Corte que “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo*

---

<sup>166</sup> En la sentencia T-179 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se indicó sobre el “*El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993).* || Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos más indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo”. || Por otro aspecto, el sistema está diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley” (artículo 2° de la ley 100 de 1993). || Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. || A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud”

*otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>167</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>168</sup>*

*(...) Es importante subrayar que el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere. De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado<sup>169</sup>.*

Adicional a lo anterior, resaltó el principio de continuidad, y sostuvo que el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, y no puede ser interrumpido súbitamente.

Afirmó que “desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.<sup>170</sup> Se garantiza pues, que el servicio de

---

<sup>167</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004 M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>168</sup> Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.<sup>171</sup> Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”<sup>172</sup> Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Esta protección se ha reconocido en diferentes ámbitos, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas.<sup>173</sup>

Señaló adicionalmente que la limitación a la libertad de afiliación de las personas que padecen enfermedades catastróficas no debe impedir que la persona pueda acceder a los servicios de salud que requiere, con calidad, oportuna e idóneamente.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y administrativa en la materia, es admisible la limitación impuesta por la regulación al derecho a libertad de escogencia dentro del Sistema de Salud a las personas afiliadas. No obstante, tanto la regulación como la jurisprudencia son claras en señalar que el requisito de tiempo adicional se ha impuesto, únicamente, a las personas afiliadas que estén sometidas a tratamientos de alto costo<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

<sup>172</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>173</sup> En la sentencia T-841 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández) se protegió el derecho de una persona a continuar recibiendo la atención médica requerida para tratar los problemas de salud que tenía, como consecuencia de una onda explosiva en enfrentamiento con tropas enemigas.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

En otros términos, la limitación adicional impuesta a la libre escogencia tiene cuatro prerequisites para poder ser aplicada, a saber, (1) que el ‘afiliado’ (2) esté ‘haciendo uso de servicios’ (3) para atender ‘procedimientos de alto costo’ (4) ‘sujetos a períodos mínimos de cotización’. En tal medida, no es dado a una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, negar la afiliación a una persona con base en la limitación fijada por la regulación, por fuera de los parámetros fijados en la misma norma<sup>175</sup>.

Así mismo, las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas<sup>176</sup>.

La problematización de los casos concretos explicada en la Sentencia, más allá de describir situaciones particulares de usuarios del sistema de salud refleja un problema estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud generado, entre otros, por diversas fallas en la regulación.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, el derecho a la salud de las personas en los casos concretos depende:

*“(…) entre otros factores, de la existencia de un marco normativo adecuado del sistema de seguridad social en salud. Es decir, para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, el Estado debe expedir las reglas necesarias e idóneas para organizar el Sistema. Carecer de ellas o tener unas*

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> *Ibíd.*

*inadecuadas puede ser tan grave como carecer de recursos para atender a los pacientes.”<sup>177</sup>*

Por esta razón la adopción de órdenes encaminadas únicamente a resolver los casos concretos es insuficiente ya que, además de que las mismas situaciones se siguen presentando reiteradamente, el número de tutelas para acceder a servicios de salud tiene una sólida tendencia a crecer, como lo muestra el siguiente cuadro basado en un informe adelantado por la Defensoría del Pueblo.<sup>178</sup>

Aunque en diferentes instrumentos normativos y jurisprudenciales ya se habían identificado fallas estructurales del Sistema, la Corte constató la existencia de fallas de tipo recurrente que son la causa del gran volumen de acciones de tutela, es decir, de solicitudes de amparo del derecho a la salud.

Por ejemplo, son recurrentes las controversias sobre cuáles son los servicios de salud qué si están incluidos en el POS, lo cual demuestra que subsisten grandes incertidumbres sobre el alcance de los planes de beneficios.

Al respecto el alto tribunal sostuvo lo siguiente:

*Tales incertidumbres han venido siendo resueltas, caso por caso, por los jueces, en lugar de ser superadas definitivamente por el regulador. A esto se suma que, quizás ante la incertidumbre, muchas negativas de las EPS corresponden a servicios que sí están incluidos en el POS. Adicionalmente, la*

---

<sup>177</sup> Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso se consideró lo siguiente: “Las normas diseñadas por los órganos reguladores para corregir los efectos perversos que genera la concentración de los costos de los tratamientos de valor elevado en unas pocas EPS y ARS, son necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas que padecen estas enfermedades. Un manejo inadecuado de los recursos existentes para atender estas enfermedades puede implicar la imposibilidad de recibir un servicio de calidad, o incluso, de recibir el servicio mismo.”

<sup>178</sup> *Ibidem*

*falta de un trámite para que la EPS autorice servicios médicos excluidos del POS, distintos a medicamentos no incluidos, conduce a que de nuevo caso por caso los jueces deban ordenar que se haga lo obvio, es decir, que el servicio médico ordenado por el médico experto sea autorizado. Si no existiera el vacío en la regulación del trámite para autorizar tales servicios, los usuarios no tendrían que acudir a la acción de tutela y accederían de manera más oportuna a los servicios de salud que requieren.*

*Las EPS aducen que cuando el servicio requerido no está financiado por la unidad de pago por capitación, solo la orden del juez de tutela les asegura que podrán obtener el reembolso de dicho servicio médico por el Fosyga. Incluso tales reembolsos son ahora considerados insuficientes, porque son tan cuantiosas las sumas aún no recobradas por trabas en el trámite de recobro que los recursos no fluyen eficazmente del Fosyga hacia el sistema con el fin de asegurar la financiación de los servicios de salud y así garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los usuarios. Ante este patrón de desconocimiento de los derechos recurrentemente protegidos por sentencias de tutela, las autoridades de regulación han omitido adoptar las decisiones indispensables para atacar estas causas estructurales de la violación del derecho fundamental a la salud lo cual ha derivado en una desprotección del derecho fundamental a la salud<sup>179</sup>.*

Otra falencia que ha originado la crisis en el sistema de salud ha sido la falta de unificación del plan de beneficios. Al respecto la Corte afirmó que “si bien la actualización periódica del plan de beneficios y su clasificación, reducirán la incertidumbre que obstaculiza el acceso a los servicios de salud y desestimularán

---

<sup>179</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 2008.

que las personas tengan que acudir a la acción de tutela para poder gozar efectivamente de su derecho a la salud, estas medidas son insuficientes mientras subsista la diferencia entre los beneficios del plan en el régimen contributivo y los del plan subsidiado. Una persona podrá considerar su derecho a la salud comprende los mismos beneficios que el de un conocido, o amigo, sin saber que éste está cobijado por un plan de beneficios más amplio por estar en el régimen contributivo. Partiendo de esa premisa, hoy equivocada, solicitará servicios no incluidos en el POS del régimen subsidiado”<sup>180</sup>.

Igualmente, consideró necesario establecer la ampliación de las competencias del CTC para que también se pronuncie sobre solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos en cualquiera de los regímenes.

En efecto, afirmó que “de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona al negarle un servicio de salud requerido, aduciendo únicamente que éste no está incluido en el plan obligatorio de salud. Como se dijo, una entidad encargada de asegurar la prestación de un servicio de salud, viola el derecho a la salud al dejar de autorizar la prestación de un servicio que no está incluido en el plan obligatorio, pero se *requiere* (de su prestación depende conservar la salud, la vida, la dignidad o la integridad de la persona). También viola el derecho a la salud cuando aprueba el servicio que se requiere, pero condiciona su práctica al pago de una suma de dinero, a pesar de que la persona lo requiere con necesidad (la persona no pueda proveérselo por sí misma). Para proceder adecuadamente, la entidad debe tener claridad con relación a cuáles son los contenidos incluidos en el plan de beneficios”<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

Del mismo modo analizó el derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga o las entidades territoriales, y señaló que “la garantía del derecho a la salud obedece a la actuación organizada, planeada y eficaz de los diferentes actores, públicos y privados, de los cuales depende el respeto, la protección y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este derecho. En tal sentido, el incumplimiento de los mismos suele tener impacto en el Sistema y no sólo en un caso particular”<sup>182</sup>.

Afirmó que cuando la Constitución Política protege de especial manera los recursos de la salud, ordenando que estos son de destinación específica (artículo 48 de la Constitución), no sólo evita que los recursos se destinen a otras finalidades, sino que establece una garantía positiva de que los recursos efectivamente se utilizarán en la prestación de los servicios que se requieran para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud.

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

*“Ello supone tanto la existencia de los recursos de salud, como la posibilidad real de destinar dichos recursos, oportunamente, a costear efectivamente el valor de los servicios prestados. (...) La posibilidad de que las instituciones prestadoras de servicios (IPS) garanticen efectivamente la prestación de los servicios de salud requeridos por la personas, depende de la disponibilidad real de los recursos económicos que permitan a las entidades asumir los costos de los insumos necesarios para prestar los servicios y para mejorar su oferta en términos de tecnología y recursos humanos.*

---

<sup>182</sup> *Ibidem.*

*La Corte Constitucional reconoce que el flujo de recursos de las EPS a las IPS ha presentado problemas relacionados con la mora en el pago de los servicios prestados por estas últimas. Así también lo reconoció el legislador que en la reforma a la Ley 100 de 1993 efectuada mediante la Ley 1122 de 2007, adoptó medidas para garantizar el flujo oportuno de recursos a la IPS, así:*

- *Se definieron intereses obligatorios para la mora en el pago de los servicios que prestan las IPS a los entes territoriales, las EPS y las ARS (artículo 13, parágrafo 5).*
- *Se definieron sistemas de pago por los servicios prestados a las IPS dependiendo de la modalidad de contratación: mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación, si se usa otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se ordenó efectuar como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación (artículo 13, literal d).*
- *Se limitó la contratación de las EPS con su propia red al 30% (artículo 15), entre otros.*

En el respectivo fallo, la Corte Constitucional afirmó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre el acceso a los servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz garantizado por el derecho fundamental a la salud en el orden constitucional vigente, toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales,

**“(i) Acceso a servicios.** Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS,<sup>183</sup> autorice el acceso a los

---

<sup>183</sup> En el actual régimen legal, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud a las personas son denominadas ‘Entidades Promotoras de Salud’, EPS.

servicios que *requiere* y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser oportuno, de calidad y eficiente.

**(ii) Protección especial a niños y niñas.** Los derechos a acceder a un servicio de salud que requiere un niño o una niña para conservar su vida, su dignidad, y su integridad así como para desarrollarse armónica e integralmente, está especialmente protegido; cuando una EPS obstaculiza el acceso a servicios de salud, incluidos aquellos que atienden las necesidades específicas de los menores, irrespetar gravemente su derecho a la salud.

**(iii) Concepto del médico adscrito y externo.** Por regla general, el médico que puede prescribir un servicio de salud es el médico adscrito a la EPS. El usuario puede acudir a otros médicos pero su concepto no obliga a la EPS a autorizar lo que éste prescribió, sino a remitir al usuario a un médico adscrito a la correspondiente EPS (al respecto, ver apartado 4.4.2.). Toda persona tiene derecho a que su EPS valore científica y técnicamente el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud que considera que la persona requiere un servicio de salud. Este médico es el médico adscrito a la EPS y a él debe acudir el interesado. No obstante, en el evento excepcional de que el interesado acuda a un médico externo – no adscrito a la red de prestadores de la correspondiente EPS– la EPS tiene una carga de valoración del concepto de dicho médico. El concepto del médico externo no podrá ser automáticamente descartado por la EPS, sino que es necesario una valoración de su idoneidad por parte de un médico adscrito a la EPS (de manera directa o mediante remisión del interesado) o del Comité Técnico Científico, según lo determine la propia EPS.

**(iv) Acceso sin obstáculos por pagos.** ‘Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo’.

**(v) Acceso al diagnóstico.** Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

**(vi) Allanamiento a la mora.** Cuando una EPS no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se allana a la mora y, por ende, no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones.

**(vii) Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo.** El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘bajo ningún pretexto’, ni pueden cobrarsele copagos.

**(viii) Acceso con continuidad a la salud.** El acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespetar el derecho a la salud una EPS que suspende un servicio de salud que se requiere, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador.

**(ix) Información, acompañamiento y seguimiento.** Toda persona tiene derecho a que las EPS o autoridades públicas no obligadas a autorizar el servicio de salud pedido, adopten las medidas adecuadas para, por lo menos, (1) suministrar la información que requería para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son

sus derechos, (2) *indicar* específicamente cuál era la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de realizar las pruebas diagnósticas que *requiere* y una cita con un especialista, y (3) la *acompañar* durante el proceso de solicitud del servicio, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

**(x) Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS.** Toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que las EPS puedan imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. En especial, toda persona tiene derecho a que su EPS autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante; una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.

**(xi) Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.** Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

**(xii) Libertad de elección de EPS.** Toda persona tiene derecho a elegir la EPS que se encargará de garantizarle la prestación de los servicios de salud, con las limitaciones razonables que imponga la regulación. La limitación superior impuesta a la libertad de escogencia dentro del Sistema de Salud a las personas afiliadas que se encuentren sometidas a servicios de alto costo podrá ser aplicada si (1) el ‘afiliado’ (2) está ‘haciendo uso de servicios’ (3) para atender ‘procedimientos de alto costo’ (4) ‘sujetos a períodos mínimos de cotización’. No puede extenderse la limitación mediante interpretaciones extensivas, como por ejemplo, impedirle a un ‘afiliado’ trasladarse a una entidad porque su hijo menor, un ‘beneficiario’, tiene una enfermedad de alto costo”<sup>184</sup>.

En síntesis, la Corte Constitucional señaló las siguientes fallas de carácter estructural que afectan el Sistema de Seguridad Social en Salud:

1. La segmentación de la población con planes de beneficios diferenciales ha vulnerado el derecho fundamental a la salud.
2. El principio de eficiencia se ha centrado en la contención de costos.
3. No existe un buen sistema de información que garantice la gestión razonable y eficiente de los servicios.
4. Los valores y principios de la atención médica centrados en el paciente, han derivado al cuidado por la rentabilidad.
5. Falta de un sistema de Inspección, Vigilancia y Control por parte del Gobierno Nacional.
6. Falta de mecanismos ágiles y oportunos de flujo de los recursos de la salud.
7. Desarticulación de los integrantes del Sistema, entre otros.

---

<sup>184</sup> *Ibíd*em

Con base en todo lo anteriormente señalado, la Corte Constitucional impartió una serie de órdenes tendientes a conjurar en cierta medida la crisis por la que atraviesa el Sistema General de Seguridad Social en Salud en nuestro país.

En efecto, la Corte señaló que en lo que respecta a los planes de beneficios, se impartirían ocho órdenes a saber:

1. Ordenar que se precise el contenido de los planes.
2. Ordenar que se actualice integralmente periódicamente el POS y se reduzcan las dudas.
3. Ordenar que se actualice POS
4. Ordenar que se presente un informe sobre deficiencias en el suministro de lo que sí está incluido en el POS
5. Ordenar que se informe las EPS que más vulneran el derecho a la salud
6. Ordenar que se unifique el POS de los menores de edad
7. Ordenar que se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas; y
8. Ordenar que se amplíe la competencia del Comité Técnico Científico, CTC, para que pueda autorizar servicios médicos diferentes a medicamentos, hasta tanto se diseñe un 'mecanismo' diferente.

En cuanto al flujo de recursos para financiar los servicios de salud, la Corte Constitucional resolvió impartir cuatro órdenes:

1. Orden para que se asegure el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.
2. Orden para que no se exija copia de ejecutoria de la sentencia para autorizar el servicio o el reembolso al que haya lugar.

3. Orden para que se diseñe un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados (vigésimo sexto); y
4. Orden para corregir o rediseñar el sistema de recobro sea eficiente.

Adicionalmente, y con el fin de superar otras fallas en el Sistema de protección, la Corte Constitucional resolvió impartir dos órdenes:

1. Ordenar que se proporcione a los usuarios del sistema información que les permita ejercer su libertad de escogencia; y
2. Ordenar que se cumpla la meta de cobertura universal.

#### **4.3.1 Sentencias Estructuradas.**

Ahora una vez revisados los aspectos positivos y negativos de los lineamientos jurisprudenciales contenidos en la Sentencia T 760 de 2008 es importante continuar con su análisis, esta vez desde otro punto de vista, el cual no es otro que el del tipo de fallo que en esta ocasión expidió la Corte Constitucional.

Así tenemos que, el papel de la Corte Constitucional, como máximo juez de tutela, es la de verificar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales *cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares*.<sup>185</sup>

Así mismo, el artículo 86 de la Constitución Nacional, al definir el alcance de la tutela, le impone al juez la obligación de hacer cesar la vulneración, por medio de

---

<sup>185</sup> Decreto 2195 de 1991.

“una orden para que aquel, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

De acuerdo a lo anterior, los jueces de tutela y, en particular, la Corte Constitucional, tienen la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos constitucionales cuando se encuentren comprometidos por las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares. Así, cuando en un proceso de tutela se pone en evidencia una vulneración de derechos individuales pero también la transgresión generalizada, masiva y reiterada de derechos constitucionales, la Corte Constitucional tiene el deber imperativo de asegurar el respeto de las dimensiones individual y colectiva de esos derechos<sup>186</sup>.

Sin embargo, y dada la existencia de (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante<sup>187</sup>; la Corte Constitucional ha interpretado la facultad de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos constitucionales como una extensión de su tutela constitucional, que debe ser expresada y desarrollada a través Sentencias Estructurales- Macro sentencias o

---

<sup>186</sup> Corte Constitucional. Auto 385 de 2010.

<sup>187</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004.

Sentencias programáticas, las cuales incluyen órdenes judiciales, que garantizan efectivamente la cesación en la violación del derecho; más aún, si se trata de una violación general y masiva, que por consonancia necesitará órdenes más complejas, contundentes y estructurales.

De conformidad con lo anterior, el juez constitucional tiene la facultad para determinar el contenido, el sujeto pasivo y los sujetos activos de sus órdenes para asegurar el restablecimiento de los derechos. En cuanto al *contenido de las órdenes*, éstas podrán ser abiertas o cerradas, generales o específicas, simples o complejas; en cuanto a los *sujetos pasivos de las órdenes*, éstas pueden estar encaminadas a beneficiar únicamente al demandante o a los demandantes en la acción de tutela o también a otras personas que se encuentran en la misma situación; y en cuanto a los *sujetos activos de las órdenes* éstas pueden estar dirigidas a un número cerrado de entidades o particulares demandadas, pero también a otros sujetos de cuya actividad depende la vigencia de los derechos constitucionales comprometidos<sup>188</sup>.

Adicionalmente, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional puede establecer válidamente “los demás efectos del fallo para el caso concreto” y mantener su competencia “hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

Es así como el juez de tutela conserva la competencia para dictar órdenes que aseguren que el derecho sea plenamente restablecido o las causas de la amenaza sean eliminadas, lo cual comprende introducir ajustes a la orden original siempre y

---

<sup>188</sup> Corte Constitucional. Auto 385 de 2010.

cuando ello se haga dentro de los siguientes parámetros para que se respete la cosa juzgada<sup>189</sup>:

1. La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque (a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; (b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.
2. La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.
3. Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.
4. La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”

En tal sentido, las órdenes judiciales aquí tratadas tienen la particularidad de no ser manifestadas en un marco taxativo, ya que no se pueden cumplir por medio de acciones puntuales, de una o varias entidades; por el contrario, son mandatos que comprometen el accionar general del Estado; y, por ende, son requerimientos que afectan la creación, desarrollo o implementación de políticas públicas<sup>190</sup>, como es el caso de las sentencias estructurales que ha emitido la Corte Constitucional, entre

---

<sup>189</sup> *Ibidem.*

<sup>190</sup> *Ibidem.*

ellas la T-025 de 2004, sobre los derechos de la población desplazada, y la T-760 de 2008, sobre el derecho a la salud, esta última analizada anteriormente.

#### **4.4 POSIBLES SOLUCIONES PARA SUPERAR LA CRISIS DEL SGSSS.**

Después de efectuar el anterior análisis respecto de la crisis en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y para efectos de procurar contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan, se han dado diversas propuestas de avances normativos, los cuales serán señalados a continuación, y analizados a mayor profundidad en los capítulos subsiguientes:

1. Definición el derecho a la salud y el límite de lo que debe cubrir el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).
2. Compilación de las normas que existen y crear una instancia que reúna todos los actores del sector para buscar consensos y garanticen la modulación coherente de reglas claras en la prestación del servicio de salud y direccionamiento del Sistema.
3. Definición el plan de saneamiento fiscal y financiero que permita el flujo de recursos y liquidez para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), teniendo en cuenta la falta de mecanismos ágiles y oportunos de flujos de los recursos de la salud.
4. Fortalecimiento de la Gobernabilidad afirmativa del Sistema a través de una fuerte inspección, vigilancia y control del Estado, principalmente sobre:
  - a. Sistema de gestión de riesgos en salud.
  - b. Administración del FOSYGA.
  - c. Sistema de información transparente.

5. Definición de un modelo regulatorio que no solo anticipe y regule los efectos, sino que prevea los defectos del mercado.
6. La salud debe mirarse desde la óptica de la gestión pública.
7. Eliminación de la intermediación financiera y comercial de las EPS.
8. Fortalecimiento de los mecanismos pertinentes para evitar la evasión y elusión de aportes al sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS) que garantice un contenido esencial mínimo dinámico y flexible en el cual se establezca su cobertura de una manera gradual e integral.
10. Conformación de una red de prestadores de servicios de salud sostenibles.
11. Articulación de herramientas para avanzar con progresividad, sin discriminación buscando lograr la universalidad con equidad, oportunidad y calidad.
12. Cubrimiento de las necesidades primarias de la población a través de la tributación general.
13. Eliminación de la flexibilización y precarización de las condiciones laborales.

Por otro lado, independientemente del análisis jurisprudencial y legal efectuado, surge la inquietud acerca de si las EPS y las IPS prestan el servicio público de salud porque el Estado lo permite o porque el Estado lo delega, aspectos que merecen especial atención de acuerdo con los siguientes parámetros:

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley<sup>191</sup>.

En armonía con lo anterior, la Ley 489 de 1998 dispone que las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la ley.

A su turno, el legislador dispuso que los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Señala el legislador que en el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

---

<sup>191</sup> Constitución Política, artículo 209.

Por su parte, el Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Dispone la ley que sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- a. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
- b. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
- c. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

En relación con los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

Dentro de ese marco legal, la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En materia de contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

Por su parte, la delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

Dichos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos.

Mutatis Mutandis, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por expreso mandato legal, existen algunas funciones –no todas- que el Estado delega, como por ejemplo todo lo relacionado con la afiliación. Así lo señala en varias normas la Ley 100 de 1993 y así lo ha reconocido en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional.

El aseguramiento es un mecanismo de delegación, sin embargo, no toda la prestación y/o aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se realiza a través del mecanismo de la delegación efectuada por el Estado. También se evidencian aspectos en los cuales el Estado permite el ejercicio de determinadas funciones en los estrictos y precisos términos señalados en la ley y el reglamento.

Sin lugar a dudas, no se trata únicamente de permitir el aseguramiento y/o la prestación del servicio público de salud, sino que además las EPS asumen un

determinado riesgo, lo que no significa que el Estado pierda o se desprenda de su función constitucional de ejercer la inspección, vigilancia y control.

A manera de síntesis, consideramos que la solución frente a la crisis en el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe incluir en forma armónica integral los siguientes componentes:

- a. Un adecuado flujo de recursos
- b. La solución al problema del hueco fiscal que actualmente existe en el Sistema, relacionado con los márgenes de insolvencia.
- c. Mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio público de salud.
- d. Protección integral a la familia en términos de acceso, cobertura, calidad y eficiencia.
- e. Satisfacción de las expectativas de los usuarios frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- f. Oferta adecuada de servicios, toda vez que faltan prestadores y los que se encuentran están mal distribuidos. A manera de ejemplo faltan especialistas en las áreas de la medicina.
- g. Estructuración de un marco legal y reglamentario que se ocupe de regular soluciones al tema financiero.
- h. Resulta necesario “relegitimar” el Sistema, toda vez que la gente le cree poco al actual modelo.
- i. Que el Estado asuma realmente la rectoría del Sistema de Salud.
- j. Fortalecimiento en los esquemas de inspección, vigilancia y control, con el fin de verificar la correcta utilización de los recursos y la eficiente prestación y administración de la salud como servicio público y como derecho fundamental.

## **5. HACIA UN NUEVO MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

El propósito del presente capítulo es explicar el nuevo modelo del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pretende adoptar el Gobierno Nacional mediante el análisis de diferentes proyectos de ley del Congreso de la República, entre ellos el proyecto de ley estatutaria a través del cual se regula el derecho fundamental a la salud, y el proyecto de ley ordinaria, mediante el cual se modifica el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la solución no es la expedición de un nuevo marco legal y reglamentario que regule el Sistema General de Seguridad Social en Salud, aunque debemos reconocer que es un avance significativo que permitirá encontrar una solución definitiva a la grave crisis por la que atraviesa nuestro Sistema de Salud, tanto en materia de aseguramiento, como en la prestación eficiente del servicio público de salud.

Efectivamente, a lo largo del presente documento de análisis hemos sostenido que no hay fórmulas mágicas que permitan de la noche a la mañana solucionar la grave crisis por la que atraviesa la salud en nuestro país, sino que el resultado requiere la implementación gradual y progresiva de una serie de medidas que paulatinamente permitirán superar la crisis.

En ese contexto, es relevante señalar los aspectos más importantes del nuevo marco legal que pretende implementar el Gobierno Nacional, y que, con

algunas dificultades, podrá ser aprobado por el Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa.

Aunque se han dado esfuerzos y avances en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por ejemplo, en términos de aumento de la cobertura; asignación de recursos; y acceso efectivo a los servicios de salud, los problemas estructurales persisten, y son precisamente estos los que deben solucionarse a partir de un nuevo marco jurídico.

Al respecto, el gremio que agrupa a las Cajas de Compensación Familiar, ASOCAJAS, sostuvo en un documento<sup>192</sup> de intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria, lo siguiente:

*“Mucho se ha discutido y analizado sobre la problemática del sistema, que en resumen comprende fallas no circunscritas exclusivamente a los resultados esperados de un Sistema de Salud frente al ciudadano, sino que comprenden adicionalmente fallas estructurales; como la falta de definición por la sociedad del alcance del derecho a la salud y el aseguramiento social, la carencia de un marco regulatorio estable, la crisis de la salud Pública, las diferencias entre regímenes, la corrupción, las relaciones entre sus actores (enmarcadas en la desconfianza, la excesiva tramitología y la prevalencia del interés individual sobre el bien común del sistema), la falta de flujo de información transparente, confiable y oportuna, la desactualización del plan de beneficios, la falta de una metodología confiable para determinar la UPC, la deficiencia del flujo oportuno de recursos, la falta de coordinación de los organismos del Estado que tienen que regular, vigilar y controlar el*

---

<sup>192</sup> ASOCAJAS, documento de intervención ciudadana ante la Corte Constitucional, revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria por la cual se regula el derecho fundamental a la salud. Bogotá 2013.

*sistema con políticas articuladas así como la respuesta inadecuada en cuanto a la suficiencia y calidad de la oferta de los servicios de salud ante la creciente cobertura y demanda de los mismos<sup>193</sup>”*

*El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social “ha expedido normas en cuanto a precios de medicamentos, el flujo de recursos a aseguradores y prestadores, la solución de glosas a los recobros, el plan de salud pública como la bitácora del sector, la reducción de trámites innecesarios para el acceso a los servicios, la obligación de toma de medidas para mejorar el mismo y la igualación de los beneficios de los planes para el subsidiado y el contributivo”*

En todo caso, los proyectos de ley que analizaremos a continuación, no resuelven aspectos esenciales que requieren una solución apremiante, como por ejemplo: a. Mayor oferta de Servicios de Salud; b. Lograr un consenso social acerca del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud; c. Definición del modelo del Sistema, toda vez que el aseguramiento o la administración delegada, entre otros.

### **5.1. REGULACIÓN ESTATUTARIA DE UNA POLÍTICA PÚBLICA.**

Con fundamento en lo previsto en el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, según el cual al Congreso de la República le corresponde mediante leyes estatutarias regular los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, el legislativo aprobó recientemente la Ley Estatutaria en Salud (Proyecto de Ley No. 209 de 2013), por la cual se regula el

---

<sup>193</sup> ASOCAJAS, documento de intervención ciudadana ante la Corte Constitucional, revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria por la cual se regula el derecho fundamental a la salud. Bogotá 2013.

derecho fundamental a la salud y se crean mecanismos adicionales para su protección.

Dentro de la motivación que expuso el legislativo para aprobar el mencionado proyecto de ley, se incluyó que, pese a una serie de mandatos legales y jurisprudenciales, la población colombiana no ha logrado percibir la salud como un derecho humano fundamental, puesto que el modelo adoptado está soportado más por la condición económica de la persona para acceder a una atención que por su característica de persona poseedora de derechos<sup>194</sup>.

En ese contexto, señala la exposición de motivos que la salud dejó de ser la guía del modelo, pasando a un segundo plano y dándole prevalencia a los riesgos económicos de la familia, que a la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, lo que se refleja en graves retrocesos de los indicadores de salud pública en nuestro país y falencias de tipo estructural que están llevando al colapso el sistema en su conjunto.

Igualmente, en el documento se resaltó que el componente de salud se basa en un modelo de aseguramiento individual o familiar de competencia regulada con subsidio a la demanda, producto de las negociaciones que en su momento tuvo el proceso legislativo de la Ley 100 de 1993. La lógica básica de la organización de este sistema, divulgada después de la reflexión sobre la experiencia colombiana, corresponde al denominado pluralismo estructurado, cuyos componentes fundamentales son:

---

<sup>194</sup> Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley Estatutaria 48 de 2012.

i) La separación de funciones en el sistema; ii) regulación a cargo del Estado; iii) El manejo de los recursos o articulación a cargo de intermediarios financieros, las Empresas Promotoras de Salud (EPS), en competencia regulada; iv) la prestación en libre competencia entre prestadores; y v) la inspección, vigilancia y control a cargo de autoridades especializadas del Estado.

Ahora bien, el modelo es netamente financiero que pretende resolver los problemas relacionados con los recursos disponibles, sin embargo los resultados en salud muestran un claro descenso de indicadores tan importantes como las coberturas efectivas de vacunación, el aumento de la incidencia de enfermedades de transmisión sexual y el incremento de diferentes patologías.

Así mismo, el proyecto de ley señala los siguientes aspectos puntuales relacionados con la problemática de la salud en nuestro Estado:

*“La lógica de agentes en competencia exigió un proceso de empresarización de los hospitales públicos, en medio de condiciones desfavorables de liquidez y de costos de producción de servicios. Esta situación ha conllevado a la más grave crisis de la red de prestadores de servicios, tanto pública como privada, puesto que las deudas que tienen las EPS de los dos regímenes ascienden a 6.3 billones de pesos. Esto ha conllevado a retrasos con proveedores de insumos y suministros, personal asistencial, modernización de tecnología e infraestructura, entre otros aspectos vitales para el buen funcionamiento de los hospitales y clínicas.*

*De igual forma, los prestadores han estado supeditados a las condiciones de pago y a las autorizaciones de servicios establecidos por las entidades aseguradoras, que han diseñado una serie de métodos orientados a restringir*

*el acceso de los usuarios al sistema. Son conocidas las denominadas barreras de tipo geográfico, económico, servicios, etc., que han perjudicado ostensiblemente la calidad y la continuidad de los tratamientos. Por supuesto que con esta situación, los más afectados han sido los usuarios que se convirtieron en el centro de tensión del sistema. Esta tensión ha generado una serie de acusaciones de los unos contra los otros, que repercute en una grave crisis institucional del sistema de salud colombiano por la desconfianza y desarmonización.*”<sup>195</sup>

Así mismo, en el documento se resalta el hecho de que como la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud (CSR) le ha planteado a la Corte Constitucional en sus informes que el modelo que ata el derecho a la demostración de capacidad de pago, está condicionando un derecho fundamental a la propiedad de las personas.

Dicha lógica va en contra del Estado Social de Derecho. Por esta razón fundamental, se requiere construir un nuevo arreglo institucional que permita el respeto, la protección y la garantía del derecho fundamental a la salud como un derecho universal, basado en la ciudadanía social, en la condición de habitante en el territorio nacional, tal como se propone en la presente ponencia del proyecto de ley estatutaria<sup>196</sup>.

De la misma forma, sostuvo el legislador que “frente a la crisis acumulada en la implementación de la Ley 100 de 1993 y sus ajustes recurrentes, el Estado colombiano debería reorganizar todos los componentes de la seguridad social. No obstante, la Ley Estatutaria en Salud (Proyecto de Ley No. 209 de 2013) se refiere al

---

<sup>195</sup> *Ibíd.*

<sup>196</sup> *Ibíd.*

componente de salud, riesgos laborales, servicios complementarios y accidentes de tránsito, con base en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud en el país. De otra parte, la complejidad de la problemática pensional demanda un desarrollo específico en la misma clave de derecho universal, pero requiere su propio desarrollo normativo que no se presenta en esta ocasión”<sup>197</sup>.

En la ponencia se afirmó igualmente que, luego de los anuncios del Presidente Juan Manuel Santos sobre la necesidad de reconocer el carácter de derecho fundamental a la salud y no su asimilación a un negocio, la Corte Constitucional convocó a una segunda audiencia de seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760, en mayo del año 2012, en cuya instalación se dijo:

*(...) Causa inmensa preocupación el hecho de que los diferentes órganos estatales no comprendan aún los compromisos de un Estado Social de Derecho, como no otorgarle la debida importancia al derecho a la salud, situación que ha ocasionado que la sociedad colombiana se pueda catalogar hoy de enferma.*

*La salud no puede ser un negocio para lucrar a unos pocos. La actividad de los mercaderes de la salud, va en detrimento del derecho fundamental de niños y niñas, de mujeres embarazadas, de personas de la tercera edad, de discapacitados, de indígenas, de negritudes; y en últimas de la sociedad en general.”*

En dicha audiencia, sostiene la exposición de motivos, y posterior a escuchar a los diferentes actores del sistema se sacaron las siguientes conclusiones:

---

<sup>197</sup> Ibídem

Desde años atrás se ha constatado la situación lamentable de la salud en nuestro país. Al parecer, todo continúa igual y con tendencia clara a deteriorarse. El Congreso ha permanecido vigilante en el cumplimiento de las órdenes dictadas en la sentencia conocida, evidenciando leves mejorías que en nada han incidido en el goce efectivo del derecho a la salud.

De acuerdo con la ponencia, a la anterior solicitud efectuada por la Corte Constitucional, se suma la voz de la Contraloría General de la República, que en varios escenarios ha manifestado que los copiosos recursos, que ascienden a 40 billones de pesos, no están dando una respuesta satisfactoria con los niveles de salud de la población y que la apropiación indebida de los mismos se acerca a niveles escalofriantes del 50%.

Por otra parte, resume el proyecto de ley que la Procuraduría General de la Nación ha revelado que pese al notable avance de la afiliación o carnetización, el acceso, oportunidad y calidad del servicio de salud están lejos de cumplir con los postulados constitucionales y legales del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo reveló, según información del diario El Tiempo del 5 de agosto 2012, que en el estudio sobre la tutela y el Derecho a la Salud 2011, el 64.16% de las solicitudes por vía tutela se encuentran incluidos en el POS y para el mismo año se interpusieron 105.947 tutelas, lo que significa que cada cinco minutos se interpuso una acción reclamando el derecho a la salud.

Así mismo, de acuerdo con la información contenida en la exposición de motivos, la Secretaria de Salud del Distrito Capital y los gerentes de los hospitales o Empresas Sociales del Estado (ESE) de Bogotá, le han solicitado al Presidente Juan Manuel Santos, ayuda para solucionar de manera inmediata la situación de la red pública de

la ciudad, frente a la cartera de las EPS que asciende a más de 260 mil millones; la apropiación de los recursos de las glosas que indebidamente son incorporados al patrimonio de dichas entidades; así como la insolvencia de las EPS tanto las intervenidas como las acogidas a Ley 550; los giros directos a las EPS que debilitan el papel de las entidades territoriales y la permanente presencia de barreras de acceso.

Recientemente, la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760/08 ha emitido cinco autos en los cuales ratifica el incumplimiento parcial o total de varias órdenes establecidas en la Sentencia por parte del Gobierno nacional. Esta situación muestra que el sistema construido en el marco de la Ley 100/93, a pesar de sus ajustes normativos por las Leyes 715/01, 1122/07, 1310/10 y 1438/11, ha llegado a sus límites.

El elemento más dramático es la evidente crisis financiera relacionada con la apropiación indebida de los recursos públicos de la seguridad social por parte de la mayoría de las EPS, como consecuencia de un inadecuado registro contable de los recursos recibidos como UPC por sus afiliados, cuya destinación específica para la prestación de servicios de salud obligaba a registrarlos como cuentas de orden y no como ingresos de operación.

Concluye en este punto la ponencia que hoy la Corte Constitucional ordena perentoriamente al Gobierno Nacional la recuperación de los recursos mal habidos, decisión que debe ser apoyada por toda la sociedad colombiana, mientras se superan los problemas estructurales del sistema adoptado con aquella normatividad<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> *Ibidem*.

Específicamente, en relación con el clausulado de la nueva ley estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud, dispuso el legislador que la ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

El mencionado derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y 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.

En tal virtud, 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.

La citada Ley Estatutaria define el Sistema de Salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

Uno de los aspectos importantes a resaltar de la nueva ley estatutaria es la consagración de una serie de obligaciones en cabeza del Estado, quien es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Para tal fin, deberá entre otros aspectos: a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema; c) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio; d) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto; e) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población, etc.

De otra parte, la nueva ley estatutaria no solo reguló lo relacionado con las obligaciones en cabeza del Estado para que funcione adecuadamente el servicio público de salud, sino que además estableció una serie de elementos y principios que se relacionan entre sí, los cuales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

i) Disponibilidad: El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

ii) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y

cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten.

iii) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

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

Así mismo, el legislador considera que adicionalmente a los principios contemplados en la Ley 100 de 1993, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

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

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

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

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

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

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

g) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como

fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Otro aspecto novedoso que regula la ley, es el relacionado con los determinantes sociales de la salud, entendiendo por estos aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

Además de regular todo un catálogo de derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, el legislador dedicó todo un capítulo para regular la garantía y mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud.

En efecto, en materia de participación en las decisiones del sistema de salud, la ley dispuso que el derecho fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye: a) Participar en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación; b) Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema; c) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías; d) Participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud; entre otros.

A su turno, el legislador dispuso que el sistema de salud estará organizado en redes integrales de servicios de salud, las cuales podrán ser públicas, privadas o mixtas.

De otra parte, en lo que se refiere a las prestaciones de salud, dispone el nuevo marco legal estatutario que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

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

Otro derecho fundamental que regula la ley estatutaria es el de la autonomía profesional. Allí el Congreso señaló que se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

En armonía con lo anterior, se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Igualmente, los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.

En otras disposiciones, el nuevo marco legal reguló aspectos relacionados con la política pública en salud y la política para el manejo de la información en salud, señalando como una obligación del Gobierno Nacional la de implementar una política social de Estado que permita la articulación intersectorial con el propósito de garantizar los componentes esenciales del derecho, afectando de manera positiva los determinantes sociales de la salud.

De igual manera dicha política social de Estado se deberá basar en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad y su atención integral, oportuna y de calidad, al igual que rehabilitación.

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

En materia farmacéutica nacional, el Gobierno Nacional establecerá una Política programática e integral en la que se identifiquen las estrategias, prioridades, mecanismos de financiación, adquisición, almacenamiento, producción, compra y

distribución de los insumos, tecnologías y medicamentos, así como los mecanismos de regulación de precios de medicamentos. Esta política estará basada en criterios de necesidad, calidad, costo efectividad, suficiencia y oportunidad.

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

Dispone la ley que será obligación del Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, regular los precios de los medicamentos a nivel nacional para los principios activos. Dichos precios se determinarán con base en comparaciones internacionales. En todo caso no podrán superar el precio internacional de referencia de acuerdo con la metodología que defina el Gobierno Nacional.

Finalmente, el nuevo marco legal estatutario señala el deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas y la inembargabilidad de los recursos públicos que financian la salud, los cuales tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos para fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente establecidos.

## **5.2. PROYECTO DE LEY ORDINARIA QUE REDEFINE EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

Como resultado de todo lo señalado en el presente documento, y dentro de una concepción de política pública a cargo del Estado, por iniciativa del Gobierno Nacional fue presentado a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley ordinaria por medio del cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Actualmente, su contenido y parámetros son objeto de discusión, análisis y aprobación por parte del Congreso de la República, sin embargo, dada su importancia y trascendencia, teniendo en cuenta el hecho de que la iniciativa legislativa modifica esencialmente el actual modelo de salud en nuestro Estado, a continuación nos permitiremos resaltar sus aspectos más importantes y fijar nuestra posición sobre el particular.

En primer lugar, dicha iniciativa legislativa tiene por objeto redefinir el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el propósito de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Igualmente, establece los principios del Sistema, los instrumentos para la gestión de la salud pública y la atención primaria en salud, el marco a partir del cual se regulan los beneficios en salud, la operación, gestión y administración de la prestación de los servicios, el manejo unificado de los recursos en salud a través de la creación de una entidad de naturaleza especial, algunos procedimientos de inspección, vigilancia y control, el fortalecimiento de la gestión del talento humano en salud, el régimen laboral aplicable a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado –ESE-

y su fortalecimiento y un régimen de transición para la aplicación de lo dispuesto en la ley.

Lo anterior guarda armonía con el objetivo propuesto por el legislador, consistente en lograr el mejor estado de salud posible de la población por medio de acciones colectivas e individuales de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y de la atención integral, continua y de calidad.

De acuerdo con el marco legal ordinario, el nuevo Sistema tendrá las siguientes características que lo diferenciarán del Sistema creado a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993:

1. Contará con una entidad que será la responsable de la afiliación, recaudo, administración, pago, giro o transferencia de los recursos destinados a la financiación del servicio;
2. Dispondrá de un modelo conformado por beneficios colectivos y prestaciones individuales;
3. Tendrá un plan de beneficios individuales al cual accederán todos los afiliados;
4. Tendrá atención primaria y complementaria garantizada por los Gestores de Servicios de Salud de naturaleza pública, privada o mixta;
5. Operará mediante esquemas de integración territorial definidos, planificados, vigilados, controlados y coordinados por las Comisiones de Área de Gestión Sanitaria, en los términos que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. Para el efecto, conformarán Redes de Prestación de Servicios de Salud que garanticen la integralidad, continuidad y calidad de la atención;
6. Tendrá Prestadores de Servicios de Salud de naturaleza pública, privada o mixta, los cuales actuarán dentro de redes integradas;

7. Dispondrá de esquemas diferenciados de atención para poblaciones especiales y aquellas localizadas en zonas dispersas;
8. Tendrá Comisiones de Área de Gestión de Sanitaria encargadas de definir, planificar, vigilar, controlar y coordinar la adecuada operación del sistema de salud.
9. Contará con la participación de los afiliados quienes podrán asociarse para actuar ante los Gestores de Servicios de Salud y los Prestadores de Servicios de Salud y tomar parte en las decisiones.
10. Permitirá a los afiliados elegir libremente a los Gestores de Servicios de Salud y a los Prestadores de Servicios de Salud, y a los profesionales, dentro de las condiciones establecidas en el marco legal, entre otros.

Algo novedoso que incorpora el nuevo modelo, es la evaluación plurianual del sistema de salud, a cargo del Gobierno Nacional, la cual se efectuará cada cuatro (4) años de acuerdo con los siguientes criterios: i) La forma en que los beneficios del Sistema se distribuyen con base en las necesidades de salud de las personas en condiciones de equidad; ii) La asignación y flujo de los recursos del Sistema hacia la satisfacción de las necesidades de salud; iii) El aporte de las tecnologías en salud; iv) La capacidad de la red hospitalaria; v) La calidad de los servicios de salud y los principios que la sustentan; vi) Los resultados de las políticas de salud pública; vii) La inspección vigilancia y control; viii) Las oportunidades de participación efectiva de los usuarios y su percepción sobre los resultados de salud y la calidad de los servicios; ix) La sostenibilidad financiera; y x) La percepción de los usuarios y profesionales de la salud sobre los resultados del Sistema, así como sobre sus condiciones laborales.

Además de regular aspectos relacionados con la salud pública; el Plan Decenal de Salud Pública; los Planes Territoriales de Salud; la estrategia de Atención Primaria en

Salud; y la investigación, innovación y desarrollo tecnológico para la salud, el nuevo modelo regula todo un capítulo para lo concerniente con el manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, en primer lugar crea la entidad Salud-Mía, como una entidad del nivel descentralizado del orden nacional, de naturaleza especial, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio independiente, denominada Unidad de Gestión - Salud-Mía, la cual será parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El régimen de los empleados de la Unidad de Gestión en materia de clasificación de empleos, administración de personal y carrera administrativa será el que rige para los empleados públicos. En materia de nomenclatura el personal se registrará por un sistema especial.

Por su parte, dispone la ley que el régimen presupuestal será el que rige para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, sujeta al control de la Superintendencia Financiera de Colombia, en relación con sus actividades financieras, sujeta a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República

En materia contractual la Unidad de Gestión se registrará por el derecho privado y dará aplicación a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, la Unidad de Gestión tiene por objeto administrar el registro de la afiliación de la población; recaudar las cotizaciones, administrar los recursos a su

cargo; realizar los pagos; giros o transferencias; administrar la información relativa a recursos, afiliación y aquella pertinente para la administración del Sistema. Así como ordenar el pago, efectuar los giros directos en nombre de los Gestores de Servicios de Salud o las Entidades Territoriales y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema. Administrar los mecanismos de reaseguro y redistribución de riesgo, entre otros.

Otro aspecto importante que debemos resaltar en este punto, es el relacionado con la destinación de los recursos que Salud-Mía recaudará y administrará, como lo es:

- Pago a los Gestores de Servicios de Salud de conformidad con lo señalado en la presente ley sobre reconocimientos económicos y pago a estos;
- Pago por licencias de maternidad o paternidad o incapacidades por enfermedad general de los afiliados cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- Indemnizaciones por muerte o incapacidad permanente y auxilio funerario a víctimas de eventos terroristas o eventos catastróficos;
- Gastos derivados de la atención en salud inicial a las víctimas de eventos terroristas y eventos catastróficos de acuerdo con el plan y modelo de ejecución que se defina;
- Inversión en salud en casos de eventos catastróficos.
- Recursos para el fortalecimiento y ajuste de la red pública hospitalaria.
- Pago por los gastos de administración de los Gestores de Servicios de Salud;
- Recursos destinados a la inspección, vigilancia y control de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de la Ley 1438 de 2011.
- Pago por la prestación de servicios de salud, que en los casos que corresponda se hará directamente al prestador de servicios de salud.
- Administración, funcionamiento y operación de la entidad, entre otros.

En relación con el Plan de Beneficios de Salud – MI PLAN, se establece en el nuevo modelo que el Plan de Beneficios de Salud, que en adelante se llamará Mi-Plan, corresponde a los servicios y tecnologías aprobadas para su uso en el país y requeridas para atención en salud. Mi-Plan garantizará la cobertura de los servicios y tecnologías para todas las patologías. Se establecerá un listado de servicios y tecnologías excluidos de Mi-Plan, de acuerdo con los criterios definidos en el presente capítulo.

Ahora, con el nuevo modelo, los Prestadores de Servicios de Salud serán los agentes responsables de la atención individual en salud y serán de dos tipos:

a. Los Prestadores de Servicios de Salud primarios a través de los cuales los usuarios acceden en primera instancia como puerta de entrada al Sistema. Les corresponde la caracterización e intervención sobre los riesgos en salud a través de actividades preventivas, de protección específica y detección temprana y búsqueda activa de personas con enfermedades prevalentes.

Igualmente, ofrecen las prestaciones individuales en medicina general, medicina familiar y especialidades básicas, orientadas a la resolución de las condiciones más frecuentes que afectan la salud. Incluye el manejo de los eventos agudos, en su fase inicial y los crónicos para evitar complicaciones. Estos prestadores deben estar ubicados en el lugar más cercano a la población.

b. Los Prestadores de Servicios de Salud Complementarios son los agentes responsables de las prestaciones individuales de salud que requieren de recursos humanos, tecnológicos y de infraestructura de mayor tecnología y especialización. Dentro de estos, se encuentran aquellos Prestadores de Servicios de Salud orientados a garantizar las prestaciones individuales cuya atención requiere de

tecnología no disponible en todas las Áreas de Gestión Sanitaria y que se pueden constituir en centros de referencia nacional.

Así mismo, el nuevo esquema crea la Red de Prestación de Servicios de Salud como el conjunto de prestadores habilitados para ofrecer los servicios de Mi-Plan dentro de una Área de Gestión Sanitaria.

Los Gestores de Servicios de Salud que operen en cada Área de Gestión Sanitaria son los responsables de conformar su Red de Prestación de Servicios de Salud que garantice, de manera integral y suficiente, las prestaciones de servicios y tecnologías de salud incluidas en Mi-Plan. El Ministerio de Salud y Protección Social fijará criterios para que los Gestores de Servicios de Salud contraten con los Prestadores de Servicios de Salud. En todo caso dichos criterios deben tener en cuenta, como mínimo, la disponibilidad de Prestadores de Servicios de Salud habilitados en el Municipio, Distrito o Área de Gestión Sanitaria, garantizando la suficiencia e integralidad de la Red de Prestación de Servicios de Salud y la libre elección por parte de los usuarios.

Los Gestores de Servicios de Salud no podrán cancelar ni modificar unilateralmente los contratos con los Prestadores de Servicios de Salud de su Red de Prestación de Servicios de Salud. Tampoco podrán modificar la Red de Prestación de Servicios de Salud que les fue aprobada, salvo causas de fuerza mayor que determine el Ministerio de Salud y Protección Social.

Señala la ley que los contratos entre los Gestores de Servicios de Salud y los Prestadores de Servicios de salud tendrán una duración mínima igual al tiempo por el cual fue autorizado el Gestor de Servicios de Salud para operar en el Área de Gestión Sanitaria respectiva. Dicha duración solo podrá modificarse por problemas

de habilitación y desempeño permanente de los Prestadores de Servicios de Salud, previo concepto del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud.

Otra novedad que trae el nuevo modelo es la creación de la figura de los Gestores de Servicios de Salud, como personas jurídicas de carácter público, privado o mixto, vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud responsables de operar una Red de Prestadores de Servicios de Salud dentro de una Área de Gestión Sanitaria para garantizar las prestaciones individuales de Mi-Plan.

Los Gestores de Servicios de Salud privados, podrán ser sociedades comerciales, organizaciones solidarias y Cajas de Compensación Familiar y podrán cobrar copagos y cuotas moderadoras a los usuarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Los Gestores de Servicios de Salud tendrán un órgano colegiado de dirección y contarán con reglas de gobierno corporativo, las cuales deben hacerse públicas.

Señala la ley, entre otras, las siguientes funciones de los Gestores de Servicios de Salud:

- a) Garantizar a sus usuarios las prestaciones individuales de Mi-Plan, así como tramitar y pagar las incapacidades por enfermedad general y tramitar las licencias de maternidad o paternidad a los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las reconocidas a víctimas, de conformidad con la delegación que determine Salud-Mía.
- b) Gestionar la operación de las Redes de Prestación de Servicios de Salud que garantice el acceso, oportunidad, pertinencia, continuidad, integralidad,

resolutividad y calidad en la prestación de servicios individuales de salud a sus usuarios.

- c) Realizar la gestión integral del riesgo en salud de sus usuarios en las fases de identificación, caracterización e intervención;
- d) Participar y apoyar a Salud-Mía en los procesos operativos de afiliación;
- e) Ordenar los giros directos desde Salud-Mía a los Prestadores de Servicios de Salud que hacen parte de la Red de Prestación de Servicios de Salud y proveedores de medicamentos y dispositivos médicos;
- f) Gestionar, garantizar, hacer seguimiento y control de la información de tipo administrativo, financiero, de prestación de servicios, epidemiológico y de calidad que se genere en desarrollo de su actividad y de la de su Red de Prestación de Servicios de Salud;
- g) Cumplir con las condiciones de habilitación de orden financiero, administrativo y técnico que soporten el cumplimiento de sus obligaciones, etc.

De otra parte, el fortalecimiento del sistema de inspección, vigilancia y control es otro de los aspectos novedoso del nuevo esquema, mediante la asignación de atribuciones especiales a la Superintendencia Nacional de Salud.

Finalmente, dentro de las disposiciones transitorias, señala el legislador que dicho marco legal tendrá un plazo máximo de dos (2) años para su implementación, salvo en aquellos casos para los cuales se haya establecido un término o condición específica. El Gobierno Nacional hará las apropiaciones presupuestales necesarias para su financiación.

Durante el periodo de transición no se podrán efectuar traslados, ampliaciones de cobertura y movimientos de usuarios, salvo que se trate de circunstancias excepcionales determinadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

La creación y habilitación de nuevas Instituciones Prestadoras de Servicios, durante el término de transición, requerirá la autorización del Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese contexto, las actuales Entidades Promotoras de Salud contarán con un plazo máximo de dos (2) años para transformarse en Gestores de Servicios de Salud de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

Así mismo, las Entidades Promotoras de Salud que no se transformen en el plazo señalado en el presente artículo se disolverán y liquidarán.

Las Entidades Promotoras de Salud que se transformen en Gestores de Servicios de Salud podrán conservar sus afiliados dentro del área donde fueron autorizados para operar.

Durante el periodo de transición las Entidades Promotoras de Salud deberán mantener las condiciones de habilitación financiera relacionadas con el patrimonio y el margen de solvencia que tenían al momento de la entrada en vigencia de la presente Ley.

Adicionalmente, de acuerdo con el nuevo esquema, el Gobierno Nacional definirá los procesos que se deberán surtir durante la transición para la afiliación, traslados y movimientos de afiliados de las actuales Entidades Promotoras de Salud, así como para garantizar la prestación de los servicios médicos y tratamientos en curso de los afiliados al Sistema que no hayan elegido Gestor de Servicios de Salud.

De otra parte, a partir de la entrada en operación de Salud-Mía, las Cajas de Compensación Familiar que administran directamente los recursos de que trata el

artículo 217 de la Ley 100 de 1993, contarán con seis (6) meses para presentar ante dicha entidad el balance correspondiente a la ejecución de los recursos del Régimen Subsidiado de los periodos pendientes o cuyo balance haya sido glosado por el FOSYGA. Vencido este plazo, las Cajas de Compensación Familiar no podrán reclamar recursos por concepto de déficit en el mencionado balance. En los casos en que el resultado del balance sea superavitario, los recursos correspondientes deben ser girados al Sistema, dentro del término antes señalado.

Igualmente, el Ministerio de Salud y Protección Social continuará con la ejecución y liquidación de los contratos y obligaciones que se encuentren vigentes y que correspondan al manejo, administración y operación de los recursos del FOSYGA, una vez éste sea suprimido.

Del mismo modo, según el nuevo modelo, las declaraciones de giro y compensación del FOSYGA que se encuentren en estado aprobado quedarán en firme luego de tres (3) años contados a partir de la fecha de aprobación del proceso de compensación. Una vez la declaración de giro y compensación quede en firme no se podrá hacer ningún tipo de reclamación por ninguna de las partes.

En relación con el saneamiento y pago de deudas, señala el proyecto que las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud tendrán un periodo máximo de seis (6) meses para la aclaración de las deudas pendientes provenientes de la prestación de servicios de salud. El Gobierno Nacional determinará los procedimientos para el saneamiento, la realización de los ajustes contables y la aplicación de medidas que permitan atender dichas obligaciones; para ello la Superintendencia Nacional de Salud y los demás organismos de control y vigilancia del sector, aplicarán las sanciones a que haya lugar.

En materia de recobros y reclamaciones ante FOSYGA que hubieren sido glosados caducarán en dos (2) años. Para su reconocimiento y pago, dispone la norma, se exigirá los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, previa auditoría que será sufragada por las entidades recobrantes o reclamantes. Las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud. Los documentos soporte de los recobros y reclamaciones podrán ser presentados a través de imágenes digitalizadas o de la tecnología que para tal efecto defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

Los recobros pendientes de pago por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud se efectuarán conforme a lo señalado en el Decreto 347 de 2013.

Señala el legislador que los recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud que se encuentren en proceso de reclamación judicial podrán ser objeto de arreglo directo entre el demandante y el Ministerio de Salud y Protección Social, para lo cual solo se requerirá de una transacción entre las partes y el desistimiento del proceso.

Finalmente, dispone el nuevo esquema que Salud-Mía dispondrá de un fondo destinado a la administración de los mecanismos financieros necesarios para preservar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de los siguientes objetivos:

a) Procurar que los agentes del sector salud tengan medios para otorgar la liquidez necesaria que permita dar continuidad a la prestación de servicios de salud; b) Servir de instrumento para el fortalecimiento patrimonial que permita el acceso a crédito y otras formas de financiamiento; c) Participar transitoriamente en el capital de los

agentes del Sistema; d) Apoyar financieramente los procesos de intervención, liquidación y de reorganización de los agentes del Sistema; e) Cesión de cartera.

Adicional a lo anterior, establece el proyecto de ley ordinaria que los recursos del Sistema General de Participaciones para salud cofinanciarán los componentes del Régimen Subsidiado, las acciones de salud pública y la prestación de servicios de salud realizada por los prestadores públicos, la cual se denominará como oferta pública. El CONPES Social determinará los porcentajes de los componentes señalados en el presente artículo, de conformidad con las prioridades de política del Sistema.

En ese contexto, la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para cofinanciar la oferta pública podrá considerar los siguientes componentes y criterios de distribución territorial:

- a) Una bolsa para cofinanciar la atención a la Población Pobre No Afiliada a cargo de las Entidades Territoriales – PPNA-;
- b) Una bolsa que contribuya al financiamiento de la oferta mínima esencial en condiciones de eficiencia en los Departamentos y Distritos, a través de instituciones de carácter público, no asociada a la producción y venta de servicios de salud;
- c) Una bolsa para financiar el FONSAET de conformidad con la Ley 1608 de 2013;
- d) Una bolsa para compensar las diferencias en la distribución del Sistema General de Participaciones producto de variaciones en la población, y para incentivar la eficiencia de la Red de Prestadores de Servicios de Salud públicos.

### 5.3. VISIÓN PERSONAL DEL NUEVO MODELO.

Por otro lado, encontramos el Proyecto de Ley Ordinaria<sup>199</sup> el cual tiene como finalidad no solo modificar aspectos que podrían estar dificultado la prestación efectiva del servicio público de salud, sino también regular la correcta aplicación de las directrices señaladas en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

De conformidad con dicho texto, analizaremos algunos aspectos que consideramos de significativa importancia:

**1. Aseguramiento o administración delegada<sup>200</sup>**, este es un aspecto que en el proyecto de Ley es ambiguo, no se establece de forma precisa la naturaleza jurídica de los gestores, si bien se habla de que los Gestores deben asumir el riesgo en salud de los afiliados y el riesgo financiero derivado del mismo, al definir sus funciones y el rol frente a los prestadores se les están otorgando facultades de administradores, caso en el cual no deberían asumir las desviaciones en el costo médico.<sup>201</sup>

Las limitaciones que se establecen en el Proyecto de Ley en cuanto a las condiciones de contratación que deben observar los gestores y reglas como la imposibilidad para terminar los contratos con la red son incompatibles con el modelo de aseguramiento y corresponden a un tipo exclusivo de administración delegada.

La falta de precisión en estos aspectos hace que la inseguridad jurídica del sistema continúe y se incremente, es importante que esta dualidad se defina en la Ley Ordinaria y no se deje a la simple reglamentación por cuanto de ello depende la

---

<sup>199</sup> PL-210-2013 SENADO Y SUS ACUMULADOS 51-2013 Y SUS 233-2013 SENADO.

<sup>200</sup> Comentarios al Proyecto de Ley Ordinaria. Las Cajas de Compensación Familiar como Operadores del Sistema de Salud. 22 de Julio de 2013.

claridad que requieren los interesados para tomar la decisión de constituirse en gestores. Se debe tener certeza sobre las responsabilidades del gestor, sus facultades frente a los prestadores para poder ejercer las funciones de agencia en el Sistema (como el aseguramiento de la calidad de los servicios y el control de costos) y el sistema de remuneración el cual como está planteado resulta indeterminado, por cuanto es discrecional del Gobierno determinar la cuantía a reconocer sobre su resultado operacional y el manejo de las reservas del gestor por parte de Salud Mía.

**2. Centralización de las funciones de afiliación, recaudo y pagos en Salud Mía.** El Proyecto plantea la creación de Salud Mía como una unidad de gestión especial, con personería jurídica y autonomía financiera, encargada de asumir de forma centralizada las funciones de afiliar, recaudar, administrar los recursos y realizar los pagos y transferencias por prestación de los servicios.

Las funciones de afiliación y recaudo son de trascendental importancia para la prestación de servicios a los afiliados, toda vez que de las mismas depende la verificación y validación de derechos de los afiliados para acceder al servicio. En las dos funciones se requiere de la disponibilidad permanente de herramientas tecnológicas y procesos de atención a los afiliados que permitan la centralización de todas las transacciones relacionadas con la afiliación, pagos y consultas; garantizando el adecuado y oportuno cruce de información para validaciones con otras bases de datos, registro de la información, de las novedades a la misma, consultas en línea y verificación de derechos.

Lo anterior implica un elevado número de transacciones que han sido atendidas por las EPS mediante cuantiosas inversiones en herramientas tecnológicas y recursos humanos. Consideramos que con esta centralización se corre un gran riesgo de elevar los costos para el sistema por cuanto implica dejar de lado los avances e

inversiones hechos por las EPS e incurrir en nuevos costos, adicionalmente, se perdería la curva de aprendizaje que se ha obtenido, empezando de cero lo cual puede convertirse en ineficiencia en la operación.

Por lo que sería viable evaluar la posibilidad de que los Gestores puedan mantener la función de afiliación ejecutando lo dispuesto en las normas que regulan la afiliación única y Salud Mía se encargue de gestionar y mantener actualizada la base de datos única de información, de igual forma que se mantenga la operación actual de recaudo mediante PILA, la cual ha demostrado ser un mecanismo efectivo contra la evasión y elusión, para la centralización de la información y para la simplificación de trámites para los aportantes.

En cuanto a la función asignada a Salud Mía relacionada con el pago a gestores, prestadores, al igual que para las funciones de afiliación y recaudo, es necesario que se precise la responsabilidad que dicha entidad va a asumir, teniendo en cuenta que la norma establece la responsabilidad a los gestores de hacer la auditoria de las facturas y ordenar el gasto, pero no se puede pretender que Salud Mía no asuma ningún tipo de responsabilidad, considerando que es la encargada de realizar el giro y que puede retener parte de las sumas a pagar.

De otra parte esta administración de los recursos y pago a prestadores implica para Salud Mía que tenga a su disposición herramientas tecnológicas en línea que le permitan aplicar un sistema de causación del costo y gasto, con el fin de conocerlo, provisionarlo y controlarlo, esto teniendo en cuenta que los prestadores tiene un plazo hasta de 12 meses para facturar los servicios.

Finalmente es necesario que se haga una revisión de todas las funciones que actualmente tienen las EPS y las que de acuerdo con el Proyecto se otorgaron a

Gestores y a Salud Mía, para evitar que alguna quede sin responsable, es el caso de la prestación de los servicios derivados de riesgos laborales, sobre lo cual no se menciona nada como tampoco se menciona lo relacionado con a quien corresponde hacer a los usuarios el pago de las incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, en qué momento y contra qué recursos.

**3. Transición: La transformación de las EPS en Gestores de Servicios de Salud o la liquidación de las mismas.** En el proyecto no se encuentran temas como los criterios generales que debe tener en cuenta el Gobierno para la habilitación de los Gestores de Servicios de Salud, solo se indica que la EPS que quiera transformarse deberá estar al día en sus obligaciones pero nada se dice de cómo se van a colocar al día las deudas que el Fosyga tiene con las EPS y en caso de liquidarse no se dice nada sobre la movilidad de los afiliados a los nuevos Gestores. Por ejemplo, ¿qué pasará en dicho periodo con algunas patologías no asegurables? A nuestro parecer, estas deberían asumirse por parte del Ministerio de Salud y Protección Social bajo una modalidad y financiación distintas.

En el tiempo de transición es necesario consolidar el Plan de Manejo de la Crisis Financiera del Sistema que incluya como mínimo definir cuál es la deuda real del Fosyga con las EPS, cómo y en qué plazo se va a pagar, como se va a manejar lo No POS hasta que se actualice para no seguir incrementando la deuda con las EPS y buscar mecanismos efectivos para liberar los recursos atrapados.

La transición debe ser lo suficientemente amplia y pertinente (5 años), ligada a la entrada en funcionamiento de las instituciones del Estado (Salud-Mía – Mi-Plan) y mantener las reglas de juego actuales o definir las claramente en la Ley.

**4. Naturaleza jurídica de los Gestores.** No es claro la naturaleza jurídica de dichos actores, si se requiere ser sociedad anónima o basta con ser sociedad por acciones simplificadas, si son terceros que ejercen funciones públicas.

**5. Administración de recursos por parte de los Gestores.** Si bien en el proyecto de ley se indica que las gestoras no administraran dineros del Sistema, en el proceso de pago al beneficiario de licencias de maternidad o paternidad e incapacidad por enfermedad general será efectuado por los Gestores de Servicios de Salud con los recursos administrados por Salud-Mía. Lo anterior podría inferir que finalmente las gestoras o prestadoras de servicios médicos de primer nivel sí podrían administrar recursos del Sistema.

**6. La libre escogencia del prestador de servicios** por parte de los usuarios del Sistema ha sido señalada en forma clara. Sin embargo, no es clara la libertad de escogencia de las aseguradoras o gestoras, como tampoco queda claro con qué recursos o quién va a asumir los gastos que corresponden a otros servicios como por ejemplo el transporte especializado a sitios en remisión de los pacientes.

**7. Sostenibilidad Financiera del Sistema.** Uno de los aspectos que más ha afectado la sostenibilidad financiera del sistema es el flujo inoportuno de recursos entre los actores, para lo cual como para el manejo transparente de los mismos no es necesario de la expedición de una Ley, solo bastaría con el cumplimiento de las normas existentes que regulan la materia y la eliminación de lo no POS a cargo de las EPS.

El Proyecto de Ley no contempla mecanismos que permitan al Gobierno garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema, si bien la incorporación de lo que actualmente es No POS en Mi Plan puede contribuir a disminuir el costo de estos

servicios, el costo que genera el crecimiento de las solicitudes de prestaciones de nuevos servicios o nueva tecnología, es creciente a nivel mundial y por lo tanto va a tener impacto financiero en el futuro, toda vez que como ya se mencionó en el proyecto la única condición para incorporarlas es la aprobación de comercialización en el país y esta aprobación se otorga a la mayoría.

Por lo anterior, se reitera la necesidad de incorporar a Mi Plan lo que actualmente no está contemplado en el POS, se actualice con fundamento en un estudio técnico la UPC (o reconocimiento o prima) para lograr su suficiencia y evitar los riesgos de liquidez que afrontan las EPS y se obtenga un consenso social sobre la necesidad de limitar la incorporación servicios o tecnologías por razones de pertinencia y sostenibilidad fiscal.

De igual forma, es necesario que se disponga que toda Ley que fije contenidos específicos de Mi Plan para grupos especiales de población o determinadas patologías (Personas con Cáncer, epilepsia por ejemplo) se deberán realizar los estudios correspondientes que determinen los recursos para garantizar su financiación.

**8. Los recursos del sistema de salud son considerados de naturaleza pública,** lo cual permite que la autoridad de control fiscal pueda investigar y sancionar a quienes realicen un uso indebido de ellos.

Sin embargo, con la creación de Salud-Mía, una vez los recursos salen de dicha entidad, estos dejarían de ser públicos. En tal sentido, ¿Qué ocurrirá con los procesos que se encuentran en curso contra personas naturales acusadas por desviar o apropiarse de los recursos? ¿Las actuaciones que actualmente se llevan adelante tendrían que suspenderse por falta de competencia?

**9. MiPlan**, esquema diseñado para reemplazar el Plan Obligatorio de Salud (POS), el cual cubriría todas las necesidades de salud de los colombianos. Sin embargo, existirá una lista de servicios excluidos a los que el Sistema no atendería. En tal sentido, no se observa cuáles serían esas excepciones, ni los servicios o procedimientos excluidos, sino criterios para definir las exclusiones.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con los diferentes escenarios constitucionales, legales, reglamentarios, jurisprudenciales y doctrinales anteriormente analizados, válidamente podemos resaltar las siguientes conclusiones relacionadas con la salud, entendida como un servicio público y un derecho fundamental:

### **1. La naturaleza jurídica del derecho a la salud actualmente corresponde a la de un verdadero derecho fundamental.**

A pesar que el Constituyente de 1991 ubicó el derecho a la salud dentro del catálogo de derechos constitucionales como un derecho de naturaleza social de contenido prestacional, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia reiterada, ha sostenido que en la actualidad el derecho a la salud es un verdadero derecho fundamental que debe ser protegido a través de los mecanismos judiciales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para tal efecto.

En ese contexto, la Corte Constitucional definió la salud como “un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”<sup>202</sup>. En concordancia con la Organización Mundial de la Salud, se ha entendido que la salud “es un estado completo de bienestar físico, mental y social” dentro del nivel posible para una persona<sup>203</sup>.

Así mismo, la salud no puede asimilarse a una situación estática, toda vez que su carácter prestacional es esencial y comprende, no sólo la intervención puntual

---

<sup>202</sup> *Ibidem.*

<sup>203</sup> *Ibidem.*

necesaria para evitar la enfermedad, sino también, la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de la vida<sup>204</sup>.

Inicialmente, la Corte Constitucional planteó dos visiones en torno al derecho a la salud. En la primera de ellas, el alto tribunal sostuvo que la salud sólo tiene el carácter de fundamental en aquellos casos en los cuales se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida.

En otro escenario, la Corte señaló que el derecho fundamental a la salud se configura no sólo en el caso extremo anotado por la teoría restrictiva, sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales.

Sin perjuicio de lo anterior, inicialmente la Corte Constitucional consideró el derecho a la salud como un derecho social prestacional, de segunda generación, aunque debía ser protegido por el Estado dada la importancia que él revestía para la población.

Más adelante, y para efectos de garantizar la efectividad en su protección, la Corte Constitucional estructuró la teoría de la conexidad, a través de la cual señaló que el derecho a la salud adquiriría rango y naturaleza de derecho fundamental, cuando quiera que su vulneración podría llegar a vulnerar por conexidad derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida.

---

<sup>204</sup> *Ibidem*.

En ese contexto, la salud debía ser protegida a través de la acción de tutela como mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales.

En todo caso, es importante resaltar que la Corte ya había señalado que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14.

Lo anterior, advirtió la Corte, por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado.

Así, la naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental<sup>205</sup>.

Finalmente, y sin desconocer el hecho de considerar a la salud como un derecho fundamental frente a su vulneración en cabeza de sujetos de especial protección por parte del Estado, la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, dispuso con efectos erga omnes y mediante una providencia judicial de obligatorio cumplimiento, que el derecho a la salud era un verdadero derecho fundamental por sí mismo, y que merecía especial protección por parte del Estado, aunque admitía ciertas limitaciones, que en todo caso, no podían invadir su núcleo esencial.

---

<sup>205</sup> *Ibidem*

De otra parte, y con fundamento en nuestro modelo constitucional y económico de Estado Social de Derecho, nuestro marco jurídico amplía el reconocimiento al derecho a la salud, al concebirlo también como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, garantizándosele a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En consecuencia, 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.

Finalmente, nuestro modelo prevé que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, precisando que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria<sup>206</sup>.

## **2. La materialización del derecho a la salud en el Estado Social de Derecho:**

Al ser Colombia un Estado Social de Derecho se fundamenta principalmente, en los valores tradicionales de la legalidad, libertad, y la igualdad con la finalidad de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios,

---

<sup>206</sup> Constitución Política, Artículo 49.

derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población<sup>207</sup>.

En tal sentido, el papel del Estado Social de Derecho debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales<sup>208</sup>.”

Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado estén enderezadas a cubrir necesidades básicas insatisfechas, como vivienda, educación, salud, entre otros.

De esta manera, la Constitución Política de 1991 establece en su contenido el derecho a la salud y a la seguridad social en salud como derechos irrenunciables de los colombianos y como servicios públicos obligatorios, garantizando para ello a todas las personas los servicios de promoción, protección y recuperación de su salud con una organización descentralizada de los servicios, dada por los diferentes niveles de atención, con la participación de los agentes públicos y privados y con la plena participación de la comunidad<sup>209</sup>.

Luego, si bien la facultad del legislador para regular los contenidos del derecho a la salud, entendiendo por tal, al mismo tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable", puede entenderse como una antinomia

---

<sup>207</sup> Constitución Política, Art. 366.

<sup>208</sup> Sentencia SU-747 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>209</sup> Superintendencia Nacional de Salud, Resolución 2624 de 2012.

irreconciliable, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la salud es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio. Es decir, los servicios públicos se constituyen como instrumentos para garantizar el logro de la plena vigencia y eficacia de los derechos constitucionales y por ende de la realización de los fines del Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, el Estado se legitima en tanto en cuanto proporciona mayor bienestar a sus habitantes, a través de la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas<sup>210</sup>.

## **2. El esquema de nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere urgentemente un cambio estructural.**

Es una realidad inocultable que nuestro Sistema de Salud no ha logrado cumplir en veinte años de existencia y desarrollo con los fines constitucionales y legales propuestos por nuestro Constituyente de 1991 y por el legislador ordinario.

Por una parte, los principios constitucionales de eficiencia y eficacia no se han cumplido en su integridad, toda vez que la prestación del servicio público de salud no ha logrado alcanzar sus objetivos y fines propuestos en términos de cobertura integral y calidad en el servicio, y no se ha evidenciado una optimización de recursos económicos en el logro de esas finalidades.

---

<sup>210</sup> Sentencia C-636 de 2000.

Solo hasta el año 2008, el derecho a la salud ha empezado a consolidarse como un verdadero derecho fundamental autónomo que requiere de especial protección por parte del Estado. En ese sentido, no se ha logrado asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud, y su fundamentalidad apenas está empezando a evidenciarse.

Así mismo, el Estado no ha logrado consolidar un eficiente sistema de inspección, vigilancia y control en la prestación y aseguramiento de la salud, ni ha desarrollado adecuadamente las responsabilidades de dirección y coordinación.

La regulación por parte del Congreso de la República, así como la reglamentación que para tal efecto ha expedido el Gobierno Nacional ha resultado deficitaria y no ha permitido un Sistema de Salud desarrollado que logre satisfacer las necesidades de la población en materia de salud.

Si bien es cierto, se ha logrado parcialmente la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país, aún es insuficiente la cobertura y no alcanza a cubrir la totalidad de la población.

De igual forma, el Gobierno Nacional no ha logrado garantizar por completo una asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

Así mismo, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, el Estado no ha logrado evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen para fines diferentes a los previstos en la Constitución y la ley.

En ese contexto, la Superintendencia Nacional de Salud no ha logrado exigirle a sus vigilados la plena observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud; así como tampoco ha ejercido en forma eficiente su función consistente en vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo, pues salta de bulto el incumplimiento reiterado de las administradoras y prestadores de salud.

Como consecuencia de ello no ha habido una protección efectiva de los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud.

Aún hay sectores de la población que no tienen acceso efectivo a la prestación del servicio público de salud.

De otra parte, ni el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, ni la Superintendencia Nacional de Salud, han logrado alcanzar niveles de eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, lo cual ha generado un desequilibrio económico en todo el sistema de salud.

A la fecha, no han sido superadas en su integridad las fallas de regulación en los planes de beneficios con el fin de que estos sean precisados de manera clara, sean actualizados integralmente y sean suministrados oportuna y efectivamente por las Entidades Promotoras de Salud.

En ese contexto, es preciso resaltar la obligatoriedad que tiene las EPS y las entidades territoriales de garantizar a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho, evitando la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

De otra parte, resulta necesario adoptar medidas integrales que permitan garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una demanda de tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

Es un hecho notorio que el Ministerio de Salud y Protección Social no ha tomado todas las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera ágil y eficiente, y para que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro.

Actualmente, el sistema de recobro no garantiza ni cumple con: i) un flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

De otra parte, el Gobierno Nacional tampoco ha logrado asegurar una cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**3. Cada vez más la Comunidad Internacional se preocupa por estructurar de manera eficiente políticas públicas que permitan proteger el derecho fundamental a la salud y garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud**

Efectivamente una de las principales preocupaciones que han afrontado los Estados a través de la historia, ha sido precisamente la de alcanzar niveles óptimos y eficientes en la prestación del servicio público de salud, incluido todo lo relacionado con el acceso a la salud por parte de toda la población, y claro, la obtención de recursos financieros que permitan la estructuración de un modelo sostenible y duradero.

Progresivamente la comunidad internacional ha implementado y desarrollado a través de una serie de instrumentos de regulación normativa, una serie de normas, reglas y principios tendientes a proteger el derecho fundamental a la salud y a garantizar una adecuada prestación de éste servicio público, todo ello dentro del amplio concepto de la seguridad social.

Diferentes instrumentos de regulación internacional han regulado de manera extensa y profusa aspectos relacionados con la seguridad social y la salud. En efecto, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se plasmaron los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, recordando permanentemente los derechos y deberes del cuerpo social, con el propósito de mantener la Constitución y la felicidad del pueblo.

En ese contexto, dispuso que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, no tiene Constitución”<sup>212</sup>.

A su turno, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispuso que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”<sup>213</sup>.

Así mismo, dicha Declaración estableció que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Lo propio se consagró en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual se dispuso que los Estados reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otros, la seguridad y la higiene en el trabajo y el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos<sup>214</sup>, todos ellos factores determinantes de la salud.

---

<sup>212</sup> Artículo 16.

<sup>213</sup> Artículo 22.

<sup>214</sup> Artículo 7.

Así mismo, los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad, incluso al seguro social<sup>215</sup>.

A su turno, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros<sup>216</sup>.

En armonía con lo anterior, en el Protocolo se dispuso que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, y que en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

Específicamente, en el tema objeto de análisis, dicho documento señaló que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por ello, con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: i) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; ii) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a

---

<sup>215</sup> Artículo 9.

<sup>216</sup> Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

la jurisdicción del Estado; iii) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; iv) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; v) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y vi) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.<sup>217</sup>

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo en la Observación General No. 14 de 2000, que el derecho a la salud “no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano, toda vez que entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo con inclusión de la libertad sexual y genésica (generación), y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuados. Señala que el concepto de salud ha experimentado cambios importantes toda vez que se están teniendo en cuenta más elementos determinantes como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género, y las inquietudes de carácter social como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado.”<sup>218</sup>

Del mismo modo, el Comité interpretó el derecho a la salud como un derecho inclusivo que abarca también los principales factores determinantes de la salud como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro apropiado de alimentos sanos, una nutrición balanceada, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Resalta la importancia de la participación de la población en todo el

---

<sup>217</sup> Artículo 10.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

proceso de adopción de decisiones relacionadas con la salud en los ámbitos comunitario, nacional e internacional y concluye que abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”<sup>219</sup>.

De otra parte, la OMS en su condición de organismo internacional del Sistema de las Naciones Unidas responsable de la salud, elabora directrices y normas sanitarias; ayuda a los países a abordar las cuestiones de salud pública; desempeña una función de liderazgo en los asuntos sanitarios mundiales; configura la agenda de las investigaciones en salud; establece normas; articula opciones de política basadas en la evidencia; presta apoyo técnico a los países y vigila las tendencias sanitarias mundiales.

**4. Con ocasión de las reformas legislativas implementadas por el Congreso de la República, el Estado pretende estructurar un nuevo modelo en salud, el cual involucra aspectos positivos y negativos.**

**a. Ley Estatutaria en Salud (Proyecto de Ley No. 209 de 2013)**

Esta Ley Estatutaria, declarada exequible por la Corte Constitucional dentro de su control previo, tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Como principales características encontramos la consagración específica de la salud como derecho fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, así como la reiteración de esta como servicio público esencial obligatorio,

---

<sup>219</sup> Fuente de consulta: PALACIO PALACIO, Jorge Iván, *Derecho a la Seguridad Social en Salud*, Ponencia. Fuente: [www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD](http://www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD)

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

Adicionalmente, dicha ley busca definir la sostenibilidad en el financiamiento del plan Único de Salud, la calidad en términos de acceso, continuidad y progresividad, la eliminación progresiva de las exclusiones hoy vigentes conocidas como servicios No POS, así como los mecanismos para incentivar corresponsabilidad en el cuidado de la salud de los afiliados al Sistema de Salud y lograr mejores resultados en salud.

La Ley Estatutaria establece que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Excluyéndose así las prestaciones suntuarias, las meramente estéticas y cosméticas, las experimentales, las que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano estando disponibles en el país, y las que no sean propias del ámbito de la salud.

Así mismo, para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá de ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud, salvo en aquellas circunstancias que determine el Ministerio de Salud y Protección Social. Respecto a este planteamiento, reconocemos que si bien los trámites administrativos son, en ocasiones, inconvenientes e innecesarios, prohibirlos hace que se pierda la posibilidad de regular costos y unificar criterios de gestión.

Por lo anterior, se torna necesario regular los mecanismos de control y auditoría para monitorizar la atención de los pacientes sin que medie autorización entre el denominado “gestor” y el prestador de servicios para la realización de exámenes,

atenciones, procedimientos, intervenciones, entre otros. Así como fijar límites temporales para que se reglamente la necesidad de autorizaciones para acceder a servicios y tecnologías de salud “en aquellas circunstancias que determine el Ministerio de Salud y Protección Social”.

En igual sentido, la Ley Estatutaria garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Sin embargo, dicha autonomía tiene restricciones implícitas, puesto que los profesionales solo podrán ordenar o formular aquello que tenga evidencia científica sobre su seguridad, eficacia y efectividad. Por lo tanto los profesionales de la salud, solo podrán actuar de conformidad con lo establecido en las guías y protocolos de manejo que las autoridades competentes decidan.

**b. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 – Senado.**

Tiene como objeto redefinir el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir de la regulación de los beneficios en salud, la operación, gestión y administración de la prestación de los servicios, el manejo unificado de los recursos en salud, procedimientos de inspección, vigilancia y control, entre otros.

Este proyecto se caracteriza por la creación de un sistema público de pago unificado, en el cual los recursos del Sistema de Salud serán manejados por una entidad del nivel nacional, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social denominada SaludMía, con personería jurídica y autonomía financiera, encargada de realizar la afiliación, recaudo, administración, pago, giro y transferencia de manera oportuna a los agentes que participen en el Sistema de Salud.

Adicionalmente, se establece la transformación de las EPS en Gestores de Salud, como entidades encargadas de administrar los servicios que se brindan a los usuarios. No manejarán recursos financieros, ni podrán conformar integración vertical salvo en el primer nivel de atención.

Igualmente, el Sistema de Salud, consistirá entre otros, en los servicios y tecnologías aprobadas para su uso en el país y requeridas para la atención en salud. En tal sentido, se reemplazará el Plan Obligatorio de Salud, a través de Mi Plan, diferenciándose en la creación de una lista negativa de servicios y tecnologías, es decir de exclusiones, y no de inclusiones como actualmente se encuentra previsto.

En igual sentido, se observa como el Sistema de Salud planteado en el proyecto de ley 210 tiene tres enfoques poblacionales: uno para el Régimen Contributivo, otro para el subsidiado y un tercero para las áreas de gestión sanitaria especiales para la población dispersa.

#### **ASPECTOS A TENER EN CUENTA.<sup>220</sup>**

- Las funciones de afiliación y recaudo implican un elevado número de transacciones que han sido atendidas por las EPS mediante cuantiosas inversiones de herramientas tecnológicas y de recursos humanos, lo que implicará para la entidad centralizadora SaludMía elevar los costos para el Sistema de Salud por cuanto implica dejar de lado los avances e inversiones hechos por las EPS e incurrir en nuevos costos.

---

<sup>220</sup> La reforma en salud: las EPS y ACEMI opinan. Revista CONEXIÓN: ACEMI, Año 2, Numero 3 Mayo-Agosto 2013.

Por lo anterior, se propone evaluar la posibilidad de que los Gestores puedan mantener la función de afiliación ejecutando lo dispuesto en las normas que regulan la afiliación única y SaludMía se encargue de gestionar y mantener actualizada la base de datos única de información.

En igual sentido, se propone continuar con la participación de los Operadores de Información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA y Operadores Financieros de Recaudo, debido a la efectividad que han demostrado frente a la evasión y elusión de los aportes al Sistema General de la Seguridad Social, para la centralización de información y simplificación de trámites para los aportantes.

Ahora, de llevarse a cabo lo anterior, el pago de dichos servicios no podría ser asumido como costos de administración, en la medida en que correspondería a procesos dentro del objeto misional de SaludMía o de los gestores.

- Los Gestores deberán asumir funciones de administradores al asumir el riesgo en salud de los afiliados y el riesgo financiero derivado del mismo.

Ahora, cuando se les faculta para contratar la prestación de servicios de salud y se realizan limitaciones en cuanto a la forma de relacionamiento con la red de prestadores de salud, se genera incompatibilidad con el modelo de aseguramiento y se está en presencia de un modelo de administración delegada.

En consecuencia, de permanecer esta dualidad, es decir que los gestores asuman las dos responsabilidades, la ley debe precisar en qué casos actúa como administrador, en cuales como asegurador y como es el esquema de remuneración en cada caso.

- En relación con el pago a gestores y prestadores, observamos como intervienen dos partes, por un lado SaludMía como responsable de realizar el giro e incluso retener parte de las sumas a pagar a gestores y prestadores, de acuerdo con el cumplimiento de metas y resultados en salud; por otro lado, se establece la responsabilidad de los gestores de realizar la Auditoría de las facturas y ordenar el gasto. Por lo tanto, teniendo en cuenta la participación de ambas partes dentro del proceso de pago por concepto de servicios de salud, debe especificarse el tipo de responsabilidad y las sanciones, que ambas partes deberán asumir, dentro de dicho proceso.

Respecto de lo anterior, uno de los aspectos que más ha afectado la sostenibilidad financiera del sistema es el flujo inoportuno de recursos entre los actores, para lo cual para el manejo de los mismos no es necesario de la expedición de una ley, sólo bastaría con el cumplimiento de las normas existentes que regulan la materia.

- Por otro lado, sea hace necesario realizar en forma pormenorizada, la revisión de todas las funciones actualmente asignadas a la EPS y las que de acuerdo al proyecto de ley ordinaria se otorgarán a los gestores y a SaludMía, para evitar que alguna quede sin responsables, es el caso de la prestación de los servicios derivados de un accidente de trabajo o enfermedad laboral, y lo relacionado con a quien corresponde realizar el reconocimiento a los usuarios del pago de licencias de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, en qué momentos y contra qué recursos.

- En relación con la transformación de las EPS a gestores, la normatividad propuesta señala la posibilidad de transformarse a quienes se encuentren al día en sus obligaciones. Sin embargo, se omiten estándares de habilitación y funcionamiento

generales que deben tener las entidades competentes en la autorización de funcionamiento de los Gestores.

- De acuerdo con la redacción del proyecto de ley ordinaria, con la sola autorización por parte del INVIMA del uso y la oferta de una tecnología determinada en el país se garantiza su inclusión en MiPlan. Sin embargo, esta inclusión debe obedecer a criterios técnicos especiales y no criterios generales como se denota con dicha redacción, teniendo en cuenta razones de pertinencia y sostenibilidad fiscal, así como los procedimientos de aprobación de un medicamento o procedimiento los cuales difieren de la inclusión de tecnología en el plan de aseguramiento que se ofrece a los afiliados, y que va a hacer financiado con recursos públicos,

- Adicionalmente, realizando una leve comparación entre lo indicado en la Ley Estatutaria y el proyecto de ley ordinaria, en lo relacionado con la concepción integral del servicio de salud, encontramos una diferencia significativa que genera problemas de inconstitucionalidad, puesto que la ley estatutaria únicamente excluye las prestaciones suntuarias, las meramente estéticas y cosméticas, las experimentales, las que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano estando disponibles en el país, y las que no sean propias del ámbito de la salud. Sin embargo, la ley ordinaria contempla como requisito de inclusión de servicios y tecnologías de Mi Plan la aprobación por parte del INVIMA. De ahí, que de ser aprobadas ambas normas, los preceptos de la ley ordinaria aquí relacionados serían inconstitucionales al señalar limitación al derecho a fundamental la salud no contempladas en la ley estatutaria.

- Actualmente, las EPS se encuentran bajo el control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera en cuanto a la administración del riesgo financiero de las actividades de aseguramiento en salud. En tal sentido, si los Gestores deben

asumir el riesgo en salud de los afiliados y el riesgo financiero derivado del mismo, deberían ser vigilados por dicha Superintendencia Financiera de Colombia, así como SaludMía.

- Respecto de la Integración vertical, se prevé la prohibición de la integración vertical de gestores y prestadores salvo en la prestación de servicios básicos de primer nivel de salud. Lo anterior, contrario a lo estipulado en la Ley 1122 de 2007 la cual permite la integración vertical hasta el 30% del gasto el monto de la EPS puede contratar directamente con IPS, para evitar prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora, la eliminación de la integración vertical en el nuevo sistema podría afectar los incentivos a la eficiencia, esto se puede dar si los costos del prestador son más altos que los que puede obtener la industria contratando a terceros, por lo que es viable permitir que los gestores, excepcionalmente, construyan infraestructura de servicios, adicionalmente, cuando:

- Demuestren que existe déficit de oferta en regiones o en ciertas especialidades a costo razonable para el sistema
- Autorización por parte de la autoridad competente de invertir en infraestructura, a partir de la comprobación de: 1. La no disponibilidad de la oferta. 2. La administración de la infraestructura nueva tenga patrimonio independiente para efectos de realizar rendición de cuentas. 3. Demostrar los beneficios para el sistema en la reducción de costos y mejoría en indicadores de calidad, gestión y resultados.

## **LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD<sup>221</sup>**

Las Cajas de Compensación Familiar son por naturaleza ejecutores privados capacitados en la prestación de los servicios sociales, a través de los programas de nutrición, educación, cultura, recreación, deporte, vivienda, salud y salud ocupacional, entre otros. De ahí que su misión está orientada a mejorar las condiciones de vida de las personas por ende la salud de las mismas.

Lo anterior se garantiza a partir de la participación de las Cajas de Compensación dentro del Sistema de Salud en su triple función, ya sea como prestadores de servicios de salud, aseguradores y financiadores.

Adicionalmente, las Cajas de Compensación como corporaciones privadas sin ánimo de lucro con gobierno corporativo bipartito, desarrollan servicios interdisciplinarios en distintos sectores, articulándolos y optimizando los recursos a través de distintas modalidades alianzas público privadas nacionales y regionales, permitiéndoles así, asumir su participación dentro del Sistema de Salud que se prevé como:

- Gestores de Servicios de Salud.
- Operadores de la Prestación de los Servicios de Salud (Redes).
- Alianzas público privadas.
- APS y promoción de la salud – Gestión de determinantes.
- Convenios de administración de hospitales públicos.
- Cobertura complementaria en salud.

---

<sup>221</sup> ¿Por qué las Cajas de Compensación Familiar en el Sistema de Salud?. Revista MAS VIDA. ASOCAJAS Ed. 18. 2013 pág. 14.

Para efectos de garantizar lo anterior, las Cajas de Compensación requieren de autorización expresa para la prestación de servicios de salud realizado directa o a través de alianzas público – privadas o bajo cualquier otro mecanismo, así como expedición de “Ley de Capitalización” para su participación en el Sistema de Salud con la finalidad de disponer de los recursos para ello.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

ACEMI. Aspectos relevantes en materia de salud como derecho fundamental y su impacto en las aseguradoras privadas. Bogotá: En el archivo del autor, 2008.

----- La reforma en salud: las EPS y ACEMI opinan. Revista CONEXIÓN: ACEMI, Año 2, Numero 3 Mayo-Agosto 2013.

ARANGO, Rodolfo. «El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.» En Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión, de Julio Alexei. Bogotá: Universidad Externado, 2008.

ARBELÁEZ RUDAS, Mónica. Derecho a la salud en Colombia. El acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular CINEP. 2006.

ARREDONDO, Silvia Amparo; SUAREZ CASTAÑO, José Omar; MEJÍA AGUDELO, Elvis Fabián. Alternativas a la financiación del sistema de salud colombiano: Los casos de España, México y Brasil. Tesis para optar al título de Economista, Universidad de Antioquia, Medellín, Antioquia. 2002.

ARRIETA, Aquiles. Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso del servicio público de salud. En: Revista Tutela No.45, 2003.

ÁVILA, Adriana; VILLAR Manuela y GIEDION, Úrsula. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación Mapfre. 2010.

ASOCIACION NACIONAL DE CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR. Por qué las Cajas de Compensación Familiar en el Sistema de Salud. Revista MAS VIDA. ASOCAJAS Ed. 18. 2013 pág. 14.

----- Documento de intervención ciudadana ante la Corte Constitucional, revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria por la cual se regula el derecho fundamental a la salud. Bogotá. 2013.

BARÓN LEGUIZAMÓN, Gilberto. Cuentas de salud de Colombia 1993-2003. Ministerio de la Protección Social, Programa de Apoyo a la Reforma de Salud, Departamento Nacional de Planeación. 2008

BERSH E, David. La promoción y la prevención en el plan obligatorio de salud de la seguridad social en Colombia. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Bogotá 1995.

CANO FORONDA, Nancy; MENA VÁSQUEZ, Merlyn. La unificación de los planes de beneficios de salud en Colombia: límites y retos para la sostenibilidad financiera del SGSSS. Tesis para optar al título de Economista, Universidad de Antioquia, Medellín, Antioquia. 2011.

CÁRDENAS, Diana Isabel. Sostenibilidad financiera del régimen subsidiado en salud. Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Desarrollo Social. Subdirección de Salud. Mimeo.2000

CARRASQUILLA, Alberto, El régimen contributivo en el sistema de salud en Colombia: Situación actual, Perspectivas y Desafíos, Bogotá, 2008. CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. Seguridad social ¿Un negocio o un servicio? Bogotá: Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo II, 1993.

CENDEX, FEDESARROLLO, FAMILY HEALT FOUNDATION. Los recursos humanos de salud en Colombia: Balance, competencias y perspectiva. Ministerio de Salud, programa de apoyo a la reforma. Publicación Cendex. Editorial CEJA.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, y otros. Revisión a la Jurisprudencia constitucional en materia de salud: Estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008. Bogotá: Universidad del Rosario. Pág. 134. 2009.

CHILE. Constitución Política <http://www.gob.cl/media/2010/05/Constituci%C3%B3n-de-Chile1.pdf>

CHINCHILLA HERRERA, Tulio, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política (20 julio, 1991) Gaceta Constitucional. Bogotá, D. C., No. 116.

----- Ley 100 (23, diciembre, 1993). "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial Bogotá, D. C., No 41.148.

----- Ley 715 (21, diciembre, 2001). "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras

disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”. Diario Oficial Bogotá, D. C., No 44.654.

----- Ley 1438 (19, enero, 2011) “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá, D. C., No. 47.957

----- Ley 1607 (26, diciembre, 2012) “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”

----- Ley 1122 (9, enero, 2007) “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

----- Ley 691 (18, septiembre, 2001) “Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

----- Ley 979 (27, julio, 2005) “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.”

----- Ley 1176 (27, diciembre, 2007) “Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

----- Ley 1393 (12, julio, 2010.) “Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.”

----- Ley 21 (22, enero, 1982) “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar”

----- Ley 789 (27, diciembre, 2002) “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.”

----- Ley 1636 (18, junio, 2013) “Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia.”

----- Proyecto de Ley -210-2013 SENADO Y SUS ACUMULADOS 51-2013 Y SUS 233-2013.

----- Ley Estatutaria en Salud (Proyecto de Ley No. 209 de 2013 Senado – 267 de 2013).

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Acuerdo 415 de 2009. “Por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN. El negocio de la salud: Una ecuación desigual. Medellín: 2011.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-408 (15, septiembre, 1994) M. P. Fabio Morón Díaz.

----- Sentencia C-239 (20, mayo, 1997). M. P. Carlos Gaviria Díaz.

----- Sentencia C-251 (28, mayo, 1997). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-579 (11, agosto, 1999) M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

----- Sentencia C-836 (09, agosto, 2001) M.P. Rodrigo Escobar Gil.

----- Sentencia C-107 (14, febrero, 2002). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

----- Sentencia C-251 (11, abril, 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

----- Sentencia C-257 (12, marzo, 2008). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

----- Sentencia C-463 (14, mayo, 2008) M. P. Jaime Araújo Rentería.

----- Sentencia C-507 (21, mayo, 2008). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

----- Sentencia C-252 (16, abril, 2010) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

----- Sentencia C-955 (14, noviembre, 2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

----- Sentencia C-791 (20, Octubre, 2011) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

----- Sentencia C- 1041 (4, diciembre, 2007) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
----- Sentencia C-811 (3, octubre, 2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
----- Sentencia C-1041, (4, diciembre, 2007) M. P. Humberto Antonio Sierra Porto  
----- Sentencia C-811 (3, octubre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
----- Sentencia C-811 (3, octubre, 2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
----- Sentencia C-882 (23, noviembre, 2011) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub  
----- Sentencia C-869 (3, noviembre, 2010). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva  
----- Sentencia C-616 de 2001. (13, junio, 2001) M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.  
----- Sentencia C-130 (26, febrero, 2002). M.P. Jaime Araujo Rentería  
----- Sentencia C- 542 (1, octubre, 1998). M.P. Hernando Herrera Vergara.  
----- Sentencia C-675 (2, julio, 2008) M.P. Jaime Córdoba Triviño  
----- Sentencia T-426 (24, junio, 1992) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
----- Sentencia T- 491 (13, agosto, 1992) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
----- Sentencia T-532 (23, septiembre, 1992) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
----- Sentencia T- 571 (26, octubre, 1992) M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.  
----- Sentencia T-135 (22, marzo, 1994) de 1994, M. P. José Gregorio Hernández G.  
----- Sentencia T-572 (11, Agosto, 1999) M. P. Fabio Morón Díaz.  
----- Sentencia T-881 (17, octubre, 2002) M.P. Eduardo Montealegre Lynett.  
----- Sentencia T-227 (23, marzo, 2003) M. P. Mauricio González Cuervo.  
----- Sentencia T-859 (25, septiembre, 2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.  
----- Sentencia T-060 (1°, febrero, 2007).M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
----- Sentencia T-148 (1°, marzo, 2007).M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
----- Sentencia T-760 (31, julio, 2008). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
----- Sentencia T-179 (24, febrero, de 2000) MP Alejandro Martínez Caballero.  
----- Sentencia T-438 (28,01, 2009) M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.  
----- Sentencia T -597 (15, Diciembre, 1993) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
----- Sentencia T-64 (27, abril, 1993) M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
----- Sentencia T-770 (31, julio, 2008) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia T-136 (19, febrero, 2004) M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-730 (13, septiembre, 2007) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T-536 (12, julio, 2007) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-421 (25, mayo, 2007) M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-059 (01, febrero, 2007) M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-841 (12, octubre, 2006) M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-010 (15, enero, 2004) M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia la T-076 (31, enero, 2008) M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-631 (13, marzo, 2007) M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-837 (12, octubre, 2006) M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-016 (22, enero, 2007). M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-060 (1, febrero, 2007). M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-148 (1, marzo, 2007) M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-016 (22, enero, 2007) M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sentencia T-736 (5, agosto, 2004) M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-164 (27, abril, 1993) M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-312 (17, julio, 1996) M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-1059 (7, diciembre, 2006) M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-538 (27, mayo, 2004) M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-062 (2, febrero, 2006) M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia SU -747 (2, diciembre, 1998). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos internacionales. Bogotá. 2003

----- Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud-2005. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.

----- Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública de salud a la luz del derecho a la salud. Bogotá. 2006.

----- La tutela y el derecho a la Salud. Periodo 2006-2008. Bogotá. 2009.

----- La tutela y el derecho a la Salud. 20 años del uso efectivo de la Tutela 1992-2011. Bogotá: 2011.

COLOMBIA, MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Metodología para el diseño y cálculo de un ordenamiento (ranking) de Entidades Promotoras de Salud. Primera Edición. 2007.

----- Suficiencia de la UPC para proporcionar los servicios incluidos en el POS. 2003

----- Mecanismos e instrumentos para la información participación y comunicación de los procesos de actualización. 2008

----- Modelo de oferta y demanda de recursos humanos en Salud en Colombia. Programa de apoyo a la reforma. Ministerio de salud - Universidad de Antioquia, 2002.

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Consejería De Políticas Sociales. ¿Y cómo va la reforma? Memorias del Foro Nacional. Instituto FES de liderazgo. 1996.

----- Decreto 1020 (30. Marzo, 2007) “Por el cual se reglamenta la ejecución y giro de unos recursos del régimen subsidiado y aspectos de la prestación de servicios de salud a la población cubierta con subsidios a la demanda”

----- Decreto 4109 (2, noviembre, 2011) “Por el cual se cambia la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Salud - INS y se determina su objeto y estructura.”

----- Decreto 2078 (8, octubre, 2012) “Por el cual se establece la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA y se determinan las funciones de sus Dependencias”.

----- Decreto 806 (30, abril, 1998) “ Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

----- Decreto 4747 (07, Diciembre, 2007) "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones"

----- Decreto 196 (12, febrero, de 2013. Por el cual se fija el procedimiento y los criterios de distribución y asignación de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud en el componente de prestación de servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y se dictan otras disposiciones"

----- Decreto Ley No. 2158 (24, junio, 1948) "Por el cual se adopta el Código Sustantivo del Trabajo"

----- Decreto 4975 (23, diciembre, 2009) "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social."

----- Decreto 347 (4, marzo, 2013. "Por el cual se reglamenta el inciso 4° del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013."

----- Decreto 2195 (19, noviembre, 1991). "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política."

COLOMBIA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DE JUSTICIA. El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de Inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materias de quejas en salud. 2008.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Resolución 2624 de 2012. "Por medio de la cual se adopta medida cautelar de vigilancia especial a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia EPS en el programa de entidad promotora de salud del régimen contributivo."

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No. 3.

----- Observación General No. 14.

----- Observación General No. 19 de 2007.

CORTES GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Bogotá: Ed. Legis. 2009.

CUBA. Constitución. En: <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>

DUEÑAS RUIZ, Oscar José, Constitucionalización e Internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión, Colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

GUERRERO, Ramiro; GALLEGU, Ana Isabel; VÁSQUEZ, Johanna. Sistema de Salud en Colombia. Revista Salud Pública de México. Vol. 53, Suplemento 2: s144-s155. 2011.

GUZMÁN, F. La ley 100 de 1993 ¿A quién beneficia realmente? En: Colegio Mayor Nuestra señora del Rosario. 1998; 91 (581): 36-47.

HONDURAS. Constitución. En:  
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/honduras.html>  
<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Guate/guate93.html>

JARAMILLO PÉREZ, Iván. Evaluación de la descentralización en salud en Colombia. En: archivos de economía No. 170. Departamento Nacional de Planeación.

LEGUIZAMÓN, LUIS. El sistema general de seguridad social en salud: reglas de organización y funcionamiento. Bogotá: Ed Ibáñez. 2011

LÓPEZ J. Oferta y demanda de recursos humanos en salud. En: Revista De La Facultad Nacional De Salud Pública. 22 1999.

LÓPEZ MEDINA, Diego. El constitucionalismo social: genealogía y desarrollo local de los derechos sociales a partir de la Constitución colombiana de 1991. En Corte Constitucional: 10 años. Balances y perspectivas, de Carlos Molina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.

MALO GARIZABAL, Mario Madrid, Diccionario de la Constitución Política de Colombia, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá, 1998.

MEJÍA D. La tutela y el derecho a la salud. Causa de la tutela en salud. Bogotá: Defensoría del Pueblo. 2004.

MELO SANTOS, Juan Carlos. La incidencia del sistema del subsidio familiar en el estado social de derecho. Universidad La Gran Colombia. 2012.

----- El Bloque de constitucionalidad desde una perspectiva jurisprudencial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2008.

MÉXICO. Constitución Política. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966.

----- Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

NICARAGUA.

Constitución

Política.

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Nica/nica95.html>

NTAMATUNGIRO, Joseph. (2004). Fiscal Sustainability in Heavily Indebted Countries Dependent on Nonrenewable Resources: *The Case of Gabon*. Working Paper. International Monetary Fund. African Department, p. 7 (traducción libre de la Corte).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Panorama sobre el mundo del trabajo. Una visión dinámica de la prevención: La Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). [www.ilo.org/wow/articles/lang--es/](http://www.ilo.org/wow/articles/lang--es/) Consultado el 13 de agosto de 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador, 1988.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD:  
[http://www.who.int/whr/2008/08\\_overview\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf) Consultado el 25 de junio de 2010.

----- Documento Oficial. Trabajar en pro de la salud.  
[http://www.who.int/about/brochure\\_es.pdf](http://www.who.int/about/brochure_es.pdf)

PALACIOS G. Rubén Darío. Gastos del servicio aplicados a salud. Cali: Universidad Santiago de Cali, 1994.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios en la Constitución. Bogotá, noviembre 23 de 1993.

----- El Derecho de los Servicios Públicos. Bogotá. Editorial. Temis.1999.

PALACIO PALACIO, Jorge Iván, Derecho a la Seguridad Social en Salud, Ponencia. Fuente: [www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD](http://www.corteconstitucional.gov.co/SEGURIDADSOCIALENSALUD)

PANAMA. Constitución Política.  
<http://www.asamblea.gob.pa/main/LinkClick.aspx?fileticket=fDgmRvYW8cY%3D&tabid=123>

PARAGUAY. Constitución. En:  
<http://www.redparaguaya.com/constitucion/articulos1a100.asp>

PERÚ, Constitución Política. En: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

Propósito de la AISS. En: <http://www.issa.int/esl/A-proposito-de-la-AISS/Mision>.  
Consultada el 2 de Noviembre de 2010.

RABANAL, Jean Paul. Perú: Dos enfoques para analizar la sostenibilidad fiscal. Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Disponible en Internet: [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/Peru\\_dos\\_enfoques\\_analizar\\_la\\_sostenibilidad\\_fiscal.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/Peru_dos_enfoques_analizar_la_sostenibilidad_fiscal.pdf)

RAMÍREZ, Manuel; ZAMBRANO, Andrés; YEPES, Francisco José; GUERRA José; RIVERA, David. Una aproximación a la salud en Colombia a partir de las encuestas de calidad de vida. En: Universidad del Rosario. Borradores de Investigación, No. 72. [http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/4a/4a70022d-5617-4609-90b4-6ff5f38b5b77.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/4a/4a70022d-5617-4609-90b4-6ff5f38b5b77.pdf) Consultada el 12 de Abril de 2012.

REPUBLICA DOMINICANA. Constitución Política  
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/domrep02.html>

RESTREPO C., Jaime. La calidad en la prestación de los servicios de salud: un imperativo por lograr. Medellín: Universidad de Antioquia. Revista Facultad Nacional de Salud Pública. Vol. 25. No. 1. Enero-Junio, 2007.

RODRÍGUEZ R., Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Décima edición. Bogotá: Ed. Temis. 2006, pág. 256.

RODRÍGUEZ RINCÓN, Claudia. Fallas del mercado en el sistema de salud colombiano. Retos y propuesta para superar el problema estructural. Tesis para optar al título de Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2010.

URUGUAY. Constitución de la República. En:  
<http://www0.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La Salud Pública en Colombia: Presente y futuro. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana.  
[http://www.bdigital.unal.edu.co/784/4/261\\_-\\_3\\_Capi\\_2.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/784/4/261_-_3_Capi_2.pdf)