

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN LA PRESTACIÓN PÚBLICA DE  
SERVICIOS DE SALUD**

**LADY ESTUPIÑÁN BARRERA**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ  
2012**

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN LA PRESTACIÓN PÚBLICA DE  
SERVICIOS DE SALUD**

**LADY ESTUPIÑÁN BARRERA**

**Trabajo para optar al título de Magister en Derecho Administrativo**

**FERNANDO GARCÍA FORERO**

**Director de Tesis**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**BOGOTÁ**

**2012**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>PROBLEMA JURÍDICO</b> .....	<b>9</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>12</b>
<b>JUSTIFICACIÓN</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b> .....	<b>20</b>
1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS DEL DERECHO A LA SALUD .....	20
1.1. <i>Concepto y alcance del derecho a la salud</i> .....	22
1.1.1 Noción de salud.....	25
1.1.2 Normatividad nacional .....	28
1.1.3 Normatividad internacional .....	31
1.1.4 Derecho fundamental a la salud o derecho a la salud por conexidad.....	34
1.2 <i>PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA SALUD</i> .....	38
1.2.1 Accesibilidad.....	39
1.2.2 Igualdad.....	44
1.2.3 Equidad .....	48
1.2.4 Gratuidad .....	51
1.2.5 Aceptabilidad .....	52
1.2.6 Calidad.....	53
1.3 <i>RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD</i> .....	54
1.3.1 Falla en el servicio .....	56
1.3.2 Daño antijurídico .....	60
1.3.3 Control y vigilancia e inspección de los prestadores del servicio de salud.....	66
1.3.4 Deber de regulación .....	71
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> .....	<b>74</b>
2. PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL DERECHO A LA SALUD .....	74
2.1 <i>TUTELA Y FOSYGA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL PACIENTE</i> .....	75
2.1.1 Función y fines jurídicos de la acción de tutela .....	76
2.1.2 Congestión de justicia como resultado del aumento de tutelas .....	82
2.1.3 Función y misión del Fosyga .....	86
2.2 <i>VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DEL PACIENTE</i> .....	91
2.2.1 Injustificada negación de tratamientos y medicamentos por parte de las EPS.....	91
2.2.2 Excesiva tramitología y demora en la autorización o práctica de servicios.....	96
2.2.3 Violación del derecho a escoger libremente la IPS, el médico de preferencia y a ser informado .....	101
2.2.4 Retención de pacientes y de cadáveres .....	106
2.3 <i>INCUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO</i> .....	108
2.3.1 Garantías de acceso a los servicios de salud .....	108
2.3.2 Promoción, prevención y protección .....	113
2.3.3 Control y vigilancia de los prestadores del servicio de salud .....	116
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>119</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>123</b>

## INTRODUCCIÓN

Aunque mucho se ha discutido sobre el derecho a la salud en Colombia, principalmente desde la emisión de la Carta Constitucional de 1991, se puede decir que este derecho ha sido subordinado y no goza de la prevalencia que merece. El sistema colombiano suele caer en la imprecisión de hacer interpretaciones erradas acerca de este derecho y subvalorar su carácter de fundamental; en consecuencia, es ineficaz en la aplicación del mismo en los casos concretos.

En la práctica, algunas personas no tienen libre acceso al sistema de salud, unas por no contar con los medios necesarios para ello y otras porque el sistema resulta insuficiente en la prestación del servicio y la solución de problemas.

La salud en Colombia ha dejado de ser un derecho exigible y una prestación justa debida por el Estado al ciudadano; se ha convertido en una ostentación de una clase privilegiada la cual tiene los medios para acceder al sistema. Los colombianos, en teoría, tienen derecho a recibir una atención de salud en condiciones dignas, pero en la realidad, es una necesidad básica satisfecha a medias para quienes no tienen los recursos económicos suficientes para costearlo y en el peor de los casos -para cerca de diez millones de colombianos- insatisfecha por completo.

Se clama que todos y cada uno de los ciudadanos colombianos son titulares de sus más esenciales derechos, garantías y libertades, los cuales en ningún caso se verán perturbados en el ejercicio de sus derechos ya que para eso existe un “Estado protector y de bienestar” cuya finalidad es satisfacer las necesidades mínimas del pueblo. Pero, es necesario cuestionarse si lo dicho en los textos constitucionales y legales es una vivencia palpable en cada municipio o región del país, donde se coexiste la necesidad y la angustia de no poder acceder a los servicios mínimos que garanticen una vida digna.

En la actualidad es común encontrar escenarios delicados planteados en la prestación del servicio a la salud, toda vez que surgen de ésta conflictos de carácter jurídico que requieren una interpretación a la luz del derecho, de manera tal se han desencadenado sin número de tutelas solicitando el amparo del derecho a la salud y litigios de responsabilidad estatal por falla en el servicio. En esta investigación se proporcionarán pautas claras y precisas así como posibles soluciones que tienen como finalidad guiar a todos aquellos que puedan llegar a estar involucrados en una situación de tales características. Ej. Estado, entidades prestadoras de servicios de salud, profesionales de la salud, abogados y pacientes.

En la prestación de servicios de salud, están envueltos derechos fundamentales del paciente como son vida y salud. Los que en algunos casos pueden llegar a verse vulnerados o en un peligro inminente pese a la protección constitucional contemplada en el Artículo 49 de la Carta Política que dispone “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

En el presente estudio se tendrán en cuenta tanto la prestación del servicio de salud por parte del Estado, como la escolta al derecho fundamental a la salud del paciente y la responsabilidad que recae en el Estado caso de su no resguardo

Así las cosas, la importancia de esta investigación radica en el examen concienzudo de los conflictos formados en el momento de prestación o no de los servicios de salud al paciente y la salvaguarda total de sus derechos fundamentales, así como el planteamiento de posibles soluciones respecto al tema en cuestión.

Además esta indagación presentará las opiniones legales, doctrinales y principalmente jurisprudenciales que se han ocupado sobre el tema hasta el día de hoy, ofreciendo así al lector la posibilidad de ampliar su perspectiva acerca de la trama en

cuestión, permitiéndole alcanzar los aspectos centro de discusión y brindando una serie de herramientas útiles para la comprensión del mismo.

Aparte de los motivos anteriormente expuestos es necesario el desarrollo de la presente investigación en el ámbito jurídico colombiano puesto que pretende reflejar tanto la evolución como el tratamiento jurisprudencial llevados a cabo durante los últimos años por las altas Cortes Colombianas respecto de los inconvenientes ya presentados.

En tal sentido, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T 760 de 2008, en aras de buscar la protección integral del derecho a la salud, interpeló al Estado y a las diferentes entidades a quienes competen temas de Salud para tomar acciones frente a la protección de este derecho y principalmente al acceso a los servicios de salud que los ciudadanos requieren. Lo anterior en vista de la avalancha de tutelas interpuestas por los ciudadanos y revisadas por esa entidad.

Este trabajo busca realizar una aproximación general a los conceptos de salud, prestación pública del servicio de salud y de derechos fundamentales. Es especialmente necesario estudiar a profundidad lo expuesto legal, jurisprudencial y doctrinalmente sobre el Derecho a la Salud; sus principios, elementos y alcance, los cuales son en sí mismo el fundamento de la prestación de los servicios de salud.

A su vez, se revisará lo relativo a la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios de salud, teniendo en cuenta que esta responsabilidad es uno de los fines esenciales del Estado consignado en los artículos 2 y 49 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, en virtud del artículo 90 de la Carta Fundamental, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En tal sentido es importante conocer los escenarios en los cuales las acciones u omisiones de funcionarios y entidades estatales pueden derivar en el incumplimiento de esta obligación. En consecuencia, se analizarán los elementos de la responsabilidad Estatal que se pueden tipificar

como causas de incumplimiento en la prestación de los servicios de salud, tales como la falla en el servicio, la falla presunta en el servicio y el daño antijurídico. Es importante recalcar que la responsabilidad del Estado debe ir mucho más allá de la simple doctrina; es necesario que se garantice la aplicación de los recursos y medios para asegurar el cumplimiento, ya que se trata de la preservación de derechos fundamentales y más aún de aquellos relacionados con la preservación de la vida y dignidad de las personas. En tal sentido, se indagarán los compromisos del Estado tales como el deber de regulación y los deberes de inspección, vigilancia y control de los prestadores de servicios de salud.

Una vez revisado lo anterior, se discutirán las problemáticas actuales que tienen lugar en la prestación de los servicios de salud y por ende en la garantía del derecho a la salud, con el fin de identificar las situaciones de vulneración de derechos fundamentales del paciente.

Actualmente, el mecanismo de protección constitucional de tutela se ha convertido en un requisito para la solicitud de servicios de salud. No obstante, la tutela fue creada como una herramienta de protección de los derechos fundamentales limitada a casos excepcionales en los cuales se debe demostrar que no existe otra medida para la protección de estos derechos; sin embargo, se observa con preocupación que la aplicación de este instrumento extraordinario se ha convertido en norma y requisito para lograr el cumplimiento de los deberes del Estado, por lo anterior, se verificará las funciones y fines jurídicos originarios de la acción de tutela.

Desde hace varios años ha aumentado el número de tutelas instauradas por los usuarios del servicio de salud pública; esto ha sido uno de los principales factores responsables de la congestión de los despachos judiciales. Se harán varias observaciones sobre este tema en particular, junto con sus implicaciones y posibles medidas de disminución.

De manera similar a la tutela, los fines del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), y en especial la compensación y el recobro, se han distorsionado de los originariamente señalados por la ley. En el presente escrito se enunciarán los objetivos para los cuales fue inicialmente concebido, sus impactos en la prestación de los servicios de salud, sus problemáticas y posibles soluciones.

Es a través del análisis de casos específicos que se podrán identificar las causas y situaciones de riesgo de vulneración y violación del derecho fundamental a la salud, como por ejemplo la injustificada negación de tratamientos y medicamentos por parte de las entidades promotoras de salud, la excesiva tramitología y demora en la autorización o práctica de servicios de salud, la violación de los derechos a escoger libremente la Institución Prestadora de Salud, la libre elección su médico, el derecho a ser informado de su estado de salud, o la retención de pacientes y de cadáveres en centros médicos y hospitalarios. En este escrito se abordarán estos casos, ya que son de especial interés para los profesionales del derecho y la ciudadanía en general.

Por último, se examinará el grado de cumplimiento de las funciones protectoras del Estado en la prestación de servicios de salud. Se evaluará la diligencia en el fortalecimiento de las garantías de acceso a los servicios y la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y el grado de compromiso del Estado en el control y vigilancia de los prestadores de estos servicios. De tal forma se establecen conclusiones jurídicas que pueden servir de orientación a los pacientes sobre la defensa de su derecho fundamental a la salud y las formas de protección a las que pueden acudir ante la eventual vulneración del mismo.

Con este trabajo se proporciona un aporte importante no solo en el perímetro jurídico, sino también en el campo estatal, médico, y social, puesto que se pretende ahondar en la tutela real de los derechos fundamentales del paciente en la prestación del servicio de salud tan discutida hoy en día. Igualmente se plantearán nuevos aportes a los hechos objeto de disyuntiva esbozada previamente enriqueciendo este trabajo con la opinión jurídica que respecto al tema se desarrollará.

## **Problema Jurídico**

Siendo el Estado Colombiano titular, vigía y garante en la prestación de servicios públicos, especialmente de los servicios de salud que involucran íntimamente derechos de elevada jerarquía. Surge la duda si en Colombia la prestación del servicio de salud por parte del Estado verdaderamente protege y garantiza los derechos fundamentales de los pacientes, bajo el entendido de que el Estado se debate en la disyuntiva de satisfacer necesidades ilimitadas de los usuarios del sistema de salud con recursos que resultan limitados.

Motivado en lo anterior, es la intención de la presente investigación resolver el siguiente problema jurídico:

¿Con el sistema existente se puede satisfacer en forma eficiente la prestación de los servicios de salud de la población?

## **Hipótesis**

La hipótesis de la cual se parte en el presente trabajo consiste en la afirmación de que el Estado Colombiano se encuentra en una disyuntiva, ocasionada por una parte, por contar con recursos limitados para destinar al aseguramiento del sistema de salud, y por otra parte, porque existen necesidades casi que ilimitadas de los usuarios del sistema. En medio de la mencionada disyuntiva, el sistema de salud existente adopta criterios de prestación de servicios y distribución de recursos, que resulta restrictiva y poco adecuada para prestar el servicio de salud bajo la noción del principio de eficiencia, pese a los postulados constitucionales del derecho a la salud.

## **Justificación**

En la actualidad es común encontrar escenarios delicados planteados en la prestación del servicio a la salud, toda vez que surgen de ésta conflictos de carácter jurídico que requieren una interpretación a la luz del derecho, de manera tal se han desencadenado sin número de tutelas y litigios de responsabilidad estatal por falla en el servicio. En esta investigación se proporcionarán pautas claras y precisas así como posibles soluciones que tienen como finalidad guiar a todos aquellos que puedan llegar a estar involucrados en una situación de tales características. Ej. Estado, entidades prestadoras de servicios de salud, profesionales de la salud, abogados y pacientes.

En la prestación de servicios de salud, están envueltos derechos fundamentales del paciente como son vida y salud. Los que pese a la protección constitucional contemplada en el Artículo 49 de la Carta Política en algunos casos pueden llegar a verse vulnerados o en un peligro inminente

En el presente estudio se tendrán en cuenta tanto la prestación del servicio de salud por parte del Estado, como la escolta al derecho fundamental a la salud del paciente y la responsabilidad que recae en el Estado caso de su no resguardo. Así mismo se analizará la disyuntiva en que se encuentra el Estado que por una parte tiene limitación de disposición de recursos y de capacidad de cobertura en temas asistenciales y por otra tiene una alta demanda de atención en seguridad social en salud.

Así las cosas, la importancia de esta investigación radica en el examen concienzudo de los conflictos formados en el momento de prestación o no de los servicios de salud al paciente y la salvaguarda total de sus derechos fundamentales, así como el planteamiento de posibles soluciones respecto al tema en cuestión. De igual forma, presenta un análisis jurisprudencial de casos en que peligran los derechos fundamentales del paciente por la prestación del servicio a la salud.

Además esta indagación presentará las opiniones legales, doctrinales y jurisprudenciales que se han ocupado sobre el tema hasta el día de hoy, ofreciendo así al lector la posibilidad de ampliar su perspectiva acerca de la trama en cuestión, permitiéndole alcanzar los aspectos centro de discusión y brindando una serie de herramientas útiles para la comprensión del mismo.

Aparte de los motivos anteriormente expuestos es necesario el desarrollo de la presente investigación en el ámbito jurídico colombiano puesto que pretende reflejar tanto la evolución como el tratamiento jurisprudencial llevados a cabo durante los últimos años por las altas Cortes Colombianas respecto de los inconvenientes ya presentados.

Con este trabajo se proporciona un aporte importante no solo en el perímetro jurídico, sino también en el campo estatal, médico, y social, puesto que se pretende ahondar en si el sistema general de seguridad social en salud que actualmente opera en Colombia logra la tutela real del derecho fundamental a la salud del paciente en la prestación del servicio de salud tan discutido hoy en día. Igualmente se plantearán nuevos aportes a los hechos objeto de disyuntiva esbozada previamente enriqueciendo este trabajo con la opinión jurídica que respecto al tema se desarrollará.

## MARCO TEÓRICO

Esta investigación se ha realizado con fundamento en el marco teórico<sup>1</sup> enunciado en el presente capítulo, cuyo objetivo es comprobar si el sistema general de seguridad social en salud que actualmente opera en Colombia, logra la tutela real del derecho fundamental a la salud del paciente en la prestación del servicio de salud bajo la noción del principio de eficiencia, tema central de esta tesis. También se hace una breve introducción al lector sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud y otras nociones básicas para abordar el tema objeto de estudio.

El derecho a la salud, a lo largo de la historia constitucional colombiana, ha sido un tema poco tratado. Un ejemplo claro de ello se encuentra en la Constitución de 1886, en la cual la salud no estaba concebida como un derecho inherente al ser humano, sino que era tratada como responsabilidad de cada individuo; por lo tanto, no existía un deber respecto a la asistencia en salud a los ciudadanos. El Estado solo era responsable de suministrar una simple instrucción en salubridad pública, control de epidemias y urbanidad (Serrano, 2000, p. 58-59).

Solo hasta la reforma de 1936, el deber social de este servicio se hizo evidente, y en consecuencia, el tema de salud y la debida prestación por parte del Estado comienzan a ser tratado con un grado de responsabilidad mayor (Serrano, 2000, p. 58).

---

<sup>1</sup> “El marco teórico, marco referencial o marco conceptual tiene el propósito de dar a la investigación un sistema coordinado y coherente de conceptos y proposiciones que permitan abordar el problema. "Se trata de integrar al problema dentro de un ámbito donde éste cobre sentido, incorporando los conocimientos previos relativos al mismo y ordenándolos de modo tal que resulten útil a nuestra tarea".

“El fin que tiene el marco teórico es el de situar a nuestro problema dentro de un conjunto de conocimientos, que permita orientar nuestra búsqueda y nos ofrezca una conceptualización adecuada de los términos que utilizaremos.” Definiciones disponibles en: [http://www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo%20de%20campo/marco\\_teorico.htm](http://www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo%20de%20campo/marco_teorico.htm)

Las cosas cambiaron con la Constitución de 1991. Desde el preámbulo y el artículo 1 se estipula que el Estado colombiano es un Estado Social de Derecho, responsable de asegurar la vida de los individuos dentro de un orden social justo.

A saber la Carta Constitucional de 1991 contempla la salud como derecho en su artículo 49 dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. Posteriormente surge la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el carácter fundamental o no del derecho a la salud, a consecuencia de que este derecho no se encuentra incluido dentro del Capítulo I “De los Derechos Fundamentales” del Título II “De Los Derechos, Garantías y Deberes” de la Constitución de 1991, siendo catalogado en principio como ya se había mencionado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta.

Como se ha mencionado la fundamentalidad del derecho a la salud ha sido ampliamente discutida presentándose variedad de criterios al respecto de lo que se considera un derecho fundamental:

Criterio nominalista, según el cual solamente se consideran derechos fundamentales aquellos a los cuales la Constitución confiere tal categoría y están taxativamente señalados entre los Artículos 11 a 41. También se hace extensiva esta categorización a los derechos de los niños.

Criterio objetivo o virtual, que sostiene que los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad humana, en consecuencia, les pertenece a las personas atendiendo su condición de ser humano y son necesarios para ejercer todas sus potencialidades vitales;

Por extensión, que son producto del consenso de las naciones, y surgen de los convenios internacionales suscritos entre las diversas naciones sobre derechos humanos.

Surge un cuarto criterio, el de la conexidad, según el cual la Constitución ha construido una importante jurisprudencia: es posible que un derecho de carácter colectivo como el medio ambiente no sea fundamental, pero en algunos casos si estos derechos se conectan con otros derechos fundamentales adquieren esta categoría por conexidad, tal como sucede con el derecho a la salud, que en principio es un derecho de carácter prestacional, sin embargo, se convierte en fundamental por conexidad con la vida y cuenta con especial protección del Estado a través de la acción de tutela (Chacón, 2003, p.36)<sup>2</sup>:

Actualmente después de un amplio estudio sobre la naturaleza del derecho a la salud, éste es reconocido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo (Sentencia T-760 de 2008), resultando por ende la negación en la prestación de servicios de salud contemplados en el POS en una violación al mencionado derecho y por lo tanto pudiendo hacerse exigible judicialmente mediante el mecanismo de tutela.

De tal forma, para el desarrollo de esta investigación, se parte de la premisa de que la prestación del servicio, debe realizarse bajo el entendido que la salud además de ser una prestación social, es un derecho fundamental, un servicio público y un fin del Estado, por ende es responsabilidad de este último garantizar la correcta prestación de servicios de salud para el correcto, eficiente y satisfactorio cumplimiento de las obligaciones y fines estatales.

Para lograr la prestación de servicios y garantizar el derecho a la salud el Estado establece el Sistema General de Seguridad Social como el conjunto de instituciones y procedimientos mediante el cual el Estado garantiza la prestación de servicios de salud a los colombianos y colombianas mediante los establecido en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones contenidas en la ley 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido se puede observar las sentencias T-002 de 1992, T-571 de 1992, T-491 de 1992, T-941 de 2000, T-1081 de 2001., T-850 de 2002 y T- 859 de 2003 de la Corte Constitucional.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud fue establecido mediante la Ley 100 de 1993, y es desarrollado ampliamente en el libro segundo de la misma, indicando en su artículo 152 como objetivos principales los de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

En el contexto histórico la Ley 100 de 1993 surge como medida para modificar los modelos de salud anteriores. En principio, es decir desde la promulgación de la Constitución de 1886 hasta mediados de 1945, la atención en salud se limitaba a atender aspectos de carácter sanitario, permaneciendo en manos de los usuarios o de instituciones religiosas de caridad la atención relacionada con la atención preventiva y curativa en salud. (Orozco, 2006, p. 23).

Entre 1945 y 1946 se crean la Caja Nacional de Previsión, entidad encargada de prestar servicios a empleados del sector público, y el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, entidad encargada de prestar servicios a los empleados del sector privado (Orozco, 2006, p. 23); una vez creadas estas entidades las prestaciones asistenciales para los no asalariados, dependieron de la prestación de servicios ofrecida por la caridad pública y por el Estado quedaron sin un mecanismo social que la garantizara. (Jaramillo, 1997, p. 30)

A pesar de la aparición de la Caja Nacional de Previsión y del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la seguridad social en salud continuó con baja cobertura de la población colombiana. (Jaramillo, 1997, p. 58). Por su parte algunas dependencias públicas comenzaron a conformar sus propias cajas de previsión, resultando la salud en sistema desarticulado, disperso y sobre todo sin mecanismos de solidaridad produciendo entidades de buena y mala calidad, de excelente y precaria situación financiera. (Jaramillo, 1997, p. 31). Lo cual implicaba que quienes deseaban y contaban con los recursos para suplir sus necesidades de atención sanitaria tuvieran que sufragarlo con sus propios medios.

En vista de la necesidad de cambio de los modelos de seguridad social antes mencionados y en desarrollo de los postulados de la Constitución Política de 1991, surge la ley 100 de 1993 con los propósitos de especializar las instituciones públicas para lograr eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud; lograr la cobertura universal de servicios asistenciales incorporando dos regímenes para garantizar el acceso a estos servicios: en primer lugar el régimen contributivo, al cual pertenecen todas las personas vinculadas laboralmente y los independientes con capacidad de pago; y en segundo lugar el régimen subsidiado, al cual se afilia la población sin capacidad de pago (Mesa de trabajo Bogotá sobre Desplazamiento Interno, 2005, p.12).

Por otra parte incorporó al sector privado para la prestación de servicios de salud a través de la figura de Entidades Promotoras de Salud las cuales pueden ser entidades de naturaleza pública mixta o privada<sup>3</sup> cuya función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación de los servicios contenidos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud entendido como el conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones en salud, servicios hospitalarios y medicamentos que determine el organismo rector nacional e la salud y la seguridad social en salud; u otorgando la oportunidad a las entidades privadas de actuar mediante el ofrecimiento de planes complementarios de salud al Plan Obligatorio de Salud fomentando la competencia entre entidades y libre elección de los usuarios. Repercutiendo así en la mejora de la calidad de los servicios. (Jaramillo, 1997, p. 66).

A modo de información se menciona que el Plan Obligatorio de Salud fue actualizado por la Comisión de Regulación en Salud mediante el Acuerdo 029 de 28 de diciembre de 2011. Por otra parte a partir del 1 de julio de 2012 la cobertura del Plan Obligatorio de Salud fue unificada para usuarios del régimen contributivo y subsidiado en cumplimiento del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, del artículo 25 de la Ley 1438 de 2011, y de lo estipulado por la Corte Constitucional en la Orden Décimo Séptima de la Sentencia T-760 de 2008.

---

<sup>3</sup> Artículo 80 de la Ley 100 de 1993

Sin embargo este sistema ha experimentado dificultades que han propiciado su modificación mediante leyes tales como la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y por la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional (Ruiz, 2012, p. 22)

Dichas dificultades emergen esencialmente de la tensión bajo la cual se encuentra el Estado: de una parte existe la necesidad de cobertura casi ilimitada de servicios de salud para la población y por otra parte la restricción de recursos presupuestales para el financiamiento de los servicios generando así limitaciones en la cobertura y aseguramiento.

Entonces, bajo el entendido de que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien corresponde dirigir, coordinar y controlar el servicio público esencial de la seguridad social, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece el artículo 48 de la Constitución Política, se debe analizar la mecánica de la prestación de servicios por parte del Estado basados en el régimen de seguridad social en salud vigente con el fin de determinar si dicho modelo logra garantizar el derecho a la salud y es viable su sostenibilidad a largo plazo, o por el contrario el régimen de salud establecido debe ser reformado en orden de lograr un sistema de salud eficiente.

Es un hecho que la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud se ha visto debilitada por la amenaza de una inminente crisis del Sistema, y para cuya mitigación se han planteado soluciones tales como la reforma total del sistema nacional de salud o su ajuste regulatorio. (Ruiz, 2012, p. 213).

Es necesario entonces realizar un análisis sobre que escenario es más favorable tanto para el Estado como para los usuarios del sistema: una reforma a fondo al actual sistema de salud o la promulgación de una nueva ley estatutaria al respecto.

Por su parte Álvaro Cardona, decano de la facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, propende por la opción de realizar una nueva ley estatutaria que reforme el sistema de salud “Necesitamos estructurar una nueva ley estatutaria, que ponga en el centro el concepto de la salud como derecho, que desaparezca la intermediación financiera y el esquema de las aseguradoras”. Agregando que la idea es promover un “cambio fundamental en la filosofía y el sentido que orienta a la ley vigente. Hay que derogar el núcleo de la ley 100. Es claro para nosotros que mientras se mantenga la idea del sistema de salud como mercado vamos a tener fracasos”<sup>4</sup>.

En cambio la posibilidad de mantener el actual sistema de aseguramiento social en salud implica superar algunos problemas estructurales e implantar un modelo regulatorio acorde con las fallas evidenciadas, desarrollando a cabalidad los enfoques planteados en la ley 1438 de 2011, reglamentando y creando procedimientos claros y rigurosos para el cumplimiento de la norma. Vale la pena resaltar que el actual sistema ha logrado avances en cuestiones de cubrimiento y protección del derecho a la salud.

Sobre todo se ha de tener en cuenta que cualquier reforma planteada como alternativa a la ley 100 de 1993 requeriría un alto nivel de certeza sobre mantener o mejorar sus logros sociales a partir de similares restricciones de recursos. (Ruiz, 2012, p. 125)

Por su parte Mónica Arbeláez (2006, p.357) plantea que probablemente la apuesta más plausible a seguir en Colombia sería fijar la mirada en los mínimos que en relación con la eficacia del derecho a la salud señalan los instrumentos y los organismos internacionales de protección para, a partir de allí, empezar a desarrollar, progresivamente un sistema sanitario que propenda pro la universalidad y la igualdad en el servicios público de salud.

---

<sup>4</sup> Opiniones expresadas por Álvaro Cardona en la Cátedra de Pensamiento Social "El futuro del sistema de salud en Colombia: retos y estrategias para su sostenibilidad". Realizada en Medellín (Antioquia) el 13 de Mayo de 2010. Disponible en: [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bActualidad/Principal\\_UdeA/UdeANoticias/udeaenmedios/La%20academia%20plantea%20reforma%20estructural%20del%20sistema%20de%20salud](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bActualidad/Principal_UdeA/UdeANoticias/udeaenmedios/La%20academia%20plantea%20reforma%20estructural%20del%20sistema%20de%20salud)

De acuerdo con Ulahy Beltrán (2012), asesor de la Contraloría General de la República en temas de salud, “cualquier propuesta que se presente para abordar una reforma estructural al sistema debe definir muy bien cómo se garantizaría la prestación de los servicios y el acceso oportuno a ellos por parte de los usuarios. La intermediación ya de hecho es una práctica insegura en el actual sistema, pero la falta de vigilancia técnica y control adecuado ha permitido que dicha intermediación esté presente. El modelo de aseguramiento no puede descalificarse en sí mismo, pues el problema ha radicado en las actuaciones indebidas de quienes han operado el aseguramiento y no en el modelo en sí mismo. Como quiera que se habla de un proyecto de ley estatutaria, es muy importante que al momento de definir el ámbito de un derecho fundamental como es la salud, se requiere mucho tino al momento de establecer como se financiarían las atenciones fuera del POS y los mecanismos administrativos y de financiación para que los usuarios puedan acceder a dichos servicios”.

A saber es importante antes de iniciar el desarrollo del presente estudio mencionar los límites, alcances y puntos fundamentales que se pretenden alcanzar con este trabajo. El siguiente texto pretende revisar el concepto de Derecho Fundamental a la Salud desde el punto de su efectiva protección y garantía de los derechos fundamentales del paciente. Para ello se presentará el contexto legal, jurisprudencial y doctrinal de este derecho sobre la prestación pública del servicio de salud en Colombia, abriendo de esta forma nuevos interrogantes que permitan debatir la calidad de los servicios de salud actualmente prestados, entendiendo que ésta es una finalidad del Estado de Derecho el cual debe propender a avanzar y proponer una efectiva protección de los derechos de los pacientes y de esta forma verificar si el actual sistema en salud cumple las finalidades planteadas en materia de salud o por el contrario si es necesario un cambio legislativo a fondo para aprontar las problemáticas presentadas en la organización y prestación de servicios.

Los anteriores son apartes que conforman el marco teórico elegido y que por ello serán tenidos en cuenta como fundamento de las ideas y argumentos que se desarrollan a favor y en contra de la tesis.

## CAPÍTULO PRIMERO

### 1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS DEL DERECHO A LA SALUD

La carta fundamental en el Título II, Capítulo 2, contempla la atención en salud y la seguridad social en sus artículos 49 y 48 respectivamente. Hacen parte de derechos llamados “Derechos sociales, económicos y culturales” entre los cuales se enlistan los siguientes: derecho a la familia; igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer; derechos fundamentales de los niños; derechos del adolescente a su protección y formación integral; derecho de las personas de la tercera edad a su protección y asistencia; derecho de los disminuidos físicos, sensoriales psíquicos a la atención especial que requieran; derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a una vivienda digna; derecho a la recreación; derecho a la negociación colectiva; derecho a la huelga; derecho a la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título; derecho a la educación; y el derecho de toda persona a tener acceso a los documentos públicos.

Se entiende que los derechos sociales, económicos y culturales son derechos prestacionales propiamente dichos, los cuales para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización que hagan viable su prestación. Por ello, en principio no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva<sup>5</sup>. Adicionalmente, son también llamados derechos programáticos debido a la progresividad de su reconocimiento; la efectividad de estos derechos depende directamente de las condiciones materiales de la sociedad y de su adecuada distribución. Corresponde al legislador determinar la forma de su realización. Esta condición determina que no puedan ser exigidos mediante tutela salvo que se cumplan los requisitos necesarios que permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada. Por lo tanto, el deber asistencial se consolida como una realidad concreta a favor de un sujeto específico<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.819/99. MP. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>6</sup>Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

El derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, se convierte<sup>7</sup> en fundamental cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango primordial tales como la vida o la dignidad o genera la violación de estos. De manera que obtiene tal categoría en la constitución por conexidad ya que es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte:

(...) primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.<sup>8</sup>

El derecho a la salud, a partir de 2008, pasa a ser considerado autónomamente fundamental mediante la sentencia T-760 de 2008; es una “garantía esencial con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho que se orienta hacia el respeto y promoción de la persona, superando así el alcance tradicional, según el cual, los derechos fundamentales son solo aquellos que expresamente se encuentran numerados en la Constitución” (Serrano, 2000 p.59). De manera que, “un derecho fundamental, como la salud, no depende de un reconocimiento expreso por parte de la norma suprema sino que su carácter de fundamental obedece a una interpretación sistemática y teleológica que se haga de la misma”<sup>9</sup>. Por tanto, el derecho a la salud pasa a ser fundamental por sí mismo, toda vez que es una prestación debida por el Estado y exigible al mismo.

El derecho a la salud es incuestionable; sin este, la persona no puede ejercer plenamente su derecho a la vida en condiciones de dignidad, y en consecuencia decaen los demás derechos de los que es titular. Es un derecho innato al ser humano, razón por la cual no puede ser desconocido o relegado a un segundo plano, su razón

---

<sup>7</sup>Es necesario anotar que el derecho a la salud de los menores sí era tenido en cuenta en el artículo 44 de la carta fundamental.

<sup>8</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-290 de junio 21 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>9</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-406 junio 5 de 1992. MP. Ciro Angarita. Exp. No. T-778. Sala Primera de Revisión. Peticionario: José Rodríguez. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 2. p. 202.

de ser “está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos”<sup>10</sup>.

Tras hacer una lectura del artículo 366 de la Constitución, el derecho a la salud es concebido como “una finalidad del Estado, en aplicación del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Será entonces un objetivo fundamental en ejercicio de su función en cuanto a solución de necesidades insatisfechas de salud y educación” (Serrano, 2000, p.61). A su vez, la Corte Constitucional<sup>11</sup> se ha pronunciado de forma favorable al respecto y le ha otorgado el carácter de fundamental.

### **1.1. CONCEPTO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD**

Para abarcar el tema es necesario realizar una aproximación general a los conceptos de salud, prestación pública del servicio de salud y derechos fundamentales. En este escrito se estudiarán a profundidad el derecho a la salud, sus principios, elementos y alcances desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal.

Es a través de la conceptualización adecuada de los componentes de este derecho que se podrán identificar las causas y situaciones de riesgo de vulneración y violación de los derechos fundamentales. Es un tema de especial interés para los actores en los campos jurídico, administrativo, prestacional, legal y doctrinal.

El contenido del concepto “Derecho a la salud” presenta todavía dificultad a los doctrinantes (Arbeláez, 2006, p.55), pues no está claramente definido por las normas

---

<sup>10</sup>Ibidem., p. 212., Cfr.: Corte Constitucional: Sentencia T-760 de 2008 La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional T-760 del 2008 Julio 31 de 2008 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326. Disponible en: <http://190.24.134.68/relatoria/2008/T-760-08.rtf>

<sup>11</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-534 septiembre 24 de 1992. MP. Ciro Angarita. Exp. No. T-3115. Sala Primera de Revisión. Peticionario: Jorge Moreno. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 5. p. 464.

constitucionales o legales. Razón por la cual, diversos autores<sup>12</sup> han tenido que recurrir a herramientas tales como el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y los datos de la Organización Mundial de la Salud para definir, por ejemplo, el término “salud”.

Así mismo, autores como González Díaz (2005), consideran que el derecho a la salud no debe considerarse un derecho fundamental sino de carácter meramente prestacional. Considera que es uno de los derechos económicos, sociales y culturales:

la salud debe reconocerse como una categoría individual y social, parte integrante del desarrollo dirigido a la creación de condiciones para el bienestar de todos y como resultado de las estrategias y las acciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación que realizan los individuos, los grupos sociales y el conjunto de la sociedad, para mejorar y mantener la integridad y las capacidades de las personas y las poblaciones.

Igualmente manifiesta que

El Derecho de la Salud abarca múltiples problemas relacionados con la salud humana, entre los que pueden mencionarse los relativos a la protección medioambiental, la contaminación atmosférica, la contaminación de las aguas, el control y eliminación de desechos líquidos y sólidos, el control de la seguridad del agua y los alimentos, entre otros que van mucho más allá de la de por sí compleja relación paciente – servicios médicos, acciones dirigidas todas a propiciar y mantener un óptimo estado de salud.

Aunque el derecho a la salud fue reconocido hace menos de un siglo como derecho humano<sup>13</sup>, ha sido objeto de estudios tanto nacionales como internacionales por parte

---

<sup>12</sup>Ibíd., p. 56. Peman Gavin, Juan, derecho a la Administración sanitaria, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 26-31; Restrepo, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia” en Giraldo Valencia, Juan Carlos (Compilador), el Ejercicio del Derecho a la Salud en Colombia, Defensoría de Pueblo, 2002, p. 60-67.

<sup>13</sup>Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948, inciso 1 del artículo 25.

de estados, doctrinantes, legisladores y demás personas interesadas en desarrollar sus elementos constitutivos.

Como sostiene Cascajo Castro, los estudios del derecho a la salud se han centrado en tres aspectos:

Con el fin de determinar la naturaleza y el alcance del derecho a la salud consagrado en algunas Constituciones, la doctrina centró el estudio de la materia alrededor de una serie de preguntas que, podrían unificarse en tres puntos, la identificación de la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud consagrado en la constitución, la determinación si el derecho a la salud es un verdadero derecho, y la determinación si el derecho a la salud consagrado en la constitución es un derecho subjetivo por sí mismo, la respuesta no unánime a estas preguntas es que el derecho a la salud no está consagrado en las constituciones como un derecho propiamente dicho” (Cascajo, 1988, p.98).

Según la Defensoría del Pueblo, la salud, por ser un derecho humano fundamental, se debe considerar objeto de tutela y protección por parte del Estado. Se debe garantizar el aseguramiento de las condiciones normativas y materiales que garanticen su ejercicio y goce efectivo:

El Estado, no las empresas promotoras de salud ni las instituciones prestadoras de salud, se ha obligado en virtud de los pactos internacionales a asegurar que todas las personas puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y, por tal motivo, le corresponde corregir y evitar todas aquellas situaciones que, de cualquier forma, puedan representar una amenaza para el ejercicio y disfrute del derecho a la salud. Ello en modo alguno significa que los particulares no puedan ser responsables por violaciones o amenazas del derecho a la salud. Sin embargo, siendo el Estado el principal responsable de asegurar la plena realización del derecho a la salud, cualquier vulneración o amenaza de vulneración de este derecho siempre será atribuible al poder público, bien sea por acción o por omisión en el ejercicio de sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir(Defensoría del Pueblo, 2006, p.17-18).

Ahora bien, como se dijo al inicio de este apartado, para determinar el alcance del derecho a la salud se deberá analizar en primera medida el concepto de salud, y la consagración del derecho a la salud en la normatividad nacional e internacional, así como la naturaleza del derecho a la salud. Se observará si constituye o no un derecho fundamental por sí mismo, al estar estrechamente vinculado con la existencia humana y la realización personal, o si llega a ser fundamental por otros criterios. Estos aspectos serán tratados a profundidad a lo largo del presente texto.

### **1.1.1 Noción de salud.**

Aunque mucho se ha disertado acerca del concepto de salud, todavía no existe una definición que contemple toda su complejidad. Por esta razón, esta discusión, además de académica, se convierte en un serio asunto que involucra los derechos de los pacientes en la recepción de los servicios sanitarios.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entre otras, define la salud como, “1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. 2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado (...)” (RAE, 2001). Esta definición se queda corta a la hora de determinar en qué consiste el derecho a la salud; y adicionalmente es insuficiente para los usuarios de los servicios de salud en el momento de hacer exigibles sus derechos, de esta manera, es imperante recurrir a otras definiciones.

A su vez, en la Gran Enciclopedia Planeta, dice lo siguiente:

Salud es la “normalidad estructural y funcionalidad fisiológica de cada aparato y órgano, con un equilibrio global del organismo bajo el perfil anatómico, bioquímico, biofísico y neuropsíquico en relación con los estímulos endógenos y con los ambientales (...).

El Concepto de salud ha variado a lo largo de la historia y de las regiones geográfica, en función de la evolución y la cultura propias de cada tiempo y lugar. En general, en occidente la definición teórica de la salud ha estado limitada al aspecto físico y se ha valorado siempre en sentido negativo, es decir, ha sido definida como el estado opuesto a la enfermedad. Una persona estaba sana si no estaba enferma (Gran Enciclopedia Planeta, 2004, p.9138).

Arbeláez (2006, p.56) sostiene que el concepto de “salud” ha sido definido de manera muy amplia e indeterminada, por lo cual resulta difícil aceptar su concreción como un bien jurídico objeto de derecho. Igualmente, citando a PemanGavín<sup>14</sup>, la autora considera que al definir salud como la ausencia de enfermedad, pasaría a ser el derecho a no padecer enfermedad. Sin embargo, es una imprecisión ya que la salud es un estado de existencia y no algo que pueda ser dado<sup>15</sup>.

En 1946, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>16</sup> definió el concepto de salud de la siguiente manera: es “el estado de completo bienestar físico, psicológico y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”, la anterior definición ayuda a entender un poco más lo que se puede entender por salud, contemplando nuevos niveles de bienestar además del físico. Se da una perspectiva desde el punto de vista integral y positivo.

Sin embargo, un amplio sector ha criticado esta percepción de salud por presentar un concepto inmovilista, ya que estar en completo estado de bienestar puede resultar muy difícil y no se considera el hecho de que el continuo salud - enfermedad es dinámico. Esto ha llevado a un comité de expertos de la misma Organización Mundial de la Salud

---

<sup>14</sup>La autora cita el libro de Juan Peman Gavín “Derecho a la salud y administración sanitaria”. Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 23-31.

<sup>15</sup>Arbeláez cita a Kass, L.R. y su escrito “Regarding the end of medicine and the pursuit of health”. Volumen colectivo editado por A.I: Caplan y otros. Concepts of Health and Disease. Interdisciplinary Perspectives, Don Mills (Onoratio). Londres, Ámsterdam, Sydney, Tokio, 1981, p. 85-86, citado por PemanGavín en “Derecho a la salud y administración sanitaria”. Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 27.

<sup>16</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 de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. WldHlthOrg.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

a definir salud como 'Una condición o calidad de organismo que expresa su adecuado funcionamiento bajo unas condiciones genéticas y ambientales dadas' (Gran Enciclopedia Planeta, 2004, p.9138).

La jurisprudencia constitucional por su parte, ha reconocido que la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La salud, por tanto, no es una condición de la persona la cual se tiene o no se tiene; se trata de una cuestión de grado que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona:

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. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia<sup>17</sup>.

A su vez, la salud es parte de la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948. El inciso 1 del artículo 25 indica lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup>Corte Constitucional: Sentencia T-760 de 2008 La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional T-760 del 2008 Julio 31 de 2008 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 16.

<sup>18</sup>Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Señalan que los Estados parte reconocen el derecho

Por lo tanto, como derecho humano<sup>19</sup> debe ser protegido y garantizado por el Estado principalmente a los ciudadanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

### 1.1.2 Normatividad nacional

Como ya se comentó, a lo largo de la historia constitucional colombiana el derecho a la salud ha sido un tema escasamente tratado. Por ejemplo, en la Constitución de 1886, la salud no estaba concebida como un derecho inherente al ser humano, por el contrario, el Estado lo asumía como un deber de cada uno de los individuos, despojándose así del deber de asistencia en salud a los ciudadanos (Serrano, 2000, p.58):

El derecho a la salud es un derecho innato al ser humano, razón por la cual no puede ser desconocido o relegado a un segundo plano, su razón de ser “está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos” (Serrano, 2000, p.212).

Así mismo, tras hacer una lectura del artículo 366 de la Constitución, el derecho a la salud debe ser concebido como “una finalidad del Estado, en aplicación del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Será entonces un objetivo fundamental en ejercicio de su función en cuanto a solución de necesidades

---

de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, por lo que se comprometen a poner en marcha medidas encaminadas a mejorar las condiciones que aseguren a todos la prevención y la asistencia médica de enfermedades en su territorio. A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador son instrumentos regionales que establecen el derecho a la salud "entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

<sup>19</sup>Entendiendo Derecho Humano como aquellos “inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. (...) Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. (...) La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos”. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto comisionado para los Derechos Humanos. “¿Qué son Derechos Humanos?” Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

insatisfechas de salud y educación”(Serrano, 2000, p.61). Por su parte, la Corte<sup>20</sup> se ha pronunciado de forma favorable al respecto y le ha otorgado el carácter de fundamental.

El derecho a la salud tan solo es reconocido en el artículo 44<sup>21</sup> de la Constitución Política Nacional, solo como parte de los derechos fundamentales de los niños. Sin embargo, la anterior era la excepción a la regla, puesto que la salud no era considerada constitucionalmente en los demás casos como un derecho fundamental por sí mismo.

Los derechos fundamentales se encuentran contemplados en el título segundo, capítulo primero de la Constitución, sin embargo, no hay una definición exacta de lo que se entiende por derecho fundamental. La Corte señaló que los derechos fundamentales son “los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente”<sup>22</sup>. Los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana y por nada le pueden ser arrebatados, es obligación de todos respetar los derechos de cada uno de los individuos.

El derecho a la salud ha sido catalogado como un derecho prestacional de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, tales como lo son el derecho a la seguridad social y a la asistencia en salud, consagrados en el artículo 48 y 49 respectivamente de la Constitución Política. Es, por tanto, un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La salud de las personas y el saneamiento ambiental están a cargo del Estado, el cual debe garantizar a todas las personas el acceso a los

---

<sup>20</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-534 septiembre 24 de 1992. MP. Ciro Angarita. Exp. No. T-3115. Sala Primera de Revisión. Peticionario: Jorge Moreno. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 5. p. 464.

<sup>21</sup>Colombia. Constitución Política. Artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la 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. 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. 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. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

<sup>22</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y ejercer el control y la vigilancia sobre las entidades privadas que prestan el servicio público de la salud (Defensoría del Pueblo, 2008).

La legislación colombiana contempla temas relacionados con la salud en instrumentos tales como:

- La ley 100 de 1993<sup>23</sup>. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
- La ley 715 de 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.
- 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.
- El decreto - Ley 1281 de 2002. Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación.
- El decreto 205 de 2003. Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones.
- El decreto 4747 de 2007.
- El acuerdo N° 08/1994. Donde se define el principio guía que orienta el POS.
- La Resolución 5261 de 1994. Expide los manuales de actividades, intervenciones y procedimientos con el fin de que fuera utilizado en el sistema de seguridad social en salud.

---

<sup>23</sup>En el ámbito legal, es la Ley 100 de 1993 la que abarca algunos de los temas prioritarios relacionados con la salud de los ciudadanos y la prestación de los servicios de salud por parte de entidades públicas y privadas. La Ley 100 de 1993 es orientada por tres principios de carácter constitucional: universalidad, eficiencia y solidaridad y de contenido legal enunciados los primeros en el artículo 2 literales d, e y f, así como también los contemplados en el artículo 153 como fundamentos del servicio público, a saber: equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

El derecho a la salud se torna primordial y relevante a la hora de analizar los derechos fundamentales puesto que del ejercicio del mismo se desprende la responsabilidad del Estado como protector y garante de estos, y por lo tanto también como prestador del servicio de salud, materia central de esta investigación.

### **1.1.3 Normatividad internacional**

Internacionalmente el tema ha sido tratado por varios autores y entidades. Henry E. Sigerist (1945) definió las cuatro grandes tareas de la medicina: promoción de la salud, prevención de la enfermedad, restablecimiento del enfermo y la rehabilitación. En 1979, la Asamblea Mundial de la Salud reafirmó que la salud influye poderosamente en el desarrollo socioeconómico y en la paz; la clave para alcanzar la salud para todos es el sistema que se basa en la atención primaria. En 1981, en el marco de la 33ª Asamblea Mundial de la Salud, se adoptó la estrategia mundial de “Salud para todos en el año 2000”.

En 1986, en desarrollo de la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud en Ottawa, se promulgó la Carta de Ottawa en la cual la promoción de la salud pasó a ser “el proceso de proporcionar a los pueblos los medios necesarios para que puedan mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma”. Enfatiza también la necesidad de emprender acciones tendientes a reducir las diferencias en el estado actual de la salud, asegurar la igualdad de oportunidades y proporcionar los medios que permitan a toda la población desarrollar al máximo su potencial.

Asimismo, en desarrollo de la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud realizada en Santafé de Bogotá en 1992, se consideró todo un desafío de la salud en América Latina “el transformar las relaciones excluyentes conciliando los intereses económicos y los propósitos sociales de bienestar para todos, así como de trabajar por la solidaridad y la equidad social, condiciones indispensables para la salud y el desarrollo”.

Según describe la Defensoría del Pueblo en su publicación titulada “Derecho a la Salud” (2003, p.12-16) el ámbito internacional del derecho a la salud ha sido contemplado en diversos instrumentos internacionales que, según la visión de Rodrigo Uprimny (2001, p.151-152), constituirían el Bloque de Constitucionalidad en Salud:

(...) los organismos especializados de las Naciones Unidas (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF-, Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA-, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO-, la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, entre otros) se han referido a temáticas de especial relevancia para la realización del derecho a la salud. En especial, el presente libro hace alusión a resoluciones emitidas por la Asamblea Mundial de la Salud (entidad que hace parte de la Organización Mundial de la Salud –OMS-) en torno a temáticas que no son objeto de regulación en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han tenido en cuenta informes generales, informes sobre Colombia e informes en casos específicos proferidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como casos contenciosos y opiniones consultivas fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, organizaciones sociales y expertos en derechos humanos han estudiado el contenido y alcance de los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud. En este libro se citan dos de los documentos más importantes: los Principios de Limburgo y la Declaración de Quito. Estas fuentes (conocidas en derecho internacional como softlaw) han sido empleadas por organismos de las Naciones Unidas como sustento de la interpretación de algunas normas internacionales.

Finalmente, se hace mención al informe preliminar del Relator Especial sobre el Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental 17, presentado por el profesor Paul Hunt en febrero de 2003. (Defensoría del Pueblo, 2003, p.17)

Igualmente, como señala la doctrinante Arbeláez (2006, p.56), el derecho a la salud ha sido reconocido por su estrecha relación con el derecho a la vida, de manera que el artículo 12 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales señala que los estados parte reconocen: el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de bienestar social y de salud física y mental para vivir dignamente, y el derecho a que su salud sea preservada a partir de medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación vestido, vivienda, asistencia médica<sup>24</sup>, entre otros instrumentos internacionales que también reconocen en sus textos la importancia del derecho a la salud.

Estos artículos no buscan tan solo reconocer el derecho a la salud sino plantear algunas obligaciones a los estados miembros, como adoptar medidas para favorecer la eficacia de los mismos. Específicamente, con el derecho a la salud se debe satisfacer los niveles mínimos o básicos, tales como garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente a los grupos marginados, sin ningún tipo de discriminación<sup>25</sup>.

De igual manera, Colombia ha suscrito convenios y tratados con el fin de garantizar la protección a la salud. Algunos de estos son: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así mismo, Colombia es miembro de la Organización Mundial y Panamericana de la Salud. Por último, es importante recordar la prevalencia de estos tratados y convenios internacionales sobre el orden jurídico interno cuando han sido adoptados por Colombia mediante ratificación realizada por el Congreso de la República (Gutiérrez & Gutiérrez 2000:82).

---

<sup>24</sup>Artículo XI de la declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre y artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

<sup>25</sup>Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. Observación General No. 14, párrafo 43.

#### 1.1.4 Derecho fundamental a la salud o derecho a la salud por conexidad

Aunque constitucionalmente el derecho a la salud es un derecho económico, social y cultural, puede ser considerado fundamental (Mesa de Trabajo de Bogotá sobre desplazamiento interno, 2005). Así se ha planteado bajo diversos criterios diferenciales, criterio nominalista, criterio objetivo o virtual, criterio por extensión y el criterio de la conexidad.

Al respecto la jurisprudencia<sup>26</sup> ha expresado una nueva visión; el carácter fundamental del derecho no depende tan sólo de la naturaleza del mismo, al contrario, se deben examinar las circunstancias particulares de cada caso. Por ejemplo, la salud no aparece taxativamente señalada como un derecho fundamental, sin embargo, es considerada como tal por conexidad; no es necesario que esté escrita para advertir su íntima e inescindible relación con la vida.

De manera que el Estado debe garantizar a sus asociados la correcta y eficaz prestación del servicio de salud; sin embargo, este derecho es por sí mismo fundamental (Chacón, 2000, p.38) y no un derecho ligado al derecho a la vida. La Corte Constitucional señala que el derecho a la salud es un derecho fundamental derivado del derecho a la vida, que se adquiere desde el momento de la concepción hasta la muerte, derecho que implica conservar la plenitud de las facultades mentales, físicas y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como a su recuperación<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-002 mayo 8 de 1992. MP. Alejandro Martínez. Exp. No. T-644. Sala Cuarta de Revisión. Peticionario: Pastora Upegui. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 1. p. 183. Cfr. en el mismo sentido: CORTE COSNTITUCIONAL. Sent. T-571 octubre 26 de 1992. MP. Jaime Sanín. Exp. No. T-2635. Sala Séptima de Revisión. Peticionario: Darío Alzate. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 6. p. 880.

<sup>27</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-477 octubre 23 de 1995. MP. Alejandro Martínez. Exp. No. T-65087. Sala Séptima de Revisión. Peticionario: menor N.N. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 45. p. 24-30.

Es claro que suelen presentarse constantes controversias en cuanto a la naturaleza del derecho a la salud: puede ser vista como un verdadero derecho fundamental o como un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida. Al parecer, la posición más acertada es la adoptada por los últimos aportes jurisprudenciales:

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 POS, 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>28</sup>

Así mismo, se encuentra la obligación prioritaria del Estado de proteger la vida, salud e integridad de sus ciudadanos, deber que algunas veces, puede llegar a ser desprotegido o reñir con otros derechos de carácter fundamental como la libertad de culto, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación e intimidad. Así surgen los principales conflictos respecto a cuál derecho prima sobre los demás, teniendo en cuenta que todos son de carácter fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, las problemáticas respecto a los derechos fundamentales se presentan a partir del modelo político que adoptó el estado colombiano descrito en el artículo primero de la Constitución Política de 1991. Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que “el país asume la forma de Estado de bienestar, que garantiza estándares mínimos de salario, salud, alimentación, educación y vivienda, asegurados para todos los ciudadanos como un derecho y no simplemente como una caridad” (Serrano, 2000, p.59). De esta forma, en todo tipo de actuación que involucre

---

<sup>28</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-859 septiembre 25 de 2003. MP. Eduardo Montealegre. Exp. No. T-733112 y 756609 acumulados. Sala Séptima de Revisión. Actores: Jairo Nivia y Germán Vargas. [en línea]. s.L.: Relatoría, 2003. [Fecha de consulta 30-07-07]. Disponible en: <http://190.24.134.68/relatoria/2003/T-859-03.rtf>. p. 8. Cfr. en el mismo sentido: Corte Constitucional.Sent. T-828 septiembre 1 de 2004. MP. Rodrigo Uprimny. Exp. No. T-866129. Séptima de Revisión. Actor: José Ríos. Sala [en línea]. s.L.: Relatoría, 2004. [Fecha de consulta 30-07-07]. Disponible en: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/frames/index.jsp?Ydsitio=6&ruta=./jurisprudencia/consulta.jsp](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?Ydsitio=6&ruta=./jurisprudencia/consulta.jsp).

consentir algún procedimiento médico en el que exista subordinación de un derecho fundamental frente a otro, el Estado determinará su responsabilidad.

Si bien en la Constitución Política se garantiza la seguridad social y el acceso a los servicios de salud como un derecho, en algunos casos la Corte ha considerado que este derecho no es fundamental para todas las personas, es decir, es fundamental sólo para aquellas personas en cuyos casos su derecho a la salud y su derecho a la vida resulte inescindible. Entiende la Corte

(...) para el estudio de las acciones de tutela, la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida... es inseparable cuando el vínculo existente entre ambos derechos es de tal naturaleza que no cabe duda para el juez que con la afectación del primero se estaría vulnerando el segundo (...). En conclusión, la Corte ha definido el alcance de este derecho en dos sentidos: “«el primero de ellos hace referencia a la salud como un servicio público generador de derechos prestacionales, y de otro lado, la salud como servicio público generador de derechos fundamentales; en este último sentido se basa el alcance de la protección del derecho en la jurisprudencia constitucional (López, 2001, p.270).

En nuestro país los derechos fundamentales no sólo son los que aparecen en el título y capítulos referidos, sino que la Corte Constitucional utiliza diversos criterios para reconocerlos<sup>29</sup>, de manera que se deja la puerta abierta para el reconocimiento de otras garantías para el ciudadano.

Como ya se expuso, el derecho a la salud fue considerado hasta hace poco como un derecho prestacional o programático y solo excepcionalmente como un derecho fundamental. Sin embargo, la Corte Constitucional en su jurisprudencia indica que el derecho a la salud de los niños es “fundamental, autónomo y prevalente” en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política<sup>30</sup>:

---

<sup>29</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-406 junio 5 de 1992. MP. Ciro Angarita. Exp. No. T-778. Sala Primera de Revisión. Peticionario: José Rodríguez. Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 2. p. 202.

<sup>30</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-170 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo. Ver entre otras las sentencias T-1081 de 2001, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-850 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar

Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional<sup>31</sup>

En efecto, la condición fundamental de esos derechos es independiente y autónoma, de manera que no es necesario establecerles conexidad con otros derechos para su reconocimiento. Por lo mismo, es prevalente sobre los derechos de los demás; cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional<sup>32</sup>.

Recientemente, la Corte Constitucional<sup>33</sup> reconoció la salud como un derecho fundamental. Esto conlleva importantes cambios para que el acceso a la salud sea equitativo, oportuno, eficaz y con calidad. La Corte determinó que dentro de su ámbito, se encuentra el derecho de los colombianos a acceder todos los servicios médicos sin necesidad de acudir al mecanismo constitucional de la tutela.

Esta decisión de la Corte surgió como reacción a la avalancha de tutelas relacionadas con la salud, interpuestas en los últimos años para acceder a la prestación, medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos.

---

Gil; T 859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-152 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>31</sup>Corte Constitucional Sentencia T-442 de 200, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-439 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-417 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>32</sup>Ibídem T-170 de 2010 Sentencias T-094 de 2004 T-801 de 2004, T-1008 de 2004, T-656 de 2005, T-762 de 2005, T-152 de 2006, SU-225 de 1998.

<sup>33</sup>Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional T-760 del 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326 Disponible en: <http://190.24.134.68/relatoria/2008/T-760-08.rtf>

Entre los grandes cambios que se buscaron con la sentencia T-760 de julio 31 de 2008 se encuentra la búsqueda de equidad en planes de beneficios. La Corte ordenó al estado, específicamente a las entidades encargadas, corregir la diferencia entre los regímenes contributivo y subsidiado de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Fijó el primero de octubre del 2009 como fecha límite para que se unificaran los contenidos. Además, la Corte propuso soluciones para descongestionar los juzgados por tutelas que invocan el derecho a la salud; exigió la puesta en marcha de medidas para evitar que se sigan negando o demorando a las personas los servicios de salud, procedimientos y medicamentos que están incluidos en el POS.

Además, la Corte, en respuesta a la crisis económica enunciada por las EPS, conmina al Fosyga para que desembolse en los próximos meses el 50 por ciento de todo lo que se les adeuda hasta ahora. Las tutelas deberán ser pagadas con la sola presentación del fallo de primera instancia. Finalmente, la Corte constató la existencia de graves fallas en los órganos estatales encargados de proteger este derecho.

El anterior es el primer gran paso que da la Corte para proteger a la salud como derecho fundamental. Por ahora se espera que la intención de la corte perdure y en poco tiempo se aprecien los cambios propuestos.

## **1.2 PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA SALUD**

En cualquier ejecución y aplicación de medidas, programas y estrategias públicas referidas al derecho a la salud se deben contemplar algunos principios rectores que velen por la protección y garantía de la buena prestación del servicio.

Dentro de estos principios, según ha sido señalado por diversos órganos (Comisión de derechos humanos del distrito federal), se encuentran incluidos la igualdad, gratuidad, accesibilidad y la equidad, los cuales constituyen los principios rectores del derecho humano a la salud.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación depende de las condiciones de cada Estado: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

La doctrina (Defensoría del Pueblo, 2008) por su parte ha referido cuatro elementos esenciales que componen el derecho a la salud: disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios; acceso a dicha infraestructura (los cuales pueden incluirse dentro de la esfera de la accesibilidad); aceptabilidad (respeto por el paciente, reconocimiento de la diversidad); y calidad.

En el presente documento los principios fundamentales del derecho a la salud son seis: accesibilidad, igualdad, equidad, gratuidad, aceptabilidad y calidad. Estos elementos configuran una dimensión colectiva relacionada con la salubridad pública, y una dimensión individual circunscrita a la promoción del bienestar y la prevención y tratamiento y lucha contra las enfermedades (Defensoría del Pueblo, 2008). De manera que son un conjunto inescindible para la debida y correcta prestación de los servicios y en consecuencia la garantía del respeto y dignidad de este derecho fundamental para cada uno de los pacientes.

### **1.2.1 Accesibilidad**

El acceso a los servicios de salud es uno de los principios rectores del derecho fundamental a la salud, entendiendo accesibilidad como la facilidad para que todos los ciudadanos puedan disfrutar de los establecimientos, bienes y servicios de salud dentro de la jurisdicción del Estado<sup>34</sup>. Esto quiere decir que no debe haber entorpecimiento, limitantes ni discriminación alguna para que cualquier persona pueda acceder de estos servicios.

---

<sup>34</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-1087 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En el ámbito nacional, la garantía de accesibilidad fue contemplada por el constituyente en el artículo 49 de la Carta Fundamental; se asegura a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Adicionalmente, fue reconocida por el legislador a través del principio de universalidad consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”; se reitera el postulado según el cual se garantiza “la protección para todas las personas sin ninguna discriminación en todas las etapas de su vida”<sup>35</sup>.

Internacionalmente también se ha disertado respecto al contenido del principio de accesibilidad. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas presenta cuatro dimensiones superpuestas de la accesibilidad:

(a) No discriminación, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) Accesibilidad física, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados<sup>36</sup>; (c) Accesibilidad económica (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; y (d) Acceso a la información, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>El artículo 2 de la Ley 100 de 1993 señala: “Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

“b. Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”.

<sup>36</sup>El Comité señala que los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. (Observación General N°14).

<sup>37</sup>Para el Comité ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias

Es necesario disertar si este principio se cumple en todas sus dimensiones por parte del estado colombiano. Para realizar esta evaluación, revisaremos cada una de las dimensiones antes descritas desde un punto de vista crítico de cumplimiento.

En cuanto a la no discriminación debemos hay casos en los cuales se niega a la población la prestación de servicios médico-asistenciales. Esta situación es llamada por los medios de comunicación “paseos de la muerte”(Carbonell, 2010). Se trata de casos en los cuales se niega la atención en salud a menores y adultos por la falta de documentos administrativos o por la insuficiencia económica para la cancelación de copagos o cuotas.

Respecto a la accesibilidad física, no hay suficientes centros de salud en zonas periféricas y rurales donde se encuentra la población más vulnerable y la adecuación de accesos a edificios adaptados para las personas con discapacidades es paupérrima. Además, es lamentable la situación de algunos hospitales y clínicas, debido a que no cuentan con el personal necesario (médicos generales y menos aún especialistas) para la atención de pacientes, medicamentos ni alojamiento de hospitalización<sup>38</sup>. De manera que hay una escasa oferta para suplir la demanda de servicios de salud a todos los ciudadanos.

Respecto a la accesibilidad económica, la Constitución Política establece que “se garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Sin embargo, parece una utopía el postulado de accesibilidad económica para los grupos más vulnerables, puesto que, pese al soporte del régimen subsidiado en salud y del Sisben para la prestación de servicios, las entidades prestadoras de salud siguen exigiendo pagos moderadores, los cuales, según los solicitantes, se salen siempre de su presupuesto. Esto conlleva en ocasiones a que

---

adecuadas.(Observación General N°14). UN. Committee on Economic, Social and cultural Rights, “General Comment 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health”, Un Doc. E/C. 12/2000/4, 2000, par 31 y 32.

<sup>38</sup>Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a la salud. [http://www.escr-net.org/resources/resources\\_show.htm?attribLang\\_id=13441&doc\\_id=427013](http://www.escr-net.org/resources/resources_show.htm?attribLang_id=13441&doc_id=427013)

deban decidir si destinan ese dinero al cubrimiento de necesidades básicas, como alimentación, vivienda y manutención, o si lo destinan los pagos exigidos por los entes prestadores de salud para su atención en salud.

Respecto al acceso a la información sobre problemas de la salud, debemos recordar que, más allá del deber del médico de informar al paciente sobre los peligros y consecuencias de la aplicación de cualquier procedimiento, tratamiento o medicamento, se extiende a la obligación por parte del Estado y de las instituciones prestadoras de servicios de salud de realizar campañas de promoción y prevención en salud de la comunidad.

A su vez, dentro de la accesibilidad también se encuentran otros elementos que hacen parte fundamental en la salud y del bienestar de la población, y que forman parte de las obligaciones estatales. Estos son: la disposición de agua limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas, suministro apropiado de alimentos y nutrición balanceada, vivienda digna, condiciones sanas de trabajo y medio ambiente, acceso a educación e información sobre cuestiones relacionadas con salud, entre otros (UN Committee on Economic, Social and cultural Rights, 2000).

La Corte Constitucional menciona que la accesibilidad del derecho a la salud es indispensable para toda la población. El diseño institucional para la prestación del servicio pretende establecer la forma en que los diversos grupos sociales pueden acceder a los servicios de salud<sup>39</sup>.

Así mismo, según la Corte, la accesibilidad al servicio debe ser entendida como las “acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social”<sup>40</sup>. Por lo tanto, la

---

<sup>39</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-1087 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>40</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-1158/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este fallo la Corte amparó el derecho fundamental a la salud de un menor discapacitado, a través de la orden a la entidad

accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, y es posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos en los cuales se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial<sup>41</sup>.

La Corte también ha precisado que, bajo el amparo del artículo 49 constitucional, es obligación del estado colombiano “garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. En este marco, la Corte ha hecho énfasis en que deben ser prestados en condiciones de calidad, eficacia y oportunidad<sup>42</sup>. No obstante, ha distinguido que este carácter no implica necesariamente que todos sus aspectos puedan ser protegidos mediante la acción de tutela<sup>43</sup>.

Mediante Sentencia T-760 de 2008 la Corte se pronunció manifestando que toda persona tiene el derecho constitucional de acceder a los servicios de salud, el cual puede ser protegido mediante tutela en el evento en que dichos servicios sean indispensables para conservar la salud, o cuando se encuentre comprometida la vida, la integridad personal o la dignidad<sup>44</sup>.

Así mismo la Corte puntualizó que el derecho constitucional de acceso a los

‘servicios que se requieran’, no depende de que los mismos estén incluidos o no en un plan de salud (ya sea POS o POS-S), o si la entidad responsable cuenta o no con los mecanismos para prestarlos directamente, ya que si el sistema de seguridad social no

---

promotora de salud para que dispusiera del servicio de ambulancia, a fin de efectuar los traslados del niño a sesiones de fisioterapia.

<sup>41</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-350/ de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>42</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>43</sup>Al respecto pueden consultarse las sentencias T-016 de 2007, T-200 de 2007, T- 233 de 2008, T-517 de 2008, T-548 de 2008, T-760 de 2008, T-120 de 2009, entre otras.

<sup>44</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”

garantiza los medios para otorgar un servicio necesario, ello constituye un obstáculo al acceso; y en tal medida se irrespeta y vulnera el derecho fundamental a la salud<sup>45</sup>.

Por lo tanto, se concluye que nuestro ordenamiento jurídico contempla que en todo momento y circunstancia todas las personas deben poder tener acceso físico, social y económico a servicios adecuados de prevención, atención y rehabilitación; disponibilidad de exámenes y medicamentos necesarios para el diagnóstico y el tratamiento y terapia adecuada. De igual manera, las posibilidades de acceso a una vivienda, un saneamiento adecuados y una alimentación suficiente y saludable. No obstante, en la realidad no se observa el cumplimiento pleno y efectivo de estos postulados por parte del estado colombiano.

Finalmente, se recuerda que el acceso a los servicios de salud tiene una estrecha relación con los principios de universalidad y equidad, mediante los cuales se busca la prestación a todos los habitantes sin discriminación alguna y la igual calidad de los servicios prestados para todos los beneficiarios. Por lo tanto a continuación abordaremos el principio de igualdad y equidad del derecho a la salud.

### **1.2.2 Igualdad**

La igualdad, como principio fundamental del derecho a la salud, ha sido descrita en los siguientes términos: “la igualdad se refiere a la no discriminación y otorga a todas las personas el mismo valor ante la ley. Esto da lugar a que todos tengan el derecho de acceder al sistema de salud y a gozar de los beneficios que ofrece ese sistema sin

---

<sup>45</sup>Sobre este aspecto, la Sentencia T-760 de 2008 señaló: “De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio”.

distinción de ningún tipo por razones de raza, sexo, color, condición socioeconómica o de otra índole.”<sup>46</sup>

Constitucionalmente, la igualdad es consagrada también como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>47</sup>, de manera que todas las personas tienen igualdad ante la ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Es deber del Estado el tratar a los individuos en forma tal que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos<sup>48</sup>.

El principio de igualdad supone un compromiso del Estado en el diseño y ejecución de políticas destinadas a la superación de las barreras existentes para algunas personas que por vulnerabilidad no logran realmente integrarse en la vida social o son discriminadas directa o indirectamente en el ejercicio y goce de derechos<sup>49</sup>.

La igualdad hace alusión a prácticas y servicios no discriminatorios, en el sentido de que todos deben tener el derecho de acceder al sistema de salud y a gozar de sus beneficios, sin distinción alguna. Sin embargo, esta igualdad no significa asegurar, de manera uniforme, lo mismo para todos, sino garantizar que haya oportunidades similares para aquellos sectores que encuentran mayores obstáculos para la satisfacción del derecho a la salud, particularmente para los sectores más vulnerables. Implica la distribución de recursos presupuestarios, técnicos y humanos con base en las necesidades individuales y colectivas.<sup>50</sup>

Colombia, debido a que es un Estado en vías de desarrollo, debe garantizar la igualdad y la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de la mayor parte de

---

<sup>46</sup>Comisión de derechos humanos del distrito federal. Cartilla Salud para todas, para todos. <http://portaldic10.cdhdh.org.mx/index.php?id=publusalud04>

<sup>47</sup>Constitución Política De Colombia. Artículo 13.

<sup>48</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-106 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>49</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-140 de 2009. M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>50</sup>Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales Observación general N° 14 (2000)

la población, en lugar de suplir servicios curativos costosos que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción.<sup>51</sup>

El Estado está obligado a satisfacer únicamente las necesidades médico-asistenciales de la población, cumpliendo con las condiciones de prestación obligatorias<sup>52</sup> para todos los afiliados mediante los Planes Obligatorios en Salud POS y POS-S, con el fin de dar prevalencia al cubrimiento de las necesidades básicas de la población. Sin embargo, existen exclusiones y la prestación de algunos servicios de salud está sometida al cumplimiento de requisitos.<sup>53</sup>

Al respecto, los logros en relación al cubrimiento básico de servicios de salud a la población siguen siendo desalentadores, según los datos proporcionados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el año 2008 no se había logrado el cubrimiento universal en salud a la población colombiana propuesto en el artículo 157 de la ley 100 de 1993. Se fijaba como meta de cumplimiento un 100% de cubrimiento en salud para el año 2000, pero en el año 2008 faltaba un 13.8% de la población por afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud (DANE, 2009). Esta situación es preocupante porque el 51,1% de la población pertenece al régimen subsidiado y el 48,5% al régimen contributivo; esto hace cada vez más ardua de la tarea de unificar de manera gradual y sostenible los beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado, tal como está planteado en la ley 100 de 1993 y reiterado mediante orden de la Corte Constitucional 15 años después<sup>54</sup>.

No obstante, en cumplimiento del principio de igualdad en condiciones, el Estado tiene que contar con mecanismos excepcionales destinados a atender integralmente a quienes no pueden acceder a servicios complementarios de salud. De tal forma, en los

---

<sup>51</sup>Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales Observación general N° 14 (2000)

<sup>52</sup>Corte Constitucional. Sentencia 1016 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>53</sup>Corte Constitucional. Sentencia 276 de 2003 M.P Jaime Córdoba Triviño. Cumplimiento de requisitos tales como cobro de pagos conjuntos, de cuotas moderadoras o del cumplimiento de un mínimo de semanas de cotización, siempre y cuando tengan como base criterios de razonabilidad y proporcionalidad que no impidan por sí mismas el acceso efectivo de las personas al servicio de atención en salud.

<sup>54</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

casos en los cuales se encuentran en peligro derechos fundamentales como la vida, la salud, y la integridad y la dignidad de las personas, la Corte Constitucional ha dispuesto una línea de jurisprudencia de inaplicación de las disposiciones de carácter reglamentario que excluye el tratamiento o medicamento requerido para evitar así la vulneración de derechos superiores<sup>55</sup>. Desafortunadamente, estas estructuradas líneas están siendo rebatidas por el gobierno nacional ante la crisis económica del sistema de salud. Se escuchan propuestas tales como limitar el POS y no conceder tratamientos y medicamentos que se encuentren fuera de este; así se blindan contra las tesis jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional. Además, estos proyectos excluyen tratamientos, procedimientos y medicamentos los cuales pasan a ser costeados únicamente por el paciente.

Respecto a este punto, disentimos con el sentir del gobierno ya que se incumple con la premisa de sostenibilidad económica del sistema de salud. Además, según los hechos expuestos en el año 2011, la crisis financiera del sistema de salud no se debe al cubrimiento de tratamientos, procedimientos y medicamentos de alto costo de los ciudadanos, sino que son consecuencia clara de la falta de vigilancia y control de los entes prestadores de servicios de salud y a la corrupción de funcionarios públicos deshonestos.

Queda claro que la igualdad busca que existan oportunidades similares de acceso a los servicios de salud para todos, y más aún para aquellos sectores que encuentran mayores obstáculos para la satisfacción del derecho a la salud: los sectores más vulnerables. Sin embargo, no significa un igual tratamiento, por el contrario, según las condiciones particulares de cada persona se debe proporcionar un trato distinto. Para explicar de mejor forma este planteamiento nos remitimos al principio de la equidad en la prestación de servicios de salud la cual se desarrolla a continuación.

---

<sup>55</sup>Corte Constitucional. Sentencia SU-480/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-691/98 Antonio Barrera Carbonell.

### 1.2.3 Equidad

La Equidad, como principio básico del derecho a la salud, se fundamenta en las consideraciones que realiza el Estado acerca de situaciones particulares de cada individuo para proveer una mejor distribución de recursos financieros, técnicos y humanos basadas en las necesidades y circunstancias de cada persona (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal).

La equidad, como elemento esencial del derecho a la salud, se ha asociado con la accesibilidad económica por parte de todas las personas que necesitan servicios médicos asistenciales. En tal sentido, la observación número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, señala que:

Los pagos por servicios de atención de la salud (...) deberán basarse en el principio de la equidad”, con el fin de que estén al alcance de todos, especialmente de los grupos vulnerables. Adicionalmente señala que: “La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos<sup>56</sup>

Sin embargo, el principio de equidad no se limita a garantizar el derecho a la salud de las personas con menos recursos o en estado de vulnerabilidad, sino que también incluye los casos de las personas con capacidad financiera que se ven obligados a acudir al amparo constitucional de tutela invocando la protección de derechos fundamentales para lograr la atención o prestación de un servicio de salud gratuito.

La Corte Constitucional ha resaltado que para preservar el principio de equidad en salud es necesario verificar los siguientes presupuestos antes de conceder prestaciones médicas: (i) la obligación de suministrar la prestación por parte de la entidad del sistema, (ii) que la entidad del sistema esté obligada constitucionalmente,

---

<sup>56</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-666 de 2004.M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

(iii) la comprobación de que el afiliado no pueda asumir el respectivo costo<sup>57</sup>. De tal forma, si las respuestas a los anteriores presupuestos son negativas dice la Corte que resulta irrazonable conceder prestaciones médicas por medio del amparo constitucional en amparo del principio de equidad en salud.

Desde nuestro punto de vista, la equidad en salud en Colombia es una meta difícil de lograr, más aún cuando coexisten dos planes de salud, uno para los ricos y otro para los pobres. Con preocupación observamos que, desde la aprobación de la ley 100 de 1993, el régimen subsidiado se ha incrementado en más de diez millones de personas, mientras que en el régimen contributivo el crecimiento ha ido menguado (Periódico El Espectador, 2009). Esta situación revela un sistema de salud frágil, que no se puede financiar por sí mismo y que requiere apoyo estatal. Sin embargo, el Estado ha manifestado que no puede brindar la sostenibilidad que el sistema requiere para su funcionamiento.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, recalcó la búsqueda de equidad en planes de beneficios. Ordenó al Estado, y específicamente a las entidades encargadas, corregir la situación de diferenciación de los POS de los regímenes contributivo y subsidiado. Fijó el primero de octubre del 2009 como fecha límite para que se unificaran los contenidos. No obstante hasta mediados del año 2011 no se ha cumplido con la meta de unificación de contenidos del POS.

En consecuencia del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo y de las demás disposiciones de la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, el Gobierno Nacional expidió el Decreto – Ley 4975 de 23 de diciembre de 2009, por medio del cual se declaró Estado de Emergencia Social para enfrentar la crisis de sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El texto indica que a la fecha el sistema se encuentra en críticas circunstancias, pero que en cumplimiento de la sentencia “se requiere crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud

---

<sup>57</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-666 de 2004.M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

en los regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo”.

En los meses posteriores a la promulgación del Decreto Ley de Emergencia Social, el Gobierno expidió en su desarrollo el decreto 4976 de 2009 y los decretos 073, 074, 075, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135 de 2010. Se realizaron múltiples reformas con el fin de buscar recursos conducentes a subsanar déficits del sector salud, para lo cual redefinen los servicios POS y no POS. Se prioriza la atención de baja complejidad y se contemplan métodos de financiación de las “prestaciones excepcionales de salud” -antes no POS- por parte de los afiliados que las requieran. Así se generaron nuevas barreras e impedimentos a la población para el acceso a los servicios de salud.

La Corte Constitucional, en proceso de revisión de la constitucionalidad del decreto 4975 de 2009, declaró su inexecutable mediante la sentencia C- 252 de 2010, en consideración a que los hechos en los cuales se fundamentó la emergencia en salud pudieron haber sido remediados con anterioridad y a través de mecanismos ordinarios.

Como resultado, los demás decretos surgidos de la declaración de Estado de Emergencia Social fueron igualmente declarados inexecutable por haber sido declarado inexecutable el decreto 4975 de 2009.

De tal forma, en principio del año 2011, el Congreso de la República expidió la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Mediante esta ley se busca la universalización de la prestación de servicios de salud para todos los residentes del país, pero principalmente se revisa la forma de financiación del sistema de salud.

Hasta la fecha, el avance en equidad respecto a los temas relacionados con el acceso a los servicios de salud de los usuarios permanece en una zona de penumbra. Podemos preguntarnos ¿cuándo se prestarán servicios de salud de forma equitativa

para todos los colombianos sin que interfiera la capacidad adquisitiva de los afiliados y cómo el gobierno enfrentará este reto a corto, mediano y largo plazo? Pues es necesario mencionar que si bien es importante la financiación del sector salud, es aún más importante garantizar el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos colombianos.

#### 1.2.4 Gratuidad

Así mismo, dentro del derecho fundamental a la salud se contempla el principio de gratuidad. Se considera que “el Estado tiene la obligación de garantizar la salud a toda la población, especialmente a aquellos sectores más vulnerables y a los que carecen del acceso a sistemas de seguridad social o recursos. La gratuidad se relaciona de manera directa con la accesibilidad, ya que “está demostrado que los cobros a los usuarios determina una disminución de los servicios sanitarios” (PNUD, 1991).

La violación del derecho al acceso a los servicios de salud sin discriminación, implica en ocasiones la muerte del paciente<sup>58</sup>. Cuando los servicios están sometidos al pago de cuotas de recuperación y la persona no puede asumir el costo, es obligación del ente territorial respectivo garantizar el acceso al servicio requerido y debe asumir su valor total. En tales casos, la Corte Constitucional ha resuelto inaplicar las disposiciones de carácter reglamentario, en las cuales se funda el cobro de las cuotas de recuperación (nombre de algunos pagos moderadores en el régimen subsidiado)<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup>Antes de que la Corte Constitucional dictara la sentencia T-062 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), la accionante, doña Onoralba Rico de Quirama, quien padecía de cáncer, murió a sus 67 años esperando la cirugía que requería para que se le extrajera un tumor en la cabeza. La Corte consideró que la EPS a la que estaba afiliada –Famisanar- violó sus derechos a la salud y la vida al haber condicionado el acceso al servicio. Tenía una precaria situación económica y le exigían el pago del 31% del costo de la cirugía, debido a que la paciente no había cumplido aún las semanas de cotización exigidas por la regulación.

<sup>59</sup>Por ejemplo, en la sentencia antes citada, la T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), se revolvió inaplicar disposiciones de carácter reglamentario (el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995) sobre cuotas de recuperación y se ordenó al ente territorial correspondiente (la Secretaría de Salud Pública de Manizales) que cubriera el 100% del costo de los copagos que debe.

El Distrito Capital promulgó el Decreto 345 de 2008 por el cual se implementó el proyecto “Gratuidad en salud”, del cual son beneficiarios los niños menores de cinco años, las personas mayores de sesenta y cinco años y las personas en condición de discapacidad severa con nivel 1 y 2 del SISBEN. No obstante, en el resto del país se siguen cobrando copagos y cuotas de recuperación tanto a personas vulnerables como al resto de la población.

### **1.2.5 Aceptabilidad**

La aceptabilidad hace referencia a la posibilidad que tiene cada persona de elegir la forma como maneja su propia salud, haciendo énfasis en el respeto por el paciente y el reconocimiento de la diversidad. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “la aceptabilidad implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica, la cultura de las personas, las minorías, los pueblos, las comunidades y la confidencialidad”(Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno,2005).

Quiere decir que el paciente tiene el derecho a recibir información simple, inteligible, veraz, prudente y oportuna sobre su estado de salud, de manera que posea plena autonomía para decidir sobre su cuerpo y sobre su estado. Debe ser capaz de autodeterminarse y así mismo tomar la decisión de consentir o no un determinado tratamiento o procedimiento propuesto por el tratante para la solución o mejora de su estado de salud (Castaño, 1997, p.193).

De igual forma, dentro del ejercicio de la relación médica, el manejo de la información es una cuestión de gran importancia. El médico es responsable frente a la sociedad en la práctica de su profesión, protección a la vida, deber de lealtad hacia su paciente entendido como secreto profesional.

### **1.2.6 Calidad**

Respecto a la calidad como elemento esencial del derecho a la salud se ha sostenido que su infraestructura debe ser científica y médicamente apropiada; debe contar con todos los equipos y el personal necesario, además de agua potable y condiciones sanitarias adecuadas (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La calidad, como base fundamental del derecho a la salud, hace referencia a las condiciones que deben reunir los establecimientos, el personal que en él labora, los bienes y los servicios. Estos deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico. La Ley 100 de 1993, en su artículo 153 numeral 9, establece que la calidad debe ser una de las reglas del servicio público de salud, así que: “el sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesionales”.

Adicionalmente, en la prestación de los servicios de salud se debe cumplir con requisitos básicos de acceso, oportunidad, seguridad y racionalidad técnica, además de elementos como la idoneidad y la competencia profesional, disponibilidad de recursos, eficacia, eficiencia y atención humanizada para así lograr la satisfacción del usuario (Torres, 2009, p.38).

Para garantizar la prestación de los servicios de salud con calidad debe haber control y vigilancia por parte de los entes de regulación. Estos mecanismos permiten efectuar un control y una evaluación de los servicios que son dados por las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud (Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno, 2005, p.13).

La calidad en la prestación de servicios está determinada por el grado de satisfacción del paciente, siendo necesaria en el sector salud la preparación en calidad humana del personal médico y administrativo de las instituciones.

El Estado es responsable de garantizar la calidad en la prestación de servicios de salud a través de la supervisión del servicio, exigiendo la medición del desempeño del personal médico y administrativo (González, 2007, p.15).

Así mismo, es necesario incentivar un sistema fuerte que garantice la calidad en la prestación de los servicios de salud mediante la inspección, vigilancia y control mediante auditorias de acreditación y aplicación de sanciones en caso de incumplimiento<sup>60</sup>.

Conociendo los anteriores elementos esenciales que componen el derecho fundamental a la salud, es importante realizar el ejercicio de verificar si son cumplidos a cabalidad por el Estado colombiano, y sí realmente en este país se prestan servicios de salud que satisfagan las expectativas mínimas de sus solicitantes, sin embargo antes de realizar esta comprobación es imperante el conocer los deberes, responsabilidades y obligaciones a cargo del Estado y de sus entidades encargadas para la correcta prestación de los servicios de salud, por lo tanto en el siguiente numeral del presente escrito estudiaremos este tema.

### **1.3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD**

Dentro de los fines esenciales del Estado enunciados en el artículo segundo de nuestra Carta Política se encuentra el de servir a la comunidad, promover la

---

<sup>60</sup>Ministerio de la Protección Social. Decreto 1011 de 2006. Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y Ley 1122 de 2007.

prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Responsabilidad es la obligación, que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar los perjuicios causados. De manera que la responsabilidad jurídica es aquella que proviene de un hecho o una omisión que causa detrimento a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social (Martínez, 1988, p.11).

En virtud del artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En otras palabras, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un perjuicio que la persona no está en el deber legal de soportar. Por lo tanto, el Estado es responsable de las actuaciones que realizan sus agentes, ya sean personas naturales o jurídicas

Las personas naturales pueden ser o no profesionales de la salud actuando como servidores públicos y las personas jurídicas pueden ser instituciones de salud tanto administradoras-aseguradoras como las prestadoras de los servicios de salud; de manera que tanto personas naturales como jurídicas se ven enfrentadas por diferentes motivos a procesos sancionatorios (y en algunos casos a procesos indemnizatorios patrimonialmente por parte del Estado cuando la persona jurídica es de naturaleza pública.) por parte de órganos de vigilancia, inspección y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por el incumplimiento de los estándares necesarios en materia de habilitación dentro del sistema obligatorio para la garantía de la calidad de la atención (Castaño, 2008, p.105).

Se observa entonces que no importa si el actuar de la administración fue legal o no para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de la administración<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C.: 2006.

Respecto a la responsabilidad estatal en la atención de la salud, la investigadora Ana Isabel Gómez Córdoba señala:

El Estado, representado en los entes que emiten políticas reguladoras y en aquellos que ejercen funciones de inspección y vigilancia tiene una responsabilidad respecto al control preventivo, concurrente y ex ante que garantice el cumplimiento de las funciones establecidas por el sistema a los aseguradores [responsables por velar por la salud de los ciudadanos y garantizar que se cuente con una buena red de atención], a los prestadores y a los pacientes, así como el cumplimiento de los estándares de calidad mínima (habilitación de servicios)<sup>62</sup> y al seguimiento de los eventos adversos que afectan la salud de las personas(Gómez, 2008, p.78).

Respecto de la responsabilidad jurídica aplicable a las instituciones de salud, Castaño (2008, p.104) sostiene que normalmente se confunden los diversos tipos de responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse al campo de prestación de servicios médico-sanitarios; es decir, la responsabilidad disciplinaria, penal, civil o aquella por parte del Estado. En este apartado nos centraremos en la responsabilidad del Estado en campos tales como los elementos de la responsabilidad estatal: falla en el servicio, falla presunta en el servicio y daño antijurídico. A su vez trataremos los deberes del Estado tales como el deber de regulación y el deber de inspección control y vigilancia de los prestadores de servicios de salud.

### **1.3.1 Falla en el servicio**

Este concepto se ha entendido tradicionalmente como la falta anónima, orgánica y funcional de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio (Serrano, 2000, p.59).

---

<sup>62</sup>Decreto 1011 de 2006, Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y anexos reglamentarios.

La falta en el servicio tiene lugar cuando el administrado sufre un perjuicio sin que tenga la obligación legal de soportar dicha actividad ilegítima ni sus consecuencias dañosas. En este sentido, Benoit (Cassagne, 2009) ha señalado que la falta de servicio se determina de acuerdo con las leyes y reglamentos para tal funcionamiento.

La responsabilidad en la falla del servicio surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

En el tema en cuestión es prioritario determinar hasta qué punto el Estado y sus órganos se encuentran obligados a responder por los daños que ocasiona la omisión de las entidades prestadoras de servicios de salud y demás entes de regulación y vigilancia para adoptar las medidas que impidan la generación de perjuicios en la vida o patrimonio de los particulares, en especial cuando el Estado no adopta decisiones de naturaleza preventiva o de vigilancia susceptibles de evitar la configuración de un hecho dañoso, caso en el cual se configura de forma clara una falla en el servicio por omisión del Estado.

En este caso se puede determinar la existencia de falla en el servicio por omisión estatal cuando el Estado o sus entidades incumplen una obligación legal expresa o implícita (entre las cuales recordamos y retomamos las proferidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T 760 de 2008).

Para algunos autores, en la falta de servicio se excluye el elemento de culpa como factor de atribución de la responsabilidad. De tal forma, la falla del servicio se podría entender como una responsabilidad objetiva (Cassagne, 2009, p.479). Sin embargo, otra parte de la doctrina (Rodríguez, 2011, p.520) ha expresado que la responsabilidad

por culpa, falta o falla en el servicio, en todo caso, no es una responsabilidad objetiva sino una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva.

Si bien no se trata de la culpa subjetiva tradicional, tampoco se trata de una responsabilidad objetiva, puesto que, si así lo fuera, las personas públicas deberían responder por todos los daños que causaran en su actividad así estos fueran lícitos y normales (Rodríguez, 2011, p.520).

De tal forma, la responsabilidad por falla presunta del servicio ha sido tratada por la doctrina (Rodríguez, 2011, p.523) como un caso especial de responsabilidad administrativa sin que se presentara el concepto de culpa, es decir, como expresiones de responsabilidad objetiva.

Respecto a la carga de responsabilidad por falla presunta del servicio, el Consejo de Estado ha determinado que el actor solo debe acreditar que ha sufrido un daño indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de manera prudente y diligente, y que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad<sup>63</sup>.

De tal forma si la Administración demuestra la ausencia de falla del servicio, se exonera de responsabilidad al romper la presunción de su responsabilidad. En este caso la carga probatoria le corresponde a la entidad demandada a fin de demostrar su ausencia de responsabilidad al juez.

Esta clase de responsabilidad aplica a actividades tales como la prestación de servicios médicos, la cual si bien “en sí no puede calificarse como una actividad

---

<sup>63</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C., 20 de febrero de 1989. Expediente 4655.

peligrosa, sí puede presentar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”<sup>64</sup>.

Ahora, la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes. Esto ocurre cuando tales fallas constituyen en sí mismas la vulneración de los elementos esenciales del derecho a la salud, o de otros derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio, la dignidad, o la autonomía y libertad para disponer del propio cuerpo.

De manera reciente, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35.656, consideró que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud; es decir, la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo<sup>65</sup>.

De igual manera, en otra oportunidad consideró la Sala que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, o cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente.

---

<sup>64</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente 6754.

<sup>65</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 28 de abril de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01040-01(17725). Ver También: Sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 35.656.

En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, cuando sencillamente la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales<sup>66</sup>.

No obstante, existen críticas respecto a los fallos del Consejo de Estado en los cuales se ha aplicado la teoría de la presunción de falla del servicio médico u hospitalario, debido a que en la práctica es casi imposible para el Estado desvirtuar la presunción de falla del servicio médico. La desaprobación a la presunción de la falla surge porque en estos casos se invirtió la carga probatoria. Por lo tanto, el demandado debe demostrar su diligencia y cuidado. Sin embargo, señala el profesor Javier Tamayo que “después de cinco años de aplicar la doctrina de la presunción, los fallos del Consejo de Estado, casi a todos condenatorios, se fundamentan, en buena parte, en que la prueba de la falla fue aportada por el demandante”(Tamayo, 1997, p.159).

Nótese de lo anterior que existe una contradicción evidente entre la presunción de la falla en el servicio médico y la carga probatoria a cuenta del Estado; de manera que debe primar el derecho de defensa antes que la presunción de culpa.

### **1.3.2 Daño antijurídico**

La teoría de la culpa o falla en el servicio se relaciona con la noción de culpa objetiva o anónima. Tal como señala la doctrina con fundamento en la teoría del servicio

---

<sup>66</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01040-01(17725).

público, la falta puede definirse como un incumplimiento a las leyes del servicio (Saavedra, 2005, p.370).

No importa si el actuar de la Administración fue legal o no para efectos de determinar la responsabilidad del Estado, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado.

De tal forma, cuando la administración ha inferido un daño, la víctima únicamente tendrá que demostrar la antijuridicidad del mismo, es decir, que no estaba jurídicamente obligada a soportarlo, y que este le es jurídicamente imputable al Estado como consecuencia de una conducta activa u omisiva de uno de sus agentes, sin que sea necesario la calificación de aquella como ilícita.

Así, se desvincula la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles. La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial.

En la Constitución no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo: “un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligado por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés garantizado por la norma jurídica” (Cuétara, 1983, p.554).

El evento adverso ha sido entendido como aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud -entendidos en sentido genérico- desde diversas esferas u órbitas legales. Esto presupone un juicioso y estricto análisis de imputación fáctica, especialmente la ocurrencia o no de una causa extraña, como quiera que la mayoría de esos daños tengan su génesis en circunstancias que, por lo general,

resultan previsibles y resistibles para las instituciones de salud, en cuyo caso se impondrá la declaratoria de responsabilidad de la administración sanitaria y hospitalaria<sup>67</sup>.

En relación con la concepción antijurídica del daño, Adriano de Cupis, sostiene:

En cuanto al hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia...Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno...El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él<sup>68</sup>.

Al respecto ha sido criterio del Consejo de Estado

que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.

En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización -o de cierto- con lo cual

---

<sup>67</sup>Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009). Radicación número: 76001-23-24-000-1995-00079-01(17733). Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>

<sup>68</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: María Helena Giraldo Gómez. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04420-01(15088).

surge entonces la posibilidad de derecho a la indemnización, pero jamás puede recibir las dos calificaciones.<sup>69</sup>

no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial (Cuétara, 1983, p.554).

Pero no basta que el daño sea antijurídico sino que debe ser imputable al Estado. En efecto, para imponerle al Estado la obligación de indemnizar un daño, se debe constatar la antijuricidad del mismo y elaborar un juicio de imputabilidad que permita encontrar un “título jurídico” distinto de la simple causalidad material. Es decir, debe haber una *imputatio iuris* además de la *imputatio facti*. Solo cuando se dan estos dos elementos, el daño antijurídico y el título de imputación, se está obligado a indemnizar<sup>70</sup>.

La sentencia C 285 de 2002 señala que el artículo 90 constitucional suministró un nuevo panorama de responsabilidad del Estado, porque en primer lugar reguló expresamente el tema y en segundo lugar amplió el ámbito de responsabilidad estatal. Por lo tanto, pasó a ser un daño antijurídico y desbordó el límite de la falla del servicio. Es decir que el punto de partida para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado ya no es la irregular actuación estatal, sino el daño antijurídico que el particular no está obligado a soportar (Manrique, 2009).

La antijuridicidad puede ser subjetiva u objetiva. La primera se define como la contradicción que existe entre un comportamiento y una norma jurídica expresa.

---

<sup>69</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11614.

<sup>70</sup>Corte Constitucional. Sentencia C 333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Cuando el comportamiento es contrario a la norma se habla de antijurídica subjetiva y el daño que se produce recibe idéntica denominación. La segunda ya no se relaciona con la forma como sucede el hecho y se produce el daño sino con la obligación legal que tenga la persona que sufre el detrimento patrimonial (Bustamante, 1998, p.222).

De acuerdo con la jurisprudencia contenida en los principales fallos dictados en la primera etapa de su aplicación, pueden anotarse como características esenciales de este concepto, las siguientes<sup>71</sup>:

1. El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.

2. A pesar de que al inicio de su aplicación se afirmó que la responsabilidad por daño antijurídico es de carácter objetivo, se ha consolidado la idea de que el daño antijurídico puede ser el efecto tanto de una causa ilícita, como también de una causa lícita, por lo cual comprende, en principio, los regímenes ya reconocidos de responsabilidad subjetiva y objetiva. Por lo mismo se ha dicho, igualmente que la responsabilidad por daño antijurídico engloba los diferentes regímenes que la jurisprudencia ha venido construyendo en materia de responsabilidad del estado, entre ellos, como es obvio la responsabilidad por culpa o falla en el servicio, que es el más tradicional de todos, así como el de responsabilidad por daño especial u por riesgo, entre otros.

3. Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría.

4. Desde el punto de vista de nuestro derecho interno actual, esta concepción de responsabilidad no solo encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución, sino que ella armoniza con los principios de solidaridad, consagrado por el artículo

---

<sup>71</sup>Consejo de Estado. Sentencia 22 de noviembre 1991, S 3ª, exp 6784; C.E., sent. 9 abril 1992, S 3ª, exp 6805; C.E., sent.26 de noviembre 1992, S 3ª, exp 7130; C.E., sent.21de octubre 1999, S 3ª, exp 10948 - 11643; C.E., sent.11 de noviembre 1999, S 3ª, exp 11499; C.E., sent.3 de febrero 2000, S 3ª, exp 14787; C.E., sent.2 de marzo 2000, S 3ª, exp 11945; C.E., sent.30 de noviembre 2000, S 3ª, exp 11955; C.E., sent.28 de agosto 2003, S 3ª, exp 14120 y Corte Const., sents.C-333 de 1996, C-430 de 2000, C-892 de 2001, C-043 de 2004 y C-338 de 2006.

primero de la carta política; de protección por las autoridades de la república de la vida, honra y bienes de todas las personas, establecido en el artículo segundo; de igualdad, garantizado en el artículo 13, y de garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo de las leyes civiles, consagrado en los artículos 58 y 83 de la misma carta política.

5. Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

6. La imputabilidad del daño al Estado implica que debe existir un título jurídico que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, de tal manera que dicha imputabilidad está ligada pero no se confunde con la causación material (Rodríguez, 2011, p.221).

Se considera que para que una persona pública sea responsable se requiere que su actuación haya producido un daño pero que además dicho daño reúna las siguientes características:

a. Que sea cierto o real, es decir, que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, como son los daños presentes y los futuros reales, puesto que se excluyen, en consecuencia los daños futuros eventuales.

b. Que sea especial, es decir, que sea particular a la persona o personas que solicitan la reparación y no a la generalidad de miembros de una colectividad.

c. Que sea anormal, esto es, que debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.

d. Que se refiera a una situación jurídicamente protegida, pues es lógico que quien se encuentra en una situación ilegal debe correr los riesgos que ella produce (Rodríguez, 2011, p.507).

La importancia de este concepto se traduce, como lo ha expresado la jurisprudencia, en que “el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuera antijurídico”, lo cual también ha permitido afirmar a la jurisprudencia que los únicos elementos indispensables para la declaración de la

responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a una persona jurídica de derecho público (Rodríguez, 2011, p.507).

En sentencia del 27 de marzo de 1980 el Consejo de Estado (sala 4ª, ref. 2249) se afirmó lo siguiente:

Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que esta venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de causa a efecto, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

Para centrar la definición de daño antijurídico Javier Tamayo ha afirmado que este es “aquel que el Estado, en ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable” (Tamayo, 1997, p.32). Por ejemplo, Tamayo nombra menciona a “los ciudadanos no tienen la obligación de ser secuestrados; tampoco tienen la obligación de soportar la pobreza derivada del encarcelamiento de quien les derivaba el sustento económico; ni tienen la obligación de soportar los daños derivados del exterminio de la actividad agrícola como consecuencia de las acciones de la guerrilla” (1997,32).

El daño antijurídico es aquel que solo existe cuando hay una falla del servicio (Tamayo, 1997, p.45), este punto fue ratificado por el Consejo de Estado en fallo de 3 de abril de 1997, en el cual afirma que tratándose de responsabilidad del Estado por los servicios de salud, “la falla del servicio es la que convierte en antijurídico el daño”.

### **1.3.3 Control y vigilancia e inspección de los prestadores del servicio de salud**

En primer lugar, es necesario saber cuáles son los deberes que deben cumplir los prestadores de servicios de salud. Al respecto se dice que los prestadores de salud representados en las instituciones prestadoras de los servicios de salud y los profesionales de la salud tienen el deber de implementar y gestionar los procesos de atención desde la perspectiva de la calidad, de manera que los servicios de salud ofertados cumplan con los criterios de accesibilidad, oportunidad, pertinencia, continuidad, y seguridad (, 2008, p.95).

Entonces, las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto públicas como privadas, están en la obligación de cumplir con los citados deberes que imponen la constitución y la ley. De modo que, teniendo en cuenta estos deberes, los organismos de vigilancia y control en el área de la salud ejercen su especial observación, que busca en último término garantizar la calidad en la prestación de los servicios de salud a los ciudadanos.

La labor de vigilancia es el conjunto de acciones encaminadas a velar por el adecuado desarrollo del sistema, conforme a la Constitución Política, a las leyes y demás disposiciones o normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expide el Gobierno Nacional y los organismos de control y vigilancia. La inspección es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del desarrollo del sistema. Sirve para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y los recursos jurídicos, contables, administrativos y económicos de los entes sometidos a su vigilancia. Así, se busca verificar que los prestadores del servicio tiendan a mejorar la calidad de los servicios de salud con una atención oportuna, personalizada, humanizada e integral de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesionales.

Igualmente, Arbeláez plantea que los derechos del paciente se pueden proteger por vía de los derechos del consumidor en el orden que el administrado realiza el consumo necesario de los servicios de salud (Murcia, 2008, p.212). En nuestro país, la autoridad

competente para la función de supervisión y control en la prestación de los servicios de salud es la Superintendencia Nacional de Salud.

Entre las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de las instituciones prestadoras de salud en Colombia se encuentran el Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, las cuales tienen importantes funciones que se verán a continuación:

**Ministerio de la Protección Social.** El Ministerio tiene como misión orientar el Sistema de Protección Social y el Sistema de Seguridad Social hacia su integración y consolidación, mediante la aplicación de los principios básicos de universalidad, solidaridad, calidad, eficiencia y equidad, con el objeto de tener un manejo integral del riesgo y brindar asistencia social a la población colombiana (Resolución 3133 del 14 de septiembre de 2005).

En el campo de la regulación, el Ministerio de la Protección Social es la entidad que fija las políticas que propenden por el ingreso de las personas a la previsión social y a las redes de protección social para poder cumplir con su función de protección, en especial a los hogares más vulnerables (Resolución 3133 del 14 de septiembre de 2005). Sus acciones se rigen por los principios de universalidad, solidaridad, integridad, unidad y participación.

Sin embargo, la Resolución 3099 de 2008, la cual no se ajusta a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 760 de 2008, respecto a la garantía de acceso a los servicios en salud, genera negaciones que, en la mayoría de los casos, se convierten en tutelas.

**Comisión de Regulación en Salud.** La función reguladora del antiguo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que hoy en día está en manos de la Comisión de Regulación en Salud, completa el conjunto de organismos reguladores. Se encarga

de funciones más técnicas y específicas: definen normas y realizan vigilancia y control sobre las mismas.

La principal función de esta Comisión es regular los parámetros técnicos del sistema: establecer el monto de la prima de seguros del sistema Unidad de Pago por Capitación (UPC), el valor de las cuotas moderadoras y copagos, el contenido de los planes de beneficios (POS) -incluyendo el listado de medicamentos-, así como recomendar los proyectos de ley o decretos reglamentarios que sean necesarios.

El actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) seguirá funcionando, pero solo como instancia de consulta y con un carácter de asesor. La instancia de decisión será la CRES.

Con la creación de la CRES, por medio de la ley 1122 de 2007, se busca darle más estabilidad y calidad a la regulación del sector. Las decisiones se tomarán con un criterio técnico; ya no se adoptarán en un espacio de representación de intereses particulares donde las decisiones están mediadas por dichos intereses.

Actualmente, la Comisión de Regulación en Salud se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social y está integrada por: el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y cinco comisionados expertos designados por el Presidente de la República.

Dentro de los principales fines de la CRES se encuentra el 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 Contributivos y Subsidiado. No obstante, el reto impuesto es mayor, según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011. Se exigió a la CRES la actualización integral del Plan de Beneficios antes del primero de diciembre de 2011, debido a que el anterior era confuso, impreciso y con limitaciones, de manera que los usuarios tuvieron que acudir ante los estrados judiciales para demandar tutelas de su derecho a la salud y de acceso

a los servicios de salud (Pérez, 2009). Esto causó gran congestión judicial. Por esta razón, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-760 de 2008, ordenó a la CRES la “revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS)” cuya fecha límite fue el primero de diciembre de 2011.

La CRES se configuró entonces como la entidad encargada en realizar todos los pasos necesarios para la creación del marco regulatorio para el sistema general de seguridad social. Su objetivo es garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la actualización de los planes de beneficios y su progresiva unificación y sistemas de tarifas mínimas para los usuarios. Los avances logrados en estos puntos y los puntos pendientes se expondrán en el segundo capítulo del presente escrito.

**La Superintendencia Nacional de Salud.** Es un organismo adscrito al Ministerio de la Protección Social, aunque posee autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente. La superintendencia complementa la función de regulación representando el mecanismo de coacción (impone multas y sanciones) para efectivo cumplimiento de las normas expedidas por el Ministerio y la CRES. Su eje central es la transparencia de las relaciones establecidas entre las aseguradoras y los usuarios y entre las prestadoras de servicios y los usuarios. Protege y atiende al usuario y le asegura un estándar de calidad en la atención. Además, crea confianza, ya que realiza seguimientos a los procesos de generación, distribución y aplicación de los flujos financieros de acuerdo a los lineamientos establecidos centralmente (Restrepo & Rodríguez, 2005). De conformidad con lo señalado en el Decreto 1018 de 2007, la Superintendencia Nacional de salud tiene la facultad para ejercer inspección, vigilancia y control, entre otros, de quienes programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Los agentes que ejerzan cualquier función o actividad del Sector Salud o del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y las direcciones territoriales de salud en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

En los conflictos relacionados con la salud se debe identificar el órgano competente, en este caso es la Justicia Contencioso-Administrativa. Las consecuencias jurídicas de este tipo de justicia, tales como multas, pueden ser impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, al imputar la responsabilidad administrativa dentro el ámbito de su competencia.

De esta forma, solo resta reiterar a la Superintendencia Nacional de Salud que, en virtud de sus funciones de inspección, vigilancia y control, ejerza sus facultades jurisdiccionales y sancione de manera ejemplar a aquellas entidades que de manera reiterada vulneren el derecho a la salud, especialmente a las que nieguen contenidos del POS (Defensoría del Pueblo, 2010, p.89).

#### **1.3.4 Deber de regulación**

La regulación, según Mitnick, “desde una perspectiva de la economía institucional, puede verse como una institución formal, referida a una función pública que restringe las actividades de los agentes que participan en el mercado, de manera intencional y con el propósito fundamental de garantizar el bien común” (Restrepo & Rodríguez, 2005). Además, estos autores señalan que:

Vista así, la regulación se expresa principalmente en normas, como leyes, reglamentos, decretos o resoluciones, de modo que es de dominio público y obligatoria para todos los agentes, susceptible de ser vigilado su cumplimiento y establecer sanciones; además, con tales normas se busca corregir problemas específicos que impiden el desarrollo de los mercados o hacen que estos generen resultados no deseables desde una perspectiva social.

Manifiestan los autores que el estudio de la regulación puede ser abordado teniendo en cuenta dos elementos fundamentales que constituyen su naturaleza o le dan forma como función pública: por una parte, las instituciones o normas regulatorias al producto

de la función, es decir, conociendo la lógica y eficacia de dichas normas como solución a problemas, y por otra parte, la regulación también puede abordarse a partir de quienes ejercen la función, o sea, los organismos que proporcionan una estructura a las relaciones de los individuos y definen, ejecutan o vigilan las normas.

Así mismo, Castaño indica que “en la responsabilidad patrimonial del estado [resultante del artículo 90 de la Constitución Política] por prestación médico-asistencial normalmente no se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual, y cuando se hace se invoca la extracontractual” (2007, p.105).

La noción de regulación, se identifica con la actividad de intervención administrativa encaminada a garantizar el orden público o la seguridad de los ciudadanos, mediante instrumentos autoritarios o técnicas de policía, reglamentos, inspecciones autorizaciones y sanciones administrativas(Darnacullea, 2005, p.35).

En el ámbito del Derecho se ha venido utilizando el término principalmente con la actividad estatal de reglamentación; es decir, la producción de normas jurídicas o la ordenación de un sector mediante la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes, reglamentos, órdenes o actos administrativos. De esta manera, corresponde así a los órganos del poder estatal, tales como legislativo y ejecutivo, llevar a cabo esta función(Darnacullea, 2005, p.369).Se advierte que la regulación, además de incluir la actividad normativa, también tiene una estrecha relación con las actividades de control, supervisión y orientación.

Para el caso en cuestión, la regulación está encaminada a tutelar el derecho fundamental a la salud. A través de reglamentaciones concretas se determinan las directrices necesarias para el correcto y eficiente funcionamiento del sector salud. De modo que, las entidades prestadoras de servicios de salud, son quienes interactúan en última medida con el cliente final, es decir, el usuario de los servicios de salud.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el año 1990, manejó los asuntos de responsabilidad médica y hospitalaria bajo el esquema tradicional de la falla probada del servicio, pero en sentencia de 24 de octubre de 1990 cambió ese criterio; se resolvió el asunto concreto como falla de servicio. En la misma sentencia se habla de la carga probatoria de las partes, que hasta el momento correspondía a la parte interesada en la prueba. Sin embargo, el Consejo de Estado impuso la carga probatoria a la administración; de manera que debe demostrar que su conducta se ajustó a la obligación de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes.

De esta manera el administrado ya no debe demostrar la culpa de la administración; se invirtió la carga de la prueba por equidad y disminuyó la dificultad probatoria para el demandante<sup>72</sup>.

Por su parte, la prestación de los servicios de salud ha sido objeto de la intervención estatal de forma intensa y extensa (Murcia, 2008, p.205). La intervención y regulación en esta materia se ha manifestado principalmente en la exigencia de autorizaciones previas a los profesionales de la salud (tarjetas profesionales) y a las instituciones que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>73</sup> para poder desarrollar la actividad, y en la expedición de reglamentación técnica para la prestación de los servicios<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup>Gil Botero, Enrique. Responsabilidad Médica y hospitalaria en el derecho público Derecho Médico-Sanitario (I) Actualidad, tendencias y retos. María Patricia Castaño de Restrepo –Directora Académica. Universidad del Rosario: Bogotá, 2008. p.175-192 Cfr: Sentencia de noviembre 19 de 2005, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar C.; sentencia enero 30 de 2001 Magistrado Ponente José Fernando Gómez.; sentencia febrero 11 de 2003 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.; Sentencia mayo 18 de 2005 M.P. Jaime Alberto Arrubla; Sentencia septiembre 11 de 2002 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.; Sentencia octubre 18 de 2005 M.P. Pedro Octavio Munar C.; Sentencia enero 30 de 2001 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>73</sup>Cfr: artículos 173, 185 de la ley 100 de 1993; artículos 3, 7 del decreto 1152 de 1999; artículos 42,56 de la Ley 715 de 2001; Título III, capítulo 1 del decreto 2309 de 2002, sustituido por el Decreto 1011 de 2006; y las resoluciones 1439 de 2002, 486 y 1894 de 2003 del Ministerio de la Protección Social. Citado por Murcia Páez, Mónica. Op Cit., p.206.

<sup>74</sup>Ver entre otras: “Fichas de requisitos esenciales para la prestación de los servicios de salud” en la Resolución 238 de 1999; la Resolución 4445 de 1996 sobre construcción de IPS y el decreto 2240 de 1996 sobre condiciones sanitarias Citado por Murcia Páez, Mónica. Op Cit., p.206

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **2. PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL DERECHO A LA SALUD**

En la actualidad, la población colombiana no cuenta con protección ni garantías reales al derecho a la salud, prueba de ello son los innumerables reclamos por parte de los usuarios del sistema de salud ante la rama jurisdiccional. Esta situación ha desatado un numeroso volumen de fallos sobre la protección al derecho a la salud. Estos hechos evidencian la grave problemática por la que atraviesan la mayoría de usuarios de servicios médicos. Por lo tanto, elementos de protección constitucional como la tutela, se han convertido en un requisito imprescindible para la solicitud de procedimientos, terapias, cirugías y medicamentos. En medio de las dolencias, muchas personas tienen que menoscabar en el derecho fundamental para poder obtener el reconocimiento a la atención sanitaria que ostenta como ciudadano. Como afirma Vélez (2005), es cuestionable la efectividad del derecho a la salud y la prestación del servicio bajo parámetros de calidad, protección integral y obligatoriedad (Vélez, 2005).

La tutela, consagrada como mecanismo de protección al derecho fundamental de la salud, se ha convertido en un instrumento con doble finalidad. Por un lado, es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales cuando se afecta o lesiona el derecho a la vida. Segundo, es un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios básicos y, más concretamente, a la atención médica (Vélez, 2005). Este último es el más común y recurrente en la realidad de la mayoría de pacientes quienes, además de sus enfermedades, deben cargar con procedimientos judiciales y burocráticos para lograr un pequeño alivio a sus malestares.

## **2.1 TUTELA Y FOSYGA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL PACIENTE**

El derecho a la salud sigue siendo el segundo derecho fundamental más invocado en las acciones de tutela interpuestas por los colombianos, debido a su vulneración por parte de las entidades promotoras de servicios de salud y de las instituciones prestadoras. Los colombianos se han visto obligados a solicitar la protección de sus derechos mediante el uso de los estrados judiciales, convirtiendo la tutela en la única medida para amparar los derechos de los usuarios del sistema general de seguridad social. Por tanto, se ha convertido en un prerrequisito para acceder a determinados medicamentos, tratamientos, procedimientos y servicios de salud. En suma, la tutela se ha convertido en el mecanismo de protección más eficiente, por no decir el único, para la población más pobre y vulnerable.

Sin embargo, no es justo que los usuarios se vean obligados a interponer acciones de tutela para reclamar servicios que garanticen su derecho fundamental a la salud. La negativa de las instituciones a la prestación de servicios de salud se basa en las limitaciones contempladas dentro del Plan Obligatorio, dentro del cual se excluyen por su costo medicamentos, tratamientos y servicios que las EPS e IPS no están obligadas a suministrar. De esta manera, se hace necesaria una orden judicial para que estos servicios sean suministrados por las entidades prestadoras de servicios de salud, y para que mediante el fallo de la tutela se ordene su recobro ante el FOSYGA.

Aunque el volumen de tutelas disminuyó luego del fallo de la sentencia T-760 de 2008, es cierto que las direcciones provistas por la Corte Constitucional no han sido diligentemente aplicadas por el Gobierno (Por ej., la unificación del Plan Obligatorio de Salud) algunos pacientes deben seguir acudiendo a las instancias judiciales para el reconocimiento de sus derechos. Las tutelas se siguen aglomerando en los juzgados del país solicitando pronta respuesta y poniendo en entredicho la celeridad de la Tutela.

La fundamentalidad del derecho a la salud exige que las autoridades de regulación adopten determinaciones para protegerlo, y así evitar que se repitan las mismas

violaciones. Esta es la manera para garantizar que todos los usuarios gocen del sistema de seguridad social en salud.

### **2.1.1 Función y fines jurídicos de la acción de tutela**

La acción de tutela en Colombia se consagra como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el Artículo 86, Título II, Capítulo 4, de la Constitución Política de 1991. La tutela permite a los ciudadanos someter al estudio de un juez un caso en el que la autoridad pública o una persona privada prestador de un servicio público - en este caso la salud- amenaza o vulnera por acción o por omisión un derecho fundamental (Sotelo, 2000, p.5).

La Acción de Tutela es, además, uno de los mecanismos de protección más amigables que ofrece la constitución de 1991 a los ciudadanos del común, puesto que no se requiere de un abogado para ser presentada ante un juez. A su vez, el juez no puede tardar más de diez días en decidir la solicitud del accionante; el cumplimiento del fallo proferido es de obligatorio e inmediato cumplimiento, pero puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes por el accionante o por el accionado. En caso de incumplimiento del fallo, el accionante puede presentar ante el mismo juez un incidente de desacato en contra del accionado, lo cual impone una sanción de arresto y multa<sup>75</sup>. Como se ve, la tutela resulta una opción simple, rápida y asequible para la protección judicial a los derechos fundamentales de los solicitantes y, además, impone medidas coercitivas para el cumplimiento de los fallos.

La inclusión de la acción de tutela en la constitución de 1991 fue un respiro para todos los colombianos ante la lenta administración de justicia que se venía suministrando, puesto que hasta esa fecha no existía un medio judicial ágil y simple para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los jueces de la

---

<sup>75</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas. Sentencia de febrero 5 de 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz.

República y la Corte Constitucional, por medio de la acción de tutela, han pretendido reivindicar la protección al derecho a la salud. Si bien resulta exiguo para la enorme cantidad de casos existentes, la Corte no desfallece en la indagación, emitiendo fallos controversiales contra preceptos legales y reglamentarios, pero bajo el espíritu de la Carta Constitucional. Esto es, actuando en procura de la protección a la salud, sobre todo cuando se encuentra vinculada con otros derechos de carácter fundamental que pueden ser vulnerados.

La acción de tutela ha cobrado un papel fundamental en el cubrimiento de la seguridad social en salud para los colombianos que se encuentran en situación desprotegida. Este mecanismo se ha vuelto especialmente protagónico debido a todos los cambios que el gobierno ha empezado a efectuar al interior del país, esto es, el recorte del gasto público, la disminución del tamaño del estado que implica un proceso de privatización del sector salud, el paulatino cambio del sector salud para someterlo a las leyes del comercio de la oferta y la demanda, entre otros. Se han hecho numerosos estudios y observaciones que permiten concluir que la tutela casi se ha cumplido en un paso obligatorio para conseguir el cabal cumplimiento del servicio de salud de los colombianos.<sup>76</sup>

Por otro lado, desde la creación del mecanismo de tutela el porcentaje de acciones instauradas por los usuarios para invocar la protección del derecho a la salud fue creciendo de manera sostenida, por lo cual se pueden plantear los siguientes interrogantes: ¿acaso esta acción se ha convertido en un mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud?, y si tal es el caso, ¿es el procedimiento adecuado para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan su ejercicio, sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral? (Vélez, 2005).

Es evidente que en Colombia se han consolidado una serie de líneas jurisprudenciales de protección a los derechos sociales de prestación, en su mayoría

---

<sup>76</sup>Derechos Fundamentales. Escuela de Formación Virtual. En Colaboración del SENA y de la Contraloría General de Antioquia. p. 4. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/36132787/CAPITULO-I-LA-ACCION-DE-TUTELA>

del listado constitucional de derechos fundamentales, pero cabe anotar que han sido forjadas sobre los casos de vulneración que los ciudadanos se han atrevido a denunciar y a clamar por justicia, mientras que otros miles aún son ignorados.

Según estudios de la Defensoría del Pueblo<sup>77</sup>, entre 1999 y 2009 el incremento en la utilización del mecanismo de la tutela ha sido de más de 23.28%. Para el año de 2009 se interpusieron un total de 370.640 tutelas, de las cuales 100.490 invocaban el derecho a la salud. Sin embargo, se debe mencionar que desde el año 2008 el porcentaje de tutelas ha disminuido como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional de la sentencia T 760 de 2008. Por medio de este fallo se ordenó al Gobierno modificar el Plan Obligatorio de Salud, puesto que se venía presentando un elevado y continuo número de acciones de tutela por parte de pacientes a los cuales les eran negados servicios, medicamentos y tratamientos. Advierte la Corte que esta decisión beneficia a futuro a las personas para que *“no tengan que tutelar el derecho a la salud, por situaciones como ésta”*<sup>78</sup>

Con el fin de dimensionar el progresivo crecimiento del uso de la acción de tutela en el país, ilustramos en la siguiente tabla el registro de tutelas en Colombia entre los años 1999 y 2009:

REGISTRO DE TUTELAS EN COLOMBIA			
Período 1999 – 2009			
Año	No. Tutelas	Crecimiento anual %	No de tutelas por cada 10.000 habitantes
1999	86.313		21,72
2000	131.764	52,66	32,71
2001	133.272	1,14	32,66

<sup>77</sup>Defensoria Del Pueblo. La tutela y el derecho a la salud 2009. Imprenta Nacional de Colombia 2010.

<sup>78</sup>Derechos Fundamentales. Escuela de Formación Virtual. En Colaboración del SENA y de la Contraloría General de Antioquia. p. 32. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/36132787/CAPITULO-I-LA-ACCION-DE-TUTELA>

2002	143.887	7,96	34,82
2003	149.439	3,86	35,71
2004	198.125	32,58	46,76
2005	224.270	13,20	52,29
2006	256.166	14,22	59,02
2007	283.637	10,72	64,57
2008	344.468	21,45	77,50
2009	370.640	7,60	82,41
Total	2.321.98		
	1		

Fuente: Defensoría del Pueblo (2010) citando a la Corte Constitucional

A pesar del fallo de la sentencia T-760 de 2008, los pacientes siguen acudiendo al mecanismo de tutela para reclamar el derecho a la salud, y cabe resaltar que aunque el número de tutelas ha disminuido un poco, se siguen presentando caos de negación de servicios de salud incluidos en el POS. La gran cantidad de acciones de tutela en los años precedentes al fallo de 2008 estaban originadas en la negación de medicamentos o tratamientos excluidos del POS (Defensoría del Pueblo, 2003):

La Corte ordenó al gobierno tomar las medidas necesarias para actualizar el POS después de 15 años de su creación. El objetivo fue lograr una disminución en el número de tutelas relacionadas con el derecho a la salud. Bajo esta óptica, el incremento en el número de tutelas es índice de la insolencia del POS. La no inclusión en el POS de procedimientos, exámenes y otras actividades fue solucionada por la Corte Constitucional al ampliar las competencias de los Comités Técnico Científicos para pronunciarse sobre servicios médicos diferentes a medicamentos, tales como intervenciones, procedimientos, cirugías, etc., en cualquiera de los regímenes (Defensoría del Pueblo, 2010, p.23)

El derecho a la salud sigue siendo el segundo derecho fundamental más invocado en las acciones de tutela interpuestas por los colombianos, sin embargo no se puede

negar la efectividad que ha tenido la sentencia T 760 de 2008, puesto que el total de tutelas interpuestas en el país durante el periodo 2008-2009 bajó de 41,5% a 27, 9%. El porcentaje del año 2009 ha sido el más bajo desde el año 2001. Este logro puede acreditarse al referido fallo de la Corte Constitucional.

<b>PARTICIPACIÓN DE LAS TUTELAS DE SALUD</b>			
<b>Período 1999- 2009</b>			
<b>AÑO</b>	<b>TUTELAS</b>		<b>PARTICIPACIÓN SALUD %</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>SALUD</b>	
1999	86.313	21.301	24,68
2000	131.764	24.843	18,85
2001	133.272	34.319	25,75
2002	143.887	42.734	29,70
2003	149.439	51.944	34,76
2004	198.125	72.033	36,36
2005	224.27	81.017	36,12
2006	256.166	96.226	37,56
2007	283.637	107.238	37,81
2008	344.468	142.957	41,50
2009	370.64	100.49	27,11
<b>TOTAL</b>	<b>2.321.981</b>	<b>775.102</b>	<b>33,38</b>

Cabe resaltar que el derecho fundamental a la salud ha cobrado tal importancia en nuestro ordenamiento jurídico que los jueces fallaron favorablemente en más de un 80% de los casos (Defensoría del Pueblo, 2010) durante el año 2009 .Hay que mencionar que la mayor parte de las entidades demandadas son las EPS que administran los regímenes contributivo y subsidiado. Adicionalmente, se ha incrementado el número de tutelas interpuestas en contra de las entidades del estado. Esto se debe principalmente a las acciones interpuestas por la población desplazada para reclamar servicios de salud en contra del programa presidencial Acción Social.

Dentro de los tópicos más recurrentes de las tutelas se encuentran las solicitudes que a continuación se relacionan: tratamientos, medicamentos, cirugías, citas médicas, imágenes diagnósticas, prótesis y órtesis, exámenes paraclínicos, procedimientos y otras relacionadas con el sistema mismo.

Es necesario aclarar que, según las estadísticas presentadas por la defensoría del pueblo, el 68,2 % de las solicitudes en las tutelas se encuentran incluidas dentro del POS, concluyéndose que las entidades prestadoras de salud niegan sus servicios a pesar de estar incluidos en la cobertura. Además, es preocupante el hecho de que estas solicitudes fueron realizadas en el régimen subsidiado que ampara a la población más vulnerable.

En consecuencia, la tutela se ha convertido en el mecanismo de protección más eficiente, por no decir el único, para que los pacientes logren el tratamiento integral de sus patologías o , en el caso de la población más pobre y vulnerable, el medio para que se garantice el pago de transporte y alojamiento del paciente y su acompañante. En vista de lo anterior, se puede concluir que la acción de tutela se ha convertido en un mecanismo efectivo que tienen las personas para hacer valer sus derechos. Por lo tanto, desde las instancias gubernamentales se debe mantener fuerte y protegido este mecanismo.

Desde otro punto de vista no es justo que los usuarios se vean obligados a interponer acciones de tutela para reclamar servicios que garanticen su derecho a la salud. Hasta la fecha lo cierto es que la acción de tutela es el único medio eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud de cualquier condición socioeconómica y cultural, y que dicho instrumento logra mejores resultados que las intervenciones de las entidades de control (Defensoría del Pueblo, 2010).

## 2.1.2 Congestión de justicia como resultado del aumento de tutelas

Dentro de los cometidos del proclamado Estado Social de Derecho de la República de Colombia está el de proporcionar una pronta y cumplida justicia a sus usuarios.<sup>79</sup>

La congestión judicial se presenta cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la Ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas, situación que se presenta cuando la demanda de justicia, es decir el número de demandas presentadas por los usuarios del sistema son superiores a la capacidad de los operadores jurídicos para resolver oportunamente las mismas (Torres, 2002).

Tal vez fue por esa razón que se produjo una avalancha de acciones de tutela en la búsqueda de solución para todo tipo de situaciones, y lo cual ha conllevado a que se plantee una reforma a esta institución, por el abuso que en muchos casos se hace de la acción de tutela.

No obstante lo anterior, consideramos que la acción de tutela no debe ser objeto de restricciones, limitaciones o reformas, más bien es cuestión de que las personerías municipales se encarguen de capacitar y orientar a todas las personas, como es esa su función, para que se haga un uso adecuado y racional de este importante recurso, y no se le den argumentos al Gobierno Nacional a seguir con la idea de la reforma a la tutela, por el simple hecho de que está creando una congestión judicial exagerada.<sup>80</sup>

Un claro ejemplo de lo planteado en el párrafo anterior es la abundancia de acciones judiciales que se presentan a diario por parte de los pacientes para reclamar toda clase de procedimientos, tratamientos, medicamentos y demás servicios negados por las instituciones prestadoras de los servicios de salud. Dados los hechos, se puede afirmar

---

<sup>79</sup> Constitución Política de Colombia. Artículos 2 y 228.

<sup>80</sup> Derechos Fundamentales. Escuela de Formación Virtual. En Colaboración del SENA y de la Contraloría General de Antioquia. p. 4 . Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/36132787/CAPITULO-I-LA-ACCION-DE-TUTELA>

que las políticas públicas en salud no han asegurado la cobertura para toda la población, así como tampoco han servido para igualar los planes de beneficio del régimen subsidiado y el contributivo .

La situación enunciada ha obligado al ciudadano a optar por mecanismos como la tutela, sin que este sea un modo de acceso a los servicios de salud. Para la Administración es preocupante el reciente incremento en el número de tutelas instauradas por los usuarios del servicio de salud pública, así como las sumas de fallos judiciales que condenan al Estado y que implican un costo desmesurado al presupuesto público<sup>81</sup>.

Al visualizar el grado de congestión de la rama judicial, el Congreso de la República decidió tomar medidas con la Ley 1395 de 2010, que busca la descongestión judicial en todos los órganos de la jurisdicción. Sin embargo, es cierto que parte de los deberes y funciones de la rama judicial se centran en hacer efectivos derechos, obligaciones, garantías y libertades contempladas en el ordenamiento jurídico de la República, y la protección de estos solo puede ser posible garantizando el acceso a la justicia por parte de todos los colombianos (Restrepo, 2010).

La tutela es una de las acciones contempladas en la Constitución de 1991 para proteger a los ciudadanos cuando sus derechos fundamentales están siendo amenazados o vulnerados, especialmente a aquellas personas que se encuentran en estado de desprotección o incapacidad frente a una amenaza, situación que hoy en día se ha incrementado notablemente debido a los grupos por fuera de la ley, las bandas criminales y narcotráfico entre otros. Al incrementarse la injusticia social, se ha incrementado el número de tutelas (se hace precisa alusión a las tutelas interpuestas por la población desplazada en contra de Acción Social para lograr acceso a servicios de salud).

---

<sup>81</sup> Así lo confirman estudios realizados por la Comisión de Racionalización del Gasto y el estudio Análisis de sostenibilidad Fiscal: el caso colombiano, elaborado por la unidad de análisis macroeconómico del departamento Nacional de Planeación en colaboración con el Banco Mundial. Citado por: Sotelo (2002, p.5).

Igualmente, la falta de claridad en las normas reguladoras del sistema de salud ha brindado la oportunidad a las EPS de negar medicamentos, tratamientos, cirugías, y demás procedimientos, llevando a que los pacientes deban recurrir a los jueces de la República para que ordenen a través de un fallo la prestación de los servicios (Defensoría del Pueblo, 2010, p.23).

Aunque el volumen de tutelas disminuyó luego del fallo de la sentencia T 760 de 2008, también es cierto que las direcciones provistas por la Corte Constitucional no han sido diligentes y efectivamente aplicadas por el Gobierno -tal como la unificación del Plan Obligatorio de Salud. Debido a esta tardanza, algunos pacientes deben seguir acudiendo a las instancias judiciales para el reconocimiento de sus derechos. Como consecuencia de lo anterior, las tutelas en las que se invoca el derecho a la salud se siguen aglomerando en los juzgados del país solicitando su pronta respuesta. Recordemos que la acción de Tutela es reconocida por su celeridad, y los juzgados tienen a cargo otra variedad de procesos de su competencia.

Según estudios realizados por Restrepo (2010, p. 39), la congestión se presenta porque los juzgados no han podido lograr que los procesos que egresan sean equivalentes al número de procesos que ingresan. De este modo, se presenta una acumulación de expedientes y, lo más preocupante, es que la descongestión total los juzgados se tardará varios años. Así mismo, dicho estudio muestra que la principal causa de la congestión de la rama judicial es el incumplimiento por parte de las entidades públicas de las normas legales. Otro factor es la jurisprudencia reiterada en lo relativo a las tutelas en salud, mostrando que la incidencia de las acciones constitucionales sobre la congestión de los despachos judiciales.

Otro de los motivos de la congestión en la rama judicial es la alta demanda de acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, pues en la actualidad se incentiva a los ciudadanos a que acudan a la tutela para cualquier asunto relacionado con salud, cuando se trata de casos que podrían ser solucionados de manera pronta por las

mismas entidades prestadoras del servicio. Además, a las EPS les conviene que exista fallo de tutela debido a que la ley permite que exista la posibilidad de ordenar el recobro al FOSYGA. De esta manera los jueces se preocupan por dar prevalencia a los trámites de las tutelas dilatando otros casos de los que tienen conocimiento (Restrepo, 2010, p. 39).

En esta investigación se encontró que los usuarios, con el fin de garantizar la atención completa a su enfermedad, solicitan el tratamiento de manera integral, así su médico tratante solo ordene un medicamento, un procedimiento o una cirugía (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 58). Las solicitudes de tratamiento integral han sido otorgadas por los jueces para la protección del derecho a la salud, y como una medida para disminuir la congestión judicial. Así, los pacientes no deben recurrir una y otra vez a las instancias judiciales para reclamar individualmente cada tratamiento o medicamento. Se espera que a través de una sola orden judicial las entidades prestadoras de servicios de salud deban brindar y garantizar la totalidad de servicios necesarios para la salud del paciente (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 53).

Para reducir la congestión de la rama judicial se debe instar a las entidades de regulación para que actualicen el plan de beneficios de salud de toda la población. Por su parte, el Congreso y el Gobierno Nacional deben expedir decretos y leyes que indiquen de forma clara los derechos de los beneficiarios del sistema de salud y establecer sanciones de peso para las instituciones que no respeten los derechos.

Otra de las medidas tomadas para la descongestión de la justicia -principalmente en la rama contenciosa administrativa- es la aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia para solucionar asuntos que contemplen los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Adicionalmente, se deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y estipular que las autoridades deben extender sus efectos a quienes los soliciten.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup>LEY 1437 de 2011. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Artículos 10, 102 y 269.

Podría concluirse que por medio de la ley 1437 de 2011 se ha establecido la obligatoriedad de los precedentes judiciales en lo relacionado con los fallos de unificación proferidos por el Consejo de Estado, obligando a la administración a cumplirlos. Esto puede generar seguridad jurídica para algunos ciudadanos. Sin embargo, también puede convertirse en una limitación de los jueces para interpretar el ordenamiento y, especialmente, que no pueda adaptarse a circunstancias futuras.

### **2.1.3 Función y misión del Fosyga**

El Fondo de Solidaridad y Garantía, en adelante FOSYGA<sup>83</sup>, es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, manejada por encargo fiduciario, y cuyos recursos se destinan a la inversión en salud. Su estructura está dividida en cuatro subcuentas: cuenta de compensación interna del régimen contributivo, cuenta de solidaridad del régimen de subsidios en salud, de promoción de la salud y del seguro de riesgos catastróficos.

Mencionamos a continuación su importancia, especialmente en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en donde se entiende *“por compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, los recursos que el sistema reconoce a la Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y demás beneficiarios del sistema.”*<sup>84</sup>

Sin embargo, cabe resaltar que la anterior no es la única ni la principal función del Fosyga. En la actualidad la entidad posee una deuda billonaria que amenaza con quebrar al sector salud y, pese a los exorbitantes montos de la deuda, no se puede

---

<sup>83</sup>Fondo De Solidaridad Y Garantía creado por el Artículo 218 de la ley 100 de 1993.

<sup>84</sup>República De Colombia. Ministerio de Protección Social. Fosyga. Información subcuentas. Disponible en <http://www.fosyga.gov.co/general/subcuentas.shtm>

sostener que exista mejoría alguna en la prestación de los servicios de salud recibidos por la ciudadanía.

Según García y Ocampo (2006, p. 307-313):

El creciente número de solicitudes de recobro ante el Fosyga de principios activos incluidos en el POS (Plan Obligatorio de Salud), en concentraciones y presentaciones no incluidas, evidencia algunas fallas en el cubrimiento de las necesidades de la población. (...) Dado que la base financiera del Sistema de Salud depende directamente de la utilización y disposición de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, deben considerarse las implicaciones del recobro de medicamentos que no cumplan con el procedimiento y los requisitos. Por otra parte, es posible que los recobros se deban a fallas en el cubrimiento con respecto a los avances tecnológicos y epidemiológicos.

De lo anterior se entiende que gran parte de los cobros realizados al Fosyga son, en principio, medicamentos que están incluidos en el POS, y que las entidades prestadoras de servicios de salud no reconocen a los usuarios sino a través de la tutela, generando graves perjuicios al patrimonio público y a los pacientes. Es claro que el FOSYGA fue concebido como un mecanismo para financiar el suministro de medicamentos y procedimientos no contenidos en el POS (o sujetos a períodos mínimos de cotización) y, por tanto, las entidades promotoras de salud, EPS, tienen derecho constitucional al recobro por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación. Sin embargo, debido a la creciente ola de negaciones de servicios por parte de entidades e instituciones prestadoras de servicios de salud, se ha generado una avalancha de tutelas que ha provocado un gran impacto financiero al sistema generado por causa de los recobros al FOSYGA (Vélez, 2005).

Por los motivos expuestos, la Corte Constitucional, en la sentencia T 760 de 2008<sup>85</sup>, ordenó al Ministerio de Protección Social tomar las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de solicitudes funcione de manera eficiente, y para que el Fosyga desembolse prontamente los dineros. Además, ordenó al administrador fiduciario del Fosyga (FiduFosyga) adoptar medidas para garantizar que el procedimiento de recobro sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos.

No obstante, lo que ha ocurrido es un crecimiento exponencial de los cobros que ha generado represamiento del pago a las EPS por el alto número de tutelas presentadas.

De esta forma, las EPS obligan a los pacientes a interponer tutelas en los casos que requieren servicios de salud que no se encuentran expresa y taxativamente incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, y/o carecen de recursos para cubrir el costo del mismo. Obligando al usuario a hacer uso del mecanismo de tutela con un doble propósito. En primer lugar, para que se reconozca el derecho a la salud del paciente y sea ordenada la prestación de los servicios requeridos y, en segundo lugar, para que el juez ordene al Estado asumir el costo del servicio a través del FOSYGA. No obstante, el Estado ha manifestado que la sostenibilidad del FOSYGA y, en general del sistema de salud, se ha visto afectada por los costos de los servicios de salud no contemplados en el POS.

Las entidades e instituciones prestadoras de servicios de salud también han manifestado su precario estado financiero debido a la demora presentada por parte del FOSYGA en los pagos de los cobros. Esto ha generado que las entidades prestadoras de servicios de salud prefieran negar a los usuarios los servicios no POS hasta tanto el Estado desembolse el valor adeudado. Todo esto resulta en el lento flujo de recursos para cubrir el pago de los cobros de los servicios no incluidos dentro de los planes de servicio.

---

<sup>85</sup>Corte Constitucional. Sentencia T- 760 de julio 31 de 2008. Op. Cit.

En vista de la situación mencionada, la Corte Constitucional mediante la sentencia T 760 de 2008 ordenó al Ministerio de la Protección Social y al FOSYGA adoptar las medidas necesarias para garantizar el ágil procedimiento de recobro por parte de las EPS, para proteger el derecho a la salud de los ciudadanos y ordena a la Corte, al Ministerio de la Protección Social y a Fidufosyga diseñar un plan de contingencia para evacuar de manera rápida el trámite de las solicitudes de recobro en mora. Se exigieron cronogramas claros y acciones oportunas para el pago de reembolsos, verificando su cumplimiento cada dos meses por Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Finalmente, se ordena al Ministerio de la Protección Social tomar las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente y que el FOSYGA desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro.

Vale la pena mencionar que se venía vulnerando el derecho a la salud de los beneficiarios por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud, siendo preocupante que esta vulneración fuera respaldada por la reglamentación, específicamente por la Resolución 3797 de 2004 emitida por el Ministerio de la Protección Social, la cual obstaculizaba el acceso a los servicios de salud no incluidos en el POS. La resolución disponía que el 50% del valor de los medicamentos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud que fueran autorizados por una entidad sería retornado. En tanto, las entidades negaban las autorizaciones de los medicamentos autorizados a una persona, luego eran condenadas a garantizar el suministro por acción de tutela, y finalmente podían recobrar el 100% del valor del medicamento.<sup>86</sup>A través de esta regulación se impulsaba a las entidades prestadoras de servicios de salud a negar los medicamentos requeridos por los usuarios. Así se forzaba a los pacientes a recurrir al mecanismo de tutela y beneficiarse con el recobro total de los.

---

<sup>86</sup>Corte Constitucional. Sentencia T 760 de 2008.

Esta situación fue evidenciada por el Ministerio de la Protección Social, y se tomó la decisión de modificar las disposiciones acerca de los montos de los recobros. Actualmente se encuentra regulado en la Resolución 3099 de 2008 norma que no incentiva la interposición de acciones de tutela y faculta a los Comités Técnico Científicos para la aprobación de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Al respecto, la legislación también ha avanzado en la protección del derecho fundamental a la salud de las personas y ha desincentivado que las EPS opten por negar servicios en las enfermedades de alto costo. Así, a través de la ley 1122 de 2007, se advierte que:

Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.<sup>87</sup>

De esta forma además de garantizar el debido acceso a los servicios de salud de los usuarios se desestimula a las EPS a que insten a sus usuarios a recurrir a la acción de tutela, pues en dado caso tendría que asumir la mitad del costo generado.

Sin embargo, pese a los avances logrados, actualmente surgen nuevos inconvenientes en el derecho constitucional a la salud, puesto que la constante negación de servicios ha resultado en una oportunidad para sacar provecho de los recursos públicos, tal es el caso de las providencias judiciales falsificadas con órdenes de pago al FOSYGA, de recobros por procedimientos y medicinas que nunca se suministraron (Quintero, 2011). El descubrimiento se realizó debido a que se solicitaba el mismo tratamiento para diversas enfermedades, lo cual despertó sospechas de los entes de control. Infortunadamente, en materia de recobros no hay forma de verificar que las EPS hayan prestado los servicios facturados al FOSYGA, ni corroborar que el paciente realmente se benefició del servicio.

---

<sup>87</sup>Congreso de La República. Ley 1122 de 2007. Artículo 14.

## **2.2 VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DEL PACIENTE**

Iniciaremos este numeral definiendo la palabra paciente:

La palabra paciente, normalmente utilizada en el sector salud para nombrar a sus usuarios/clientes, se deriva del latín *patīc* que significa sufrir, padecer, y también aguantar, soportar calmadamente, tolerar algo. En los últimos años esta expresión ha sido cambiada por el término usuario/cliente, dado que los pacientes empezaron a entender más sobre el tema de la salud y la enfermedad, y ahora están más dispuestos a apoyar a los proveedores de la salud en el proceso de tratamiento y del autocuidado, y a trabajar para prevenir las enfermedades. (Camacho, 2001)

Por ello los pacientes exigen y merecen un trato de acuerdo con sus derechos fundamentales, y esperan que se respeten las garantías constitucionales contempladas en la Carta Política. Pero contrario a lo que se podría pensar, cada día los derechos fundamentales del paciente son vulnerados por situaciones que no deberían padecer.

De tal forma, a continuación se tratarán algunos temas relacionados con la vulneración de derechos a pacientes, tales como la injustificada negación de tratamientos y medicamentos por parte de las EPS, excesiva tramitología y demora en la autorización o práctica de servicios, violación del derecho a escoger libremente la IPS y el médico de su preferencia, y la retención de cadáveres y pacientes por parte de centros médicos y hospitalarios.

### **2.2.1 Injustificada negación de tratamientos y medicamentos por parte de las EPS**

El acceso al servicio de salud, a los tratamientos, medicamentos y procedimientos que se requieran es un derecho fundamental autónomo, de tal forma que la negación de estos servicios por parte de las empresas prestadoras de los servicios de salud constituye una violación de los derechos de los ciudadanos. El derecho a la salud, por

su naturaleza de derecho fundamental autónomo, no es necesario estar amenazado para ser amparado y protegido por medio de la acción de tutela<sup>88</sup>.

Tal como lo expresa Roberto Quintero<sup>89</sup>:

Los habitantes del territorio nacional tienen derecho a los servicios de urgencias; el único requisito para acceder a los mismos es necesitarlos, no hay ningún motivo para negarle el servicio de urgencias a persona alguna.

Pero la realidad colombiana refleja otra historia. Las personas a las cuales se les vulneran estos derechos normalmente sufren un alto grado de desamparo social y están expuestas a enormes privaciones socioeconómicas, llegando al punto de morir frente a clínicas y hospitales solicitando ser atendidas. Frecuentemente las EPS niegan la prestación de servicios de salud a los usuarios argumentando varias razones, entre las cuales podemos encontrar las siguientes: incapacidad económica del solicitante para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS. La negación de los servicios de salud por los motivos antes expuestos configura en muchos casos una vulneración manifiesta a los derechos fundamentales, tales como salud, vida, integridad física, dignidad, etc<sup>90</sup>.

Con respecto a la prueba de la capacidad económica del accionante, resulta indignante pensar que, aunque no tenga la capacidad económica para sufragar gastos o copagos, deba además acudir a la acción de tutela para solicitar el derecho a la salud. Además, en este proceso debe demostrar que carece de la capacidad económica para asumir los copagos, o de lo contrario le podrían ser negadas sus pretensiones. Además, es claro que el juez debe tener de presente el principio de la buena fe del accionante, además de tener la capacidad de solicitar de oficio las pruebas pertinentes

---

<sup>88</sup>Corte Constitucional. Sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>89</sup>Quintero, Roberto. Derechos del Ciudadano. Disponible en: <http://roberto16.wikispaces.com/?f=print>.

<sup>90</sup>Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

a las entidades que corresponda, incluyendo la EPS tutelada. Así mismo, los pagos moderadores no pueden constituirse en un obstáculo para acceder a los servicios de salud.

Al respecto de la negativa en la prestación de los servicios de salud Vélez (2005) señala que:

Situaciones como la falta de cobertura, la no prioridad del gobierno en igualar los planes de beneficio del régimen subsidiado con el contributivo, la necesidad de ampliar los paquetes de procedimientos y medicamentos incluidos en el POS, son entre otros aspectos, los que explican en la actualidad el aumento de las acciones de tutela y su utilización como mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud.

La negación de medicamentos por parte de las EPS hasta hace poco estaba respaldada por la Resolución 3797 de 2004, emitida por el Ministerio de la Protección Social. Esta resolución estimulaba la obstaculización del acceso a los servicios de salud no incluidos en el POS, y se incentivó la interposición de acciones de tutela. La mencionada resolución disponía que si la EPS autorizaba el suministro de un medicamento no POS, podría recobrar el 50% de su valor (o la diferencia entre éste y el valor del medicamento homólogo contemplado dentro del POS). Si las EPS negaban la autorización del medicamento y luego la entidad era condenada a suministrarlo por acción de tutela, la EPS podía recobrar el 100% del valor del medicamento no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.<sup>91</sup> En el año 2006 el Ministerio de la Protección Social tomó la decisión de modificar las disposiciones acerca del monto de los recobros, y actualmente se encuentra regulado en la Resolución 3099 de 2008, norma que no contempla la regla que incentivaba la interposición de acciones de tutela.

Con respecto a la atención en urgencias, la Defensoría del Pueblo ha hecho referencia al derecho de los ciudadanos a ser atendidos en los servicios de urgencias; estos están en la obligación de atender en todo momento a cualquier persona que

---

<sup>91</sup>Corte Constitucional. Sentencia T 760 de 2008.

llegue a solicitarlos(Defensoría del Pueblo, 2008) En busca de desincentivar la negativa de las entidades prestadoras de servicios de salud, el Decreto 4747 de 2007<sup>92</sup> consagró el Formato de Negación de Servicios como reclamación contra la entidad prestadora de servicios de salud ante la Superintendencia Nacional de Salud, la cual podrá a su vez interponer las sanciones personales e institucionales respectivas.

Respecto a la negativa de prestación de servicios médicos o en el suministro de medicamentos, la Corte Constitucional determinó diferentes criterios que se deben observar para conceder protección a la salud<sup>93</sup>.

Siendo el criterio principal el siguiente:

La Corte puede inaplicar la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

1. La falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.
2. Debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituido no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando este nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

---

<sup>92</sup>Decreto 4747/2007, artículo 14, parágrafo 1°. “Si un servicio de urgencias se niega a prestar la atención, la persona afectada debe exigirle a la institución de salud el diligenciamiento con firma responsable del Formato de Negación de Servicios, que es de uso obligatorio y debe ser suministrado por la misma institución de salud.”

<sup>93</sup>Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-480 de 1997.veinticinco de Septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997) M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891. Disponible en: [www.dmsjuridica.com/SENTENCIAS/su480-97.rtf](http://www.dmsjuridica.com/SENTENCIAS/su480-97.rtf)

4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la empresa promotora de salud a la cual se halle afiliado el demandante.<sup>94</sup>.

Considerando que la Corte Constitucional ha expresado la viabilidad de la tutela y la protección del derecho a la salud, se puede inferir que la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos y las cirugías pueden ser objeto de protección por vía de tutela. Al respecto expresa la Corte Constitucional:

Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental. (Beltrán, 2004, p. 1160-1162)

Para evitar los casos de negación de la prestación de servicios de salud por parte de las EPS, los entes reguladores deben aplicar estrictas medidas normativas y de control. Con esto se busca incentivar a que las entidades prestadoras de servicios de salud garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud y así mismo desincentivar la negación de prestación en salud.

En tal medida es un mínimo necesario que la Comisión de Regulación en Salud, en cumplimiento de sus funciones, actualice (después de 15 años) los servicios incluidos dentro del POS y los revise anualmente con el fin de brindar mejores servicios a los usuarios del sistema de salud;. Finalmente, definir el procedimiento de acceso a servicios no POS, distintos a medicamentos no incluidos.

Siguiendo el espíritu del artículo cuarto de la carta fundamental<sup>95</sup>, los jueces de la república y, en general, los órganos del sistema de salud, pueden optar por la

---

<sup>94</sup>Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-229/02. Cuatro (4) de abril de dos mil dos (2002). M.P.: Álvaro Tafur Galvis. expediente T-528864. Disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-229-02.rtf](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-229-02.rtf)

inaplicación por inconstitucionalidad de las normas que consagren exclusiones de procedimientos, tratamientos y medicamentos cuando dichas normas pongan en riesgo la salud, la vida y la dignidad de las personas.

Así las cosas, cuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud encuentre que la aplicación de las normas que definen la cobertura del POS o del POSS, en el caso concreto conlleva la vulneración de derechos fundamentales como el de la salud en conexión con la vida o con la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad.

Así mismo es preocupante el hecho que los tratamientos y medicamentos que se niegan con mayor frecuencia son los relacionados con las especialidades de neurología, oncología, oftalmología y gineco-obstetricia (Defensoría del Pueblo, 2010, p.58).

### **2.2.2 Excesiva tramitología y demora en la autorización o práctica de servicios**

El Estado por su parte se ha desentendido de su responsabilidad como garante del bienestar de sus ciudadanos en la prestación de servicios de salud. El ciudadano ha quedado indefenso ante la avalancha de formalismos impuestos para el acceso a la atención en salud; trámites que constituyen un obstáculo más para las personas que acuden por una solución a sus dolencias.

Al respecto coincidimos con lo expresado:

La realidad es que es tan grande la desprotección en que se encuentran determinados grupos sociales y la arbitrariedad a la que en ocasiones se ven sometidos en los trámites administrativos para reclamar sus derechos, que la acción de tutela se ha convertido en un medio expedito para ello y, en el caso de la protección del derecho a la

---

<sup>95</sup>Constitución Política De Colombia. Artículo 4. "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"

salud, pareciera que en muchas ocasiones la prestación del servicio, procedimiento, intervención o medicamento debe ser mediado necesariamente por dicha acción.<sup>96</sup>

Al respecto la Corte Constitucional señaló<sup>97</sup>:

El artículo 49 de la Constitución Política, consagra la obligación que tiene el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Conforme a ello, las personas se encuentran facultadas para exigirle al Ente público, el cumplimiento efectivo de esta obligación y en consecuencia que éste organice y disponga lo necesario para la adecuada prestación del servicio.

El cumplimiento efectivo del derecho a la salud requiere del diseño, inversión y mantenimiento del sistema de prestación del servicio, por lo que la doctrina le asigna el carácter de derecho prestacional, esto significa que no es un derecho de exigibilidad inmediata porque requiere además, de la consagración constitucional, del desarrollo político, legislativo, económico y técnico de expansión y cobertura del sistema de salud y seguridad social. De allí la regla general que para los derechos de prestación no cursa la acción de tutela.

Sin embargo, y debido a la relación inherente que el derecho a la salud guarda y el derecho a la vida tiene excepciones:<sup>98</sup>

“No debe esperarse a estar en presencia de una situación terminal o de negación extrema para considerar la necesidad de proteger el derecho a la salud por vulneración del derecho a la vida, ello es tanto como esperar a que la vulneración produzca efectos irreversibles como los que ocurren en relación con la salud física y psíquica cuando no son diagnosticados, atendidos y tratados a tiempo. La eficiencia como principio de la prestación de un servicio público se relaciona con la continuidad en el servicio, es decir,

---

<sup>96</sup>Ibíd.

<sup>97</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-633/02. Ocho (8) de agosto de dos mil dos (2002). expediente T-607234. MP. JAIME CORDOBA TRIVIÑO disponible en: [web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/Tutela/T-606-97](http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/Tutela/T-606-97).

<sup>98</sup>Ibíd.

no debe interrumpirse la prestación salvo que exista una causa legal compatible con la Constitución.”<sup>99</sup>

“El principio de continuidad característico de los servicios públicos garantiza la posibilidad real de que la prestación del servicio sea oportuno y de él se desprende que quienes prestan el servicio no puedan realizar actos u omitir obligaciones que puedan comprometer su continuidad porque con ello limitan la efectividad en la prestación. Por ello todo lo que atente contra la debida prestación del servicio se entenderá como un acto contrario a derecho porque atenta contra el principio de la eficiencia y continuidad propio de los servicios públicos y además, el artículo 2 de la Constitución establece como uno de los fines del Estado el de garantizar la efectividad de los principios. En tal sentido, la Corte ha exigido el cumplimiento del derecho de la seguridad social aun cuando se ha incurrido en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes al sector salud porque la suspensión del servicio contemplada en la Ley 100 de 1993 no puede suspender la garantía constitucional del artículo 53”<sup>100</sup>

Debido a los obstáculos que se presentan para el acceso a la salud, el mecanismo de tutela se muestra como el único medio para solicitar el respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En algunos casos, las entidades prestadoras de servicios de salud se han convertido en figuras que buscan lucro, y han visto que es más lucrativo negar o retardar determinados servicios, puesto que si un juez de tutela ordena la prestación de los servicios con cargo al FOSYGA, la entidad incrementa sus utilidades. Esto genera una deficiente prestación de servicios. Lo más preocupante es que esta situación, sumada al déficit de vigilancia y control de las entidades gubernamentales, resulta en una total desprotección al derecho a la salud de los ciudadanos.

---

<sup>99</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1998. Veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Expediente T-156042 Disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-260-98.rtf](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-260-98.rtf).

<sup>100</sup>Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-562 de 1999. Cuatro (4) de agosto de 1999. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expedientes T-192384 y T-193556 (acumulados).

Si bien es entendible que para recibir ciertos servicios médicos se deban surtir una serie de trámites administrativos por parte de las EPS, no es razonable que estos sean trasladados a los usuarios, volviéndose una carga dispendiosa y demorada, a sabiendas que quienes solicitan los servicios de salud en su mayoría son pacientes gravemente enfermos, a los cuales se les dilata el acceso a la salud, violando sus derechos fundamentales.

Expresamente, la regulación ha señalado que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.”<sup>101</sup> Pero una de las quejas más constates<sup>102</sup> con respecto a la atención en salud es que las EPS, por medio de sus médicos tratantes, transfieren su obligación de impulsar los trámites administrativos de autorización de servicios a los usuarios. Por ejemplo, en el caso de autorizaciones de servicios o medicamentos no cubiertos por el POS, se le exige al usuario elevar la solicitud de autorización al Comité Técnico Científico que, vale la pena mencionar, la mayoría de ocasiones niega las solicitudes.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud crean barreras para acceder a los servicios de salud, y violan los derechos de sus usuarios cuando niegan el acceso al servicio de salud e imponen requisitos de trámite que son responsabilidad de la institución como ya ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>103</sup>.

Esta práctica se mantuvo en tanto las normas regulatorias del tema lo permitieron. La Resolución 3797 de 2004 incentivó la negación de medicamentos no cubiertos por el POS. Las Pesuña vez la decisión judicial ordenara el suministro de medicamentos, podía solicitar el recobro al FOSYGA del valor total de medicamento suministrado. Pero, si la EPS autorizaba directamente el suministro del medicamento no POS, tan

---

<sup>101</sup>Decreto 1703 de 2002, artículo 40.

<sup>102</sup>Defensoría del Pueblo. Consideración en la sentencia T-760 de 2008.

<sup>103</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-1030 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

solo podría solicitar el recobro del cincuenta por ciento del valor de los medicamentos suministrados.

Las disposiciones acerca de los montos de los recobros actualmente se encuentran regulados por la Resolución 3099 de 2008, norma que no contempla la regla que incentivaba la interposición de acciones de tutela, y que además faculta a los Comités Técnico Científicos para la aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud.

Una parte de las tutelas presentadas solicitando la protección al derecho a la salud se debe a que las EPS no niegan la prestación de los servicios de salud, sino demoran su prestación o la entrega de suministros, vulnerando así entre otros el derecho a la salud, a la vida y a la integridad de los usuarios de los servicios del sistema general de salud.

Otra parte de las tutelas presentadas son causa del desconocimiento y la incertidumbre de los servicios que están o no incluidos dentro de los planes de beneficios del POS y del POSS. Por este motivo, los usuarios recurren a la acción de tutela para que los jueces de la República resuelvan esta incertidumbre en cada caso, por lo cual la Corte Constitucional solicitó a la Comisión de Regulación en Salud actualizar y unificar los planes de beneficios en salud de la población.

Se evidencia entonces que una de las principales razones por las cuales los usuarios siguen presentando acciones de tutela es porque falta reglamentación clara en los temas mencionados. Así el usuario debe acudir a la autorización de un servicio no incluido en el POS ante un juez de la República a través de la acción de tutela.

Ahora es tarea de los entes de control y vigilancia el monitorear las peticiones realizadas ante los Comités Técnico Científicos de las EPS, los cuales tienen dentro de sus obligaciones reunirse una vez por semana para tramitar oportunamente las

decisiones referentes a sus funciones<sup>104</sup>. Esto se realiza en aras de verificar la celeridad en el estudio de los casos, pues se han presentado situaciones en las que el Comité dilata su decisión y somete al usuario a trámites “*desconsiderados, irregulares y equívocos*”<sup>105</sup>. Así mismo es tarea de la superintendencia de Salud del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud, verificar que las Entidades prestadoras de servicios de Salud no nieguen la prestación de servicios a sus usuarios infundadamente y sanciones a las entidades que persistan en negar servicios de salud a la población.

Es deber del Estado el garantizar el acceso a los servicios de salud sin trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios<sup>106</sup>. Es imperante para el gobierno y la administración adoptar leyes y regulaciones que contemplen soluciones y procedimientos para las situaciones antes mencionadas. Sin embargo, el legislador y el ente regulador ha de ser muy cuidadoso en el sentido de no imponer más obstáculos a los usuarios del sistema de salud sino, por el contrario, simplificar y agilizar los trámites para que el paciente pueda recibir un servicio de salud de calidad. Así mismo es necesario imponer medidas de vigilancia y control más exigentes para las entidades prestadoras de servicios de salud.

### **2.2.3 Violación del derecho a escoger libremente la IPS, el médico de preferencia y a ser informado**

Entre las normas rectoras<sup>107</sup> para la prestación del servicio público de salud está la libertad que tiene el usuario de escoger entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de su preferencia, siempre y cuando sea posible según las condiciones de oferta de servicios<sup>108</sup>. De esta manera, el usuario

---

<sup>104</sup>Ministerio De La Protección Social. Resolución 3099 de 2008. Artículo 5°.

<sup>105</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda y Sentencia T-1188 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>106</sup>Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>107</sup>LEY 100 DE 1993. Artículo 153 numeral 3.12.

<sup>108</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 27 de julio de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

está en libertad de escoger la Entidad Promotora de Salud<sup>109</sup> de su preferencia y, una vez afiliado, tiene el derecho a escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud<sup>110</sup>. Este derecho se fundamenta los derechos constitucionales como la autonomía del individuo derivado de su dignidad y libertad, guardando relación con el propósito que cada uno tiene respecto de su propia vida.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>111</sup> se ha referido a la autonomía de las personas de tomar decisiones que afecten su salud, particularmente, a la libertad de escoger las entidades y profesionales en que confía el cuidado de su salud<sup>112</sup>, al igual que la libertad de aceptar o rehusar tratamientos médicos que considera están en detrimento de su propia salud y bienestar.

Como bien se sabe, no hay derechos absolutos, de tal forma que el derecho a elegir se limita por la regulación normativa existente: el usuario está en la libertad de elegir las opciones que ofrezca la EPS siempre y cuando estas opciones cumplan con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional.<sup>113</sup>

Lo anterior busca que las EPS garanticen que las IPS contratadas cumplan los criterios expuestos por la Corte, de tal forma presten un servicio integral y de calidad a sus usuarios, cumpliendo así con los principios rectores del derecho a la salud mencionados en el primer capítulo del presente escrito.

Las EPS tienen la facultad de cambiar las IPS contratadas siempre y cuando las nuevas IPS contratadas cumplan las reglas de calidad, eficiencia y oportunidad previstas y no afecten de ninguna forma el servicio prestado a los usuarios.

---

<sup>109</sup>Ministerio De Salud. Decreto Reglamentario 1485 de 1994 artículo 14 numeral 4.

<sup>110</sup>Ministerio De Salud. Decreto Reglamentario 1485 de 1994 artículo 14 numeral 5.

<sup>111</sup>Corte Constitucional. Sentencia. SU –337 Mayo 12 de 1999. MP. Alejandro Martínez. Actor: Menor N.N. Exp: T-31547. Sala Plena. Gaceta de la Corte Constitucional. Tomo 4. Volumen 2 Tutela. Órgano oficial de publicación de la jurisprudencia constitucional. República de Colombia. p. 187.

<sup>112</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 15 de enero de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>113</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 27 de julio de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. La EPS puede escoger con que IPS contratar los servicios, cumpliendo siempre su deber de “a) *celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir, b) garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS.*”

En relación con el derecho del paciente a escoger el médico de su preferencia, la ley 23 de 1981 y la ley 100 de 1993, los decretos 1485 de 1994 y 1725 de 1999 postula los siguientes presupuestos:

La relación médico-paciente tiene como piedra angular la libre elección del médico por parte del paciente, pero este derecho va más allá, ya que el médico debe respetar la libertad del paciente para prescindir de sus servicios.

Con lo anterior se garantiza a los afiliados al sistema de seguridad social en salud la libre escogencia de los prestadores de servicios <sup>114</sup> entre las diferentes opciones que ofrecen las administradoras del sistema. Además, se da posibilidad al afiliado de trasladarse voluntariamente a otro prestador de servicios de salud. Sin embargo, este derecho está sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución. Para garantizar el derecho a la libre elección de la entidad prestadora de servicios de salud y la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud, la Superintendencia Nacional de Salud, a partir de la ley 1122 de 2007, posee la función jurisdiccional de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios de los servicios de salud

El médico tratante debe garantizar al paciente o a sus allegados inmediatos el derecho a elegir el cirujano o especialista de su confianza. Igualmente el paciente tiene el derecho a conocer la información sobre su enfermedad. Este derecho encuentra su desarrollo, o está sujeto a las reglas estudiadas en la obligación de información que tienen los médicos.

Se entiende que el consentimiento informado del paciente contiene dos etapas (Tamayo, 1993, p.108) fundamentales. La primera de ellas es la fase de la información, donde el médico ofrece a su paciente todos los elementos de juicio necesarios para que éste los evalúe y tome la decisión conveniente a sus intereses. La segunda etapa del

---

<sup>114</sup>Corte Constitucional Sentencia T-379 Mayo 18 de 2006 MP: Vargas Hernández C I Cfr: Corte Constitucional Sentencia T-010 2004 MP: Cepeda Espinosa; Corte Constitucional Sentencia T-011 2004 MP: Escobar Gil R, Corte Constitucional Sentencia T-436 2004 MP: Vargas Hernández C I.

consentimiento es aquella que corresponde al paciente, quien examina la información suministrada y luego decide y manifiesta su voluntad. De esta manera, siendo la etapa informativa el momento en que el paciente conoce todo acerca de su enfermedad, diagnóstico y posibilidades de tratamiento, es básico que el contenido de la información suministrada por el profesional de la salud sea claro y completamente comprensible.

Los especialistas de la salud tienen el deber de informar al paciente todo lo relacionado con su estado de salud, los posibles riesgos a los que está expuesto y las posibilidades de una recuperación de forma simple e inteligible. De tal forma, es claro que una simple comunicación de la información no es suficiente sino que, además, es necesario que cumpla con los requisitos de claridad, inteligibilidad, veracidad, prudencia y oportunidad. Esta es la manera más efectiva para que el paciente tenga conocimiento de la información y pueda analizar las posibilidades más acertadas para su vida.

Consecuentemente, el paciente posee la facultad de tomar decisiones respecto a su organismo. Este derecho se relaciona con el principio de autonomía, el cual pone de presente la libertad que tiene el paciente para adoptar sus propias decisiones sin restricción ni coerción. Esto es, cualesquiera que sean las intenciones del médico, la autonomía tiene que ver con la del paciente.

Sin embargo, el derecho a escoger se ve condicionado en la práctica, porque el paciente se encuentra en un estado de indefensión frente a los conceptos técnicos de sus tratantes. A esto se suma la desinformación a la cual son sometidos y, por tanto, no les queda otra opción que acceder a las recomendaciones del “especialista”.

En la práctica médica, es común encontrar casos en los cuales esa comunicación médico – paciente no se da en la forma como debería, puesto que el exceso de trabajo o la falta de personal médico impide dedicar suficiente tiempo a cada paciente. De ahí la conveniente necesidad de la preparación y concientización del personal prestador de los servicios de salud (entidades promotoras de salud de carácter público y privado,

médicos, personal de enfermería, etc.), en aras de promover una cultura sana dentro de la relación médica y la correcta prestación de servicios médicos.

Igualmente, un aspecto esencial dentro del tema de la información otorgada al paciente, es que dicha información abarque y clarifique aspectos relevantes para el enfermo como son: su estado de salud, pronóstico y advertencia de riesgos que pueden causar ciertos procedimientos. En materia de riesgos es necesario plantearse la situación donde el médico, en ejercicio de su labor, ocasiona daños o lesiones al paciente en su vida, salud o psiquis. Es claro que tanto la entidad prestadora del servicio como el médico involucrado deberán responder por sus actuaciones irresponsables.

Haciendo una aplicación del tema a la realidad colombiana, es común encontrar que lo expuesto en la doctrina y leyes no es tan palpable como se cree, puesto que la atención médica se reduce en la mayoría de los casos a un espacio de tiempo impuesto por el reglamento institucional comprendido entre 5 y 20 minutos en los cuales el médico debe atender al paciente. Es apenas obvio que en dicho espacio de tiempo el médico no puede escudriñar de manera detallada la historia clínica del paciente, realizar un examen dedicado y explicar con claridad sobre su situación de la persona. De igual forma, en aquellos eventos donde la atención médica es prolongada (casos de hospitalización, tratamientos y rehabilitación, etc.), el médico no cuenta con el espacio conveniente para escuchar y atender todos los aspectos de especial relevancia que tiene por decir el paciente y que son esenciales para el caso.

La atención médica en Colombia es operada por empresas que encierran dentro de su misión y visión un espíritu que, más allá de buscar el bien común tiene como objetivo el lucro y deja de lado el derecho real y fundamental de toda persona a la salud. En cuanto a la prestación del servicio de salud, las empresas promotoras de salud imponen al personal médico requisitos que desmejoran la calidad en la prestación del servicio. Por tal motivo, los usuarios no acceden al servicio en condiciones de justicia y dignidad,

eso sin mencionar que en Colombia cerca de 10 millones de personas no tienen acceso al sistema de seguridad social.

En Colombia, los pacientes mueren en las salas de espera porque no reciben a tiempo la atención mínima requerida y esperaron durante meses medicamentos que nunca llegaron (o no fueron tramitados), o que simplemente no están cubiertos por el plan obligatorio de salud. Además, los médicos están imposibilitados para brindar una atención digna a los pacientes por las exigencias que imponen las entidades.

#### **2.2.4 Retención de pacientes y de cadáveres**

La práctica de retener a los pacientes en los centros asistenciales, como mecanismo de presión para asegurar el pago de servicios de salud,

Es una conducta inconstitucional que vulnera la dignidad de la persona retenida porque la asume como un objeto que se puede cambiar por la cancelación de un dinero, además de vulnerar su derecho a la libertad. Esta práctica ha sido utilizada también reteniendo los cadáveres de pacientes fallecidos. En este caso, la gestión directa telefónica inmediata con el centro asistencial, obtiene respuesta positiva. (Grupo Temático para Colombia, 2008, p., 39).

En la legislación ecuatoriana<sup>115</sup>, se puede encontrar un claro ejemplo de la protección que ofrece el Estado a los usuarios contra las prácticas y abusos de las entidades prestadoras de los servicios de salud.

El diputado de la provincia de Pichincha Iván Ortiz Moreno opina que:

A pesar de que la Ley de Derechos y Amparo al Paciente vigente expresamente estipula la prohibición de que en cualquier centro de atención de salud, al momento del ingreso de un paciente, se obligue a la suscripción, por parte del paciente o de sus familiares, de letras de cambio, pagarés o cualquier otro título de crédito, esta situación

---

<sup>115</sup>República De Ecuador. Ley No. 77. RO/ Sup 626 de 3 de Febrero de 1995. Ley de derechos y amparo al paciente. Disponible en: [www.dpsp.gov.ec/salud/Docs/baseslegales/once.pdf](http://www.dpsp.gov.ec/salud/Docs/baseslegales/once.pdf)

se da en múltiples centros de atención privada a nivel nacional, aprovechando la situación crítica o de emergencia en la cual ingresan los pacientes. La situación es aún más cruda y crítica cuando, en caso de alta de un paciente o de su fallecimiento, el mismo paciente o su cadáver se retienen por parte del centro de atención médica, como si fuese una “garantía”; ni se permite al paciente abandonar el establecimiento de salud o, en el segundo caso, el cuerpo no se entrega a los familiares hasta el momento en que han pagado o han presentado tarjeta de crédito o cheque en concepto de pago.<sup>116</sup>

Por su parte la Personería de Bogotá manifiesta, ante un caso de retención de documentación que:

Los centros médicos tampoco pueden retener historias clínicas o exámenes médicos, exigir documentos que estén más allá de la ley, pedir dinero antes de prestar el servicio, retener pacientes, hacer que los usuarios realicen procesos administrativos que deben realizar las EPS o IPS e imponer normas adicionales a las dictadas por las entidades competentes.<sup>117</sup>

Sobre el mismo tema, el Diputado mexicano Morales (2007), en su ponencia ante Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática señaló que, siguiendo el tenor del párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>118</sup>, la libertad de todo ser humano debe ser respetada, pero:

Diversos titulares o administradores de algunas instituciones de salud, públicas, sociales y privadas del país, vulneran este derecho al momento de retener u obstaculizar el egreso de los pacientes, con el propósito de garantizar el pago del servicio brindado por los establecimientos. Acción que indiscutiblemente no sólo viola el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo cuarto de nuestra Constitución Política,

---

<sup>116</sup>Ortíz Moreno, Ivan. (Diputado Por La Provincia De Pichincha) Oficio No. 0129-IPOM-CN-07 Proyecto De Ley Reformatoria A La Ley De Derechos Y Amparo Al Paciente. Quito, 09 de Octubre del 2007. Disponible en <http://apps.congreso.gov.ec/sil/documentos/proyectos/28-362.doc>.

<sup>117</sup>Personería de Bogotá, Prohibida retención de documentos y pacientes. Disponible en: <http://www.personeriabogota.gov.co/?idcategoria=1667>.

<sup>118</sup>Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 14, Párrafo Segundo, establece: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

así como en su ley reglamentaria, sino además viola, indiscutiblemente, el derecho a la libertad de las personas.( Morales, 2007)

En su discurso, el diputado igualmente sostiene:

A esta práctica ilegal de retener a los pacientes por falta de pago, antecede el hecho de exigir en algunas instituciones de salud privadas, como requisito de ingreso hospitalario, la expedición de un báucher abierto, con el objeto de garantizar al establecimiento el pago del servicio; acto que, de igual forma, y expresamente, viola el derecho a la protección de la salud. No debe permitirse, bajo ninguna circunstancia, comercializar con la salud que representa esa ilegal práctica. Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole. (Morales, 2007)

En Colombia la retención de pacientes por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud por falta de pago de servicios prestados es considerada un delito grave. La Defensoría del Pueblo la ha catalogado como un secuestro extorsivo. Además, la práctica es sancionable por parte del Ministerio de la protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud.

## **2.3 INCUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO**

### **2.3.1 Garantías de acceso a los servicios de salud**

No obstante los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional y el Gobierno Nacional para garantizar el acceso universal y el ejercicio material de todos los colombianos del derecho a la salud, el país tiene que superar grandes brechas de injusticia social, pobreza y violencia. Así, el cubrimiento universal de servicios de salud ha sido una meta aplazada durante años.

Opino que uno de los factores externos de mayor influencia en los problemas del sistema general de seguridad social en salud es la violencia de los grupos armados, cuyos actos generan desplazamientos internos y, en consecuencia, alimentan las desigualdades sociales. Específicamente, el acceso y prestación de los servicios de salud a la población desplazada se encuentra en estado de vulnerabilidad.

El Estado colombiano, mediante legislación interna e instrumentos internacionales, se ha comprometido a brindar un mínimo de calidad de vida y de atención básica en salud. Estos compromisos y metas se han dilatado durante años sin que a la fecha se hayan realizado. Un claro ejemplo es el principio de “*universalidad de atención a los colombianos*” contemplado en la ley 100 de 1993. No obstante, para el año 2010 tan solo el 88.5% de la población contaba con la cobertura de afiliación al sistema general de salud, lo cual deja al 11.5% de la población sin protección de salud, es decir, aproximadamente la preocupante suma de 5.233.443 colombianos<sup>119</sup>.

Se debe garantizar a los ciudadanos el acceso a los servicios de salud, como también una cobertura basada en el principio de equidad. El cumplimiento de estas metas fue planteado por el gobierno nacional para el año 2001, sin embargo, diez años después la unificación de los planes de servicios no se ha logrado y no se ve una fecha clara para encontrar una solución. Tan solo se han avanzado unos pequeños pasos por parte de la Comisión de Regulación en Salud que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional, actualizó el Plan Obligatorio de Salud y lo unificó dicho Plan para los menores de edad y mayores de 60 años; para el resto de ciudadanos subsisten los POS diferenciados (contributivo y subsidiado).

Con base en lo expuesto, la capacidad de acceso de la población a los servicios de salud es cuestionable, puesto que no todas las personas que actualmente están amparadas bajo el régimen contributivo o subsidiado tienen igualdad de oportunidades

---

<sup>119</sup> Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Estudios Postcensales No. 7 ISBN 978-958-624-078-9 Bogotá - Colombia - 2009. p. 73. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06\\_20/7Proyecciones\\_poblacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/7Proyecciones_poblacion.pdf).

para el tratamiento de sus enfermedades. El cubrimiento universal del sistema de salud parece ser un logro que, pese a los esfuerzos realizados por el Estado en las últimas dos décadas, no ha beneficiado a la gran parte de la población (Mejía, 2010, p.29).

La principal barrera para el disfrute del derecho a la salud de la población vulnerable es la pobreza, la inequidad social, y los gastos que deben ser asumidos por el solicitante de los servicios de salud. Por ejemplo, el gasto de transportes cuando no existe un centro médico cercano que pueda prestar de forma eficaz el servicio.

Como señala Vélez (2005).

Sin duda, las políticas públicas son de la injerencia estatal y por tanto no puede dejarse a la Corte Constitucional que, vía fallos de tutela, se decidan las políticas que deben asegurar el acceso y la adecuada prestación de los servicios de salud en Colombia.

Finalmente, la acción de tutela se consagró como mecanismo de protección de derechos fundamentales lo que es absolutamente necesario, pero no es clara la manera en que actualmente se utiliza, no como excepción ante la vulneración de un derecho, sino como un proceso alternativo de acceso a servicios de salud. Sin duda, éste no debe ser el instrumento de garantía adecuado para la protección del derecho a la salud en Colombia y menos como un instrumento para asegurar el acceso, así sea en un porcentaje mínimo de casos, cuando la realidad ha demostrado que no lo es.

Existen factores del individuo y del entorno que impiden o dificultan que se acceda a los servicios de atención, prevención, diagnóstico de calidad y oportunidad dentro del sistema integral de salud. Para la población vulnerable y/o desplazada, las limitaciones económicas son uno de los principales obstáculos para el acceso a los servicios de Salud. Y no hacemos referencia únicamente a la crisis financiera que enfrenta el sector salud, sino a los copagos, cuotas moderadoras, gastos de transporte, entre otros. A lo anterior debemos sumarle las dificultades que se presentan para el acceso a los servicios de salud tales como largos tiempos de espera para la asignación de citas,

trámites excesivos (algunos procesos administrativos de los servicios de salud hacen que estos sean lentos y poco oportunos), demora en la entrega de medicamentos, y calidad de la atención prestada a los usuarios.

Algunos factores son determinantes para el acceso a servicios de salud i.e., “*sexo, nivel de educación, índice de necesidades insatisfechas, afiliación y lugar de residencia*” (Roldán, 2009). De tal manera que personas con bajo nivel de estudios y que habitan zonas rurales lejanas de un centro urbano, tienen menor probabilidad de acudir a los servicios de salud.

Así mismo, se presentan dificultades para la prestación de servicios del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y el subsidiado, los cuales van desde trámites administrativos que dilatan la prestación del servicio, hasta la demora de tratamientos prioritarios como: oncología, unidad renal y procedimientos o cirugía cardiovascular.

Dentro de las barreras administrativas propias de los servicios de salud se identificaron la demora en la asignación de las citas, la tramitología para pedir citas con especialistas o exámenes diagnósticos, largos tiempos de espera en sala cuando acuden a las citas y corta duración de la cita médica, entre cinco y diez minutos (Mejía et al, 2010).

La tramitología y el papeleo es otra de las barreras de los servicios que han sido identificadas por los usuarios, además del cumplimiento de gran cantidad de requisitos burocráticos, pagos, papeles, trámites, copagos, autorizaciones y acciones legales para recibir el servicio. Como consecuencia, algunos usuarios se ven obligados a retrasar o incluso dejar de ir al médico, aunque se trate de una urgencia, prolongando innecesariamente su sufrimiento y aumentando el riesgo de sufrir complicaciones médicas o de morir<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup>Médicos Sin Fronteras, Colombia: MSF alerta sobre las barreras de acceso a los servicios de salud que sufren las personas más desfavorecidas. 14/04/2011. Disponible en:

El Sistema General de Seguridad Social debe propender a garantizar la cobertura universal, la prestación del servicio de salud de manera eficiente, equitativa y de calidad para los usuarios. No obstante, como se ha mencionado, con el transcurrir de varios años no se han logrado dichos objetivos, y en tal medida la Corte Constitucional, a través de la Sentencia 760 de 2008, instó al gobierno a tomar medidas para la consecución de estos objetivos.

La afiliación al sistema general de seguridad social tampoco garantiza el acceso a la salud debido a que la cobertura de servicios del POS contributivo se logra de manera progresiva mediante el pago de los periodos de cotización. De esta forma, a partir de la afiliación solamente se cubren las urgencias, y tan solo a partir de la semana 26 de cotización se tiene cubrimiento de tratamientos más complejos.

Una de las estrategias por las que se puede garantizar el derecho a la salud es la prevención de la enfermedad y la promoción eficaz de la salud. A través de estos métodos se habilita a las personas para que adopten comportamientos saludables, de menor riesgo y se protejan. Estos procesos son desarrollados por el Gobierno a través de programas de Atención Primaria en Salud, los cuales buscan brindar una asistencia sanitaria esencial, basada en la aplicación de métodos prácticos y tecnología, con fundamentos científicos y sociales, que son accesibles a todos los individuos y familias de la comunidad .<sup>121</sup>

Mediante educación y sensibilización en salud, se busca sembrar en los ciudadanos la cultura de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, con la intención de disminuir las barreras de acceso a los servicios de salud y procurando aumentar la demanda de los mismos en los grupos priorizados.

---

<http://www.msf.es/noticia/2011/colombia-msf-alerta-sobre-barreras-acceso-servicios-salud-que-sufren-personas-mas-desfa>

<sup>121</sup>Luna Morales, Estela Cristina. Talento humano para sistemas de salud basados en APS: perfiles Formación y competencias. Disponible en <http://guajiros.udea.edu.co/fnsp/congresosp6/memorias6/Viernes%2012/PONENCIA%20DRA%20LUNA.pdf>

### 2.3.2 Promoción, prevención y protección

En el tema de la promoción de salud (Vélez, 2000, p. 86-95), se habla sobre un conjunto de acciones articuladas, orgánicas y orientadas a una finalidad<sup>122</sup> que tienen como meta impulsar, subir de nivel, destacar, facilitar el acceso, hacer más asequible el servicio de salud. La promoción de la salud, según la Carta de Ottawa<sup>123</sup>, consiste en proporcionar a las personas los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma.

Por su parte, para la Organización Mundial de la Salud, la promoción de la salud es considerada como la suma de las acciones de la población, los servicios de salud, las autoridades sanitarias y otros sectores sociales y productivos, encaminados al desarrollo de mejores condiciones de salud individual y colectiva.

La Constitución Política de Colombia contempla a la salud como un derecho, y la Sentencia 760 de 2008 ratifica el derecho a la salud como derecho fundamental, y aclara que uno de los principales fines y obligaciones del Estado es garantizar el acceso a los servicios de promoción, prevención, protección y recuperación.

La promoción de la salud ha sido definida legalmente como:

La integración de las acciones que realizan la población, los servicios de salud, las autoridades sanitarias y los sectores sociales y productivos con el objeto de garantizar, más allá de la ausencia de enfermedad, mejores condiciones de salud físicas y

---

<sup>122</sup>Franco S, Ochoa D, Hernández M. La promoción de la salud y la seguridad social. Foros sobre promoción de la salud en la seguridad social. Bogotá; Instituto de Seguros Sociales. Corporación Salud y Desarrollo. Julio 7 de 1995. P. 6. Citado por Vélez Arango, Alba Lucía, Marco político y legal de la promoción de la salud Vélez, 2000, p. 86-95..

<sup>123</sup> Organización Mundial de La Salud, Paho. Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud 1986. Disponible en: <http://www.paho.org/Spanish/hpp/ottawacharterSp.pdf>. Consultada en Octubre de 2011.

síquicas de los individuos y las colectividades. La promoción de la salud, de acuerdo con su objeto, tiene acciones de fomento de la salud y la prevención de la enfermedad. De acuerdo con sus modalidades y población objetivo, hacen parte de la promoción de la salud las acciones de salud pública y de servicios básicos.<sup>124</sup>

Las acciones de salud pública y los servicios básicos forman parte de la promoción de la salud y constituyen el objeto del Plan Nacional de Atención Pública (antiguamente el Plan de Atención Básica). Dentro de este plan se incluyen aquellas acciones que buscan garantizar un entorno sano, orientar y coordinar a la población para el mantenimiento de la salud, la prevención de la enfermedad y el conocimiento sobre el uso oportuno y adecuado de los otros planes de atención<sup>125</sup>. Actualmente, este plan se realiza cada cuatro años y está incluido dentro del Plan Nacional de Desarrollo<sup>126</sup>. El conjunto de actividades se realizan para toda la población de manera gratuita y no está sujeto a ningún tipo de afiliación en salud.

El derecho a la salud es promovido y garantizado a través de la gestión descentralizada del Sistema General de Salud y Seguridad Social, el cual busca a través de planes sectorizados la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades para que la ciudadanía posea una mejor calidad de vida. Para ejecutar tales objetivos es imperante que el gobierno elabore un plan de acción en el que revise a nivel nacional las prioridades -en materia de salud- que causan un mayor impacto sobre la calidad de vida de los ciudadanos.

Para lograr dichos objetivos es fundamental brindar educación sobre los principales problemas de salud, métodos de prevención de enfermedades, incentivar programas de buena alimentación, higiene, agua potable y la adecuada prevención de enfermedades. En cuanto a la prevención de la enfermedad, podemos definirla como el conjunto de acciones realizadas para evitar que el daño o la enfermedad aparezcan, se prolonguen, ocasionen daños mayores o generen secuelas evitables. La prevención es la aplicación

---

<sup>124</sup>Ministerio De Salud. Decreto 1891 de 1994. Artículo 2o. Promoción de la salud.

<sup>125</sup> Ministerio de Salud. Resolución 4288 de 1996. Artículo 6.

<sup>126</sup> Congreso de Colombia. Ley 1122 de 2007. Artículo 33.

de medidas técnicas médicas y de otras disciplinas para impedir la aparición de la enfermedad, curarla, y devolverle las capacidades perdidas a un paciente (Vélez, 1990, p. 173).

En este punto el gobierno ha optado implementar políticas de prevención de la enfermedad con leyes como la Ley 30 de 1986<sup>127</sup> y, más recientemente, la Ley 1335 del 2009<sup>128</sup>. Estas generan un conducto de actividades encaminadas a reducir y evitar la dependencia y consumo de alcohol y al tabaco con campañas de prevención y programas educativos. Igualmente, a través de guías de promoción de la salud y prevención de la enfermedad en la salud pública, las cuales se enfocan en la detección temprana de alteraciones de la salud, protección específica de prevención en salud, y de atención para las enfermedades.

La eficaz prevención de la enfermedad y promoción de la salud son aquellas acciones que habilitan e instruyen a las personas para que adopten comportamientos saludables, de menor riesgo y se protejan i.e, difusión de información, educación, fomento de las buenas prácticas de salud, control del consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, campañas y promoción de la planificación familiar, prevención, detección precoz y control de enfermedades (García y Tobón, 2011).

Para el gobierno implementar las medidas de prevención por ser específicas y puntuales genera menos costos y los resultados se ven a corto plazo, mientras que la promoción es un proceso que busca crear condiciones de vida saludables, lo cual implica mayores costos y refleja resultados duraderos a largo plazo. En Colombia el desarrollo de los programas de prevención de la enfermedad y promoción de la salud no se encuentran muy adelantados debido a la falta de ejecución de políticas públicas y al desconocimiento de los ciudadanos de sus derechos y deberes en materia de salud.

---

<sup>127</sup> Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones.

<sup>128</sup> Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana.

### 2.3.3 Control y vigilancia de los prestadores del servicio de salud

El Estado tiene dentro de sus funciones fiscalizar el cumplimiento del orden jurídico, vigilar el acatamiento de los mandatos, proteger los intereses del Estado, procura que las entidades cumplan sus deberes y obligaciones legales y, en caso de desviaciones, implementar las acciones disciplinarias y sancionatorias del caso.

Para conocer y verificar el cumplimiento del control y vigilancia del Estado, es necesario saber cuáles son los deberes que deben cumplir los prestadores de servicios de salud.

Al respecto, podemos decir que parte de las entidades están representadas por las instituciones, las empresas prestadoras de los servicios de salud (IPS y EPS) y por los profesionales de la salud, quienes están sujetos al deber de implementar y gestionar los procesos de atención en salud desde la perspectiva de la calidad, accesibilidad, oportunidad, pertinencia, continuidad, y seguridad (Murcia, 2008, p.95).

Entonces, las empresas prestadoras de servicios de salud tanto públicas como privadas están la obligación de cumplir deberes que impone la constitución y la ley. De modo así, que es sobre aquellos deberes que los organismos de vigilancia y control en el área de la salud ejercen su especial observación, que busca en último término, garantizar la calidad en la prestación de los servicios de salud a los ciudadanos.

La labor de vigilancia es el conjunto de acciones encaminadas a velar por el adecuado desarrollo del sistema, conforme a la Constitución Política, a las Leyes y demás disposiciones o Normas Técnicas, Científicas, Administrativas y Financieras que expide el Gobierno Nacional y los organismos de Control y Vigilancia. La inspección, siendo el conjunto de actividades y acciones encaminadas al *seguimiento, monitoreo y evaluación* del desarrollo del sistema 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 .<sup>129</sup>

Las actividades anteriormente mencionadas buscan verificar que los prestadores del servicio vayan en mira de mejorar la calidad de los servicios de salud con una atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continuos y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.<sup>130</sup>

Arbeláez(2002) afirma que los derechos del paciente se pueden proteger vía los derechos del consumidor, puesto que el administrado realiza el consumo necesario de los servicios de salud(Murcia, 2008, p.95). En nuestro país la autoridad competente para la función de supervisión y control en la prestación de los servicios de salud es la Superintendencia Nacional de Salud.

Además de la función de Inspección Vigilancia y Control, por medio de la Ley 1122 de 2007 la Superintendencia Nacional de Salud fue facultada para ejercer funciones jurisdiccionales y de conciliación<sup>131</sup>. De tal forma, la Superintendencia puede actuar como un conciliador de oficio o, a petición de partes, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios. Los acuerdos conciliatorios tienen el trámite y efectos de cosa juzgada como está previsto en la ley 640 de 2001.<sup>132</sup>

La función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud opera a petición de parte, y busca garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Esta función se encarga de los siguientes asuntos: cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando hay negativa por parte de las entidades promotoras de salud, realizar intervenciones cuando se ponga en riesgo la salud del usuario, realizar el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto

---

<sup>129</sup>MORA JARAMILLO Eduardo Adolfo. (Coordinador).Vigilancia y control de servicios de salud. Disponible en: <http://www.ids.gov.co/new/vigilancia%20y%20control%20ss.html>

<sup>130</sup>Ibíd.

<sup>131</sup> Ley 1122 DE 2007, artículo 38.

<sup>132</sup>Superintendencia Nacional De Salud. Función de Conciliación. <http://www.supersalud.gov.co/supersalud/Default.aspx?tabid=283>

de atención de urgencias (cuando se es atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS) cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS; resolver conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.<sup>133</sup> Con estas funciones se busca amparar los derechos del usuario en la recepción de los servicios de salud. Sin embargo, muy pocos son los que conocen los nuevos procedimientos. Además, es triste que para recibir un servicio de salud digno y que respete los derechos fundamentales, se deba recurrir a instancias múltiples con un final incierto.

---

<sup>133</sup>Superintendencia Nacional de Salud.  
<http://www.supersalud.gov.co/supersalud/Default.aspx?tabid=284>

## CONCLUSIONES

En Colombia algunas personas no tienen libre acceso al sistema de salud por no contar con los medios necesarios para ello o porque el sistema resulta insuficiente en la prestación del servicio y en la solución de problemas. El derecho a la salud es un derecho fundamental y, por tanto, una prestación obligatoria por parte del Estado. Para que el derecho a la salud pueda ser ejercido plenamente es necesario que se cumpla a plenitud con los principios rectores del derecho a la Salud: *accesibilidad, igualdad, equidad, gratuidad, aceptabilidad y calidad*.

Dentro de los fines esenciales del Estado se encuentra servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. La atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, y por este motivo es su deber organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.

Actualmente la población colombiana no cuenta con protección ni garantías reales a su derecho a la salud, prueba de ello son los innumerables reclamos por parte de los usuarios del sistema de salud ante la rama jurisdiccional. La tutela consagrada como mecanismo de protección del derecho fundamental de la salud se ha convertido en el mecanismo de protección más eficiente, por no decir el único, para que los pacientes logren el tratamiento integral de sus patologías.

La negativa de las instituciones en la prestación de servicios de salud se basa en las limitaciones contempladas dentro del Plan Obligatorio de Salud, dentro del cual se excluyen por su costo medicamentos, tratamientos y servicios que las EPS e IPS no están obligadas a suministrar. Por esto es necesaria una orden judicial para que estos servicios sean suministrados por las entidades prestadoras de servicios y para que

mediante fallo de tutela se ordene su recobro ante el FOSYGA, asegurando así sus finanzas por medio del recobro al Estado.

La principal causa externa de la congestión de la rama judicial es el incumplimiento por parte de las entidades públicas de las normas legales, y la jurisprudencia reiterada en lo relativo a las tutelas en salud. El FOSYGA fue concebido como un mecanismo para financiar el suministro de medicamentos y procedimientos no contenidos en el POS o sujetos a períodos mínimos de cotización. Así las EPS, tienen un derecho constitucional al recobro de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación. Sin embargo, debido a la creciente ola de negaciones de servicios por parte de entidades e instituciones prestadoras de servicios de salud, se ha generado una avalancha de tutelas por servicios POS y no POS, cuestión que además ha provocado un gran impacto financiero.

La vulneración de derechos a pacientes es una constante representada en la injustificada negación de tratamientos y medicamentos por parte de las EPS, excesiva tramitología y demora en la autorización o práctica de servicios, violación del derecho a escoger libremente la IPS o el médico de preferencia, a ser informado y la retención de cadáveres y pacientes por parte de centros médicos y hospitalarios.

Pese a las reformas en salud y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de salud, la situación no ha sufrido mayor cambio. Es evidente que para que las reformas tengan algún tipo de significación y acción, es necesaria la manifestación de interés gubernamental. El derecho a la salud se ve limitado en la medida en que las leyes planteen que el sistema general de seguridad social debe ser autosostenible financieramente, afectando de esta manera a la población vulnerable que no cuenta con recursos ni medios para exigir sus derechos. Además, para ofrecer un mejor servicio en salud y garantizar los derechos de los pacientes es necesario agilizar los procesos de acceso y servicios tanto generales como de especialidad en salud.

Si bien es cierto que mediante la Sentencia T- 760 de 2008 la Corte Constitucional planteo lineamientos al Gobierno para la prestación de servicios de salud, es cuestionable que los motivos que hayan llevado a tales decisiones sean el alto número de acciones de tutela y revisiones que solicitaban la protección del derecho a la salud. Entendiendo entonces que la Corte propende por reducir el número de acciones de tutelas (amparo para que los ciudadanos protejan sus derechos fundamentales) a través de los lineamientos planteados en la mencionada Sentencia.

La salud se ha convertido en un negocio sujeto a las variaciones del mercado, en que las entidades prestadoras de servicios de salud aumentan los costos de transacción de los usuarios para desincentivar la solicitud de prestación de servicios

A pesar de la evidencia de las vulneraciones del derecho a la salud, es importante reconocer que el Sistema General de Salud a través del Plan Obligatorio de Salud ofrece el cubrimiento de un variado número de medicamentos, tratamientos y procedimientos, y esto ha permitido el acceso a los servicios sanitarios de parte de la población. Siendo necesario fortalecer el sistema en orden de cumplir los fines propugnados por la Carta Política.

Es posible la sostenibilidad a largo plazo del sistema de salud, al vislumbrar que la normatividad y las políticas de salud están dispuestas para la prestación de servicios de salud de forma integral y de calidad, careciendo tan solo de un mayor control y vigilancia por parte del Estado a las entidades prestadoras de servicios y los dineros destinados para este fin.

El derecho a la salud no es simplemente un derecho de los catalogados como económicos, sociales y culturales, sino que realmente se ha configurado en un derecho fundamental autónomo que merece gozar de las características típicas de este tipo de derechos, y además de ello debe poder ser garantizado por parte del estado a través de medidas eficaces de regulación de las leyes vigentes (Ley 1430 de 2011).

El Estado debe optar por amparar el derecho a la salud de la población, sin que se vulneren las garantías adquiridas durante la vigencia de la Ley 100 de 1993, sus modificaciones y reformas, teniendo en cuenta que los recursos destinados seguirán siendo limitados para la plena satisfacción de las necesidades sanitarias de la población en consecuencia es recomendable fortalecer la estructura del régimen vigente aprovechando los avances y corrigiendo los fallos detectados durante sus años de vigencia .

Pese a las oportunidades de mejora encontradas en la prestación de los servicios de salud y en la salvaguarda del derecho a la salud, el sistema de salud colombiano es uno de los más adelantados en Latinoamérica en el logro de progresividad y efectos en el bienestar de los ciudadanos, por lo cual se considera que el sistema debe mantenerse siempre y cuando existe un compromiso serio de los entes reguladores que corrijan las deficiencias de la estructura de prestación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arbeláez, M. (2002). *La Protección a la Salud. Línea Jurisprudencial y Notas Constitucionales*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- Arbeláez, M.(2006). *Derecho a la Salud en Colombia. El acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: [http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?qclid=COjE\\_Lbxq64CFUff4Aod9jkdPQ](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?qclid=COjE_Lbxq64CFUff4Aod9jkdPQ)
- Beltrán A. M. (2004) El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento? En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V: 57. (pp. 1620-1632). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Beltrán U. *Reacciones A La Propuesta De Proyecto De Reforma En Salud Del Alcalde Petro*. Recuperado de: <http://ulahybeltranlopez.blogspot.com/2012/07/reacciones-la-propuesta-de-proyecto-de.html>
- Bustamante A. (1998). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Camacho, M. (2001). *Humanice la prestación de sus servicios de salud*. Bogotá: Centro de Gestión Hospitalaria.
- Carbonell, J. M. (2010,02,10). Los “paseos de la muerte” en Colombia. *NotiColombiaPress*. Recuperado de: <http://homosapiensdemens.blogspot.com/2010/02/los-paseos-de-la-muerte-en-colombia.html>
- Cascajo, J.L.(1988). *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Colección de cuadernos y debates No. 5. Madrid: Centro de estudios constitucionales de Madrid.

- Cassagne, J. (2009). *Derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Castaña, M. P. (2008). *Marco general de las responsabilidades jurídicas que pueden aplicarse a las instituciones de salud y al personal sanitario y su visión desde la prevención y gestión de riesgos jurídicos en el sector de la salud*. Derecho Médico-Sanitario (I). Actualidad, tendencias y retos. Bogotá: Universidad del Rosario: Bogotá.
- Castaña, P. (1997). *El Consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Temis.
- Chacón, A. (2003). *Fundamentos de responsabilidad médica*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Cartilla Salud para todas, para todos*. Recuperado de: [http://portaldic10.cd hdf.org.mx/index.php?id=publusalud\\_04](http://portaldic10.cd hdf.org.mx/index.php?id=publusalud_04)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Observación general N° 14. Recuperado de: [http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc\\_basicos/1\\_instrumentos\\_universales/5%20Observaciones%20generales/39.pdf](http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/39.pdf)
- Constitución Política de Colombia (2007). Bogotá. Editorial Temis.
- Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos (1997). México: Editorial Porrúa.
- Cuetara, J.M. (1983). *La Actividad de la Administración*. Madrid: Tecnos.
- Darnacullea, M.. (2005). *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales.
- Defensoría del Pueblo (2003). *El derecho a la Salud. En la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá.
- Defensoría del Pueblo (2006). *Derechos humanos para vivir en paz. Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la Luz del Derecho a la Salud*. Bogotá: Serie DESC.
- Defensoría del Pueblo (2008). *¡Sí hay derecho! El Derecho a la Salud*. Bogotá.
- Defensoría del Pueblo (2010). *La tutela y el derecho a la salud 2009*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE- (2009). *Encuesta Nacional de calidad de Vida 2008*. Recuperado de: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/calidad\\_vida/Presentacion\\_mar18boletin.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/Presentacion_mar18boletin.pdf).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001) Vigésima segunda edición. Recuperado de: <http://buscon.rae.es/drae/>.
- El Espectador. Editorial (2009,08,02). *Salud Insostenible*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/articulo154075-salud-insostenible>
- Franco S, Ochoa D & Hernández M. (1995). *La promoción de la salud y la seguridad social. Foros sobre promoción de la salud en la seguridad social*. Bogotá; Instituto de Seguros Sociales /Corporación Salud y Desarrollo.
- García, C & Ocampo D. (2006)Análisis de los recobros de medicamentos presentados ante el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga. *Rev. Col. Cienc. Quím. Farm. Vol. 35 (2), p. 307-313*. Recuperado de: <http://www.ciencias.unal.edu.co/unciencias/data-file/farmacia/revista/V35N2-07.pdf>
- García, C. y Tobón, O. *Promoción de la salud, Prevención de la Enfermedad, atención Primaria en Salud y Plan de Atención Básica ¿Qué los acerca? ¿Qué los separa?*. Recuperado de: [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%205\\_2.pdf](http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%205_2.pdf)
- Gil, E. (2008). *Responsabilidad Médica y hospitalaria en el derecho público Derecho Médico-Sanitario (I) Actualidad, tendencias y retos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Gómez, A. (2008). *Responsabilidad en la gestión del riesgo la atención a la salud en el sistema Colombiano. Derecho Médico-Sanitario (I) Actualidad, tendencias y retos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- González, C. (2005). En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud. *Revista Educación médica superior*. Volumen 19 No. 4. Recuperado de: [http://www.bvs.sld.cu/revistas/ems/vol19\\_4\\_05/ems01405.htm](http://www.bvs.sld.cu/revistas/ems/vol19_4_05/ems01405.htm).
- González, S. (2007). *La calidad en el servicio como principal fidelizador en el sector salud*. Tesis de Especialización en Gerencia Comercial. Bogotá: Universidad de la Sabana.

- Gran Enciclopedia Planeta. (2004). Barcelona: Editorial Planeta., Tomo 18.
- Grupo Temático Para Colombia (2008). *Derechos Humanos, infección por VIH y Sida Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre VIH y Sida –ONU SIDA*. Bogotá.
- Gutiérrez, L. & Gutiérrez, J.(2000). *Derecho a la Salud*. Medellín: Señal Editora, 2000.
- Jaramillo. I. (1997). *El futuro de la salud en Colombia, la puesta en marcha de la ley 100*. Bogotá: Fundación Corona.
- López, H. (2001). *Datos cuantitativos sobre la tutela. Cuánto, ante quiénes, quiénes y dónde (1999-2001)*. Bogotá: Legis Editores S. A.
- Manrique, J. I. (2009) *Protección Constitucional del derecho a la educación y responsabilidad estatal por falla en el servicio de educación*. Tesis de grado para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en derecho administrativo.
- Martínez, G. (1988) *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Médicos Sin Fronteras, Colombia (2011) *MSF alerta sobre las barreras de acceso a los servicios de salud que sufren las personas más desfavorecidas*. Recuperado de: <http://www.msf.es/noticia/2011/colombia-msf-alerta-sobre-barreras-acceso-servicios-salud-que-sufren-personas-mas-desfa>
- Mejía, M., et al. (2010). Barreras para el acceso de adolescentes y jóvenes a servicios de salud. Recuperado de: <http://www.unfpacolombia.org/uploadUNFPA/file/BarrerasJovenesWeb.pdf>
- Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno. ( 2005). *La salud: derecho fundamental*. Bogotá: Editorial Código Ltda.
- Morales Sánchez, Efraín (2007, 03, 15). *Ponencia ante Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática*. México.: Cámara de Diputados LX Legislatura. Versión No. 2329.
- Murcia, M. (2008). *Derecho de la competencia y consumo en los servicios de salud. Responsabilidad médica y hospitalaria en el derecho público Derecho Médico-Sanitario (I) Actualidad, tendencias y retos*. Bogotá, Universidad del Rosario.

Organización de los Estados Americanos (1948). *Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>

Organización Mundial de La Salud (1986). *Paho. Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud*. Recuperado de: <http://www.paho.org/Spanish/hpp/ottawacharterSp.pdf>.

Orozco, JM. (2008) *Caracterización del mercado del aseguramiento en salud para el régimen contributivo en Colombia*. Recuperado: [www.eumed.net/libros/2008b/386](http://www.eumed.net/libros/2008b/386)

Ortiz, I. (2007) *Proyecto De Ley Reformatoria a La Ley de Derechos y Amparo al Paciente*. Recuperado: <http://apps.congreso.gov.ec/sil/documentos/proyectos/28-362.doc>

Pérez, A. (2009). *La tutela y el derecho a la salud*. Bogotá: informe periodo 2006- 2008. Defensoría del Pueblo.

Personería de Bogotá. *Prohibida retención de documentos y pacientes*. Recuperado de: <http://www.personeriabogota.gov.co/?idcategoria=1667>

PNUD (1991) Informe de Desarrollo Humano Colombia, Tercer Mundo Editores. <http://pnud.supremeserver16.com/files/InfoMundiales/IDH%201991.pdf>

Protocolo de San Salvador (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de: [http://132.247.1.49/pronaledh/images/stories/1988\\_ProtocoloSanSalvador\\_convam.pdf](http://132.247.1.49/pronaledh/images/stories/1988_ProtocoloSanSalvador_convam.pdf)

Quintero G. (2011, 07,07). *Contraloría alerta sobre fuga de recursos de la salud*. Recuperado de: <http://www.radiosantafe.com/2011/07/07/contraloria-alerta-sobre-fuga-de-recursos-de-la-salud/>.

Quintero, R. *Derechos del Ciudadano*. Recuperado de: <http://roberto16.wikispaces.com/?f=print>.

Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. El derecho a la salud. Recuperado de: [http://www.escrnet.org/resources/resources\\_show.htm?attribLang\\_id=13441&doc\\_id=427013](http://www.escrnet.org/resources/resources_show.htm?attribLang_id=13441&doc_id=427013)

- República de Ecuador (1995). Ley No. 77. RO/ Sup 626 de 3 de Febrero de 1995. Ley de derechos y amparo al paciente. Recuperado de: [www.dpsp.gov.ec/salud/Docs/baseslegales/once.pdf](http://www.dpsp.gov.ec/salud/Docs/baseslegales/once.pdf)
- Restrepo J. H. & Rodríguez A. S. (2005). Diseño y experiencia de la regulación en salud en Colombia. Borradores del CIE. *Revista de economía institucional*, Vol. 7, p. 165-190.
- Restrepo, M. (2010). Estudio Regional de la Congestión en la jurisdicción administrativa. *Estud. Socio-Juríd.* 12(1): 263-283.
- Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Roldán, P. (2009, 11, 22). Barreras en el acceso a los servicios de Salud. *El Heraldo*. Recuperado de: <http://blogs.uninorte.edu.co/media/users/cacorredor/File/agosto24.pdf>
- Ruiz, F. (2012). *Sistema de salud y aseguramiento social: entre la reforma estructural y el ajuste regulatorio*. Bogotá, Ecoe Ediciones.
- Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez..
- SENA. Escuela de Formación Virtual (sin fecha). "Mecanismos para la Protección de los Derechos fundamentales". Recuperado de: [es.scribd.com/doc/52696657/CAPITULO-I-LA-ACCION-DE-TUTELA](http://es.scribd.com/doc/52696657/CAPITULO-I-LA-ACCION-DE-TUTELA).
- Serrano, L. (2000) *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Sotelo, L. (2000). *Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas. Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos*. Colombia: . Departamento Nacional de Planeación.
- Tamayo J.(1997). *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Tamayo, J. et al. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Torres, L. (2002). Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana. *Revista Dikaion* Vol. 11, p. 57-71.

- Torres, M. (2009). Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud estado de las cosas frente a la Sentencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000). *General Comment 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*.
- Uprimny, R. (2001). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En: Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Tomo I.
- Vélez A. (2000). Marco político y legal de la promoción de la salud. En: *Revista Colombia Médica*. Volumen 31 N° 2.
- Vélez, A. (1990). Conceptos Básicos del Proceso Salud- Enfermedad. *Monografías Universitarias No. 9*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Vélez, A. (2005). La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud?. *Colombia Médica*. Vol. 36 N° 3.

## **CORTE CONSTITUCIONAL**

- Sentencia T-002/1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-406/1992. MP. Ciro Angarita.
- Sentencia T-419/1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentencia T-491/1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-534/1992. MP. Ciro Angarita.
- Sentencia T-571/1992. MP. Jaime Sanín.
- Sentencia T-200/1993. MP. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia T-290/1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T- 165/1995. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-477/1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia SU-043/1995. MP. Fabio Morón Díaz.  
Sentencia C-333/1996. MP. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia T-640/1996. MP. Antonio Barrera Carbonell.  
Sentencia SU-111/1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sentencia SU-480/1997. MP. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia T-322/1997. MP. Antonio Barrera Carbonell.  
Sentencia T-114/1998. MP. José Gregorio Hernández.  
Sentencia T- 225/1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia T- 236/1998. MP. Fabio Morón Díaz.  
Sentencia T-260/1998. MP. Fabio Morón Díaz.  
Sentencia T-691/1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.  
Sentencia T-119/1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.  
Sentencia T-382 /1999. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sentencia SU-337/1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia SU-562/1999. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia SU-819/1999. MP. Álvaro Tafur Galvis.  
Sentencia T-442/2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.  
Sentencia T-941/2000. MP. Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia T-1081/2001. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-1158/2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sentencia T-1188/2001. MP. Jaime Araujo Rentería.  
Sentencia T-229/2002. MP. Álvaro Tafur Galvis.  
Sentencia T-344/2002. MP. Manuel José Cepeda.  
Sentencia T-633/2002. MP. Jaime Córdoba Triviño.  
Sentencia T-850/2002. MP. Rodrigo Escobar Gil.  
Sentencia T-062/2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentencia T-276/2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.  
Sentencia T-350/2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.  
Sentencia T 859/2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentencia T-859/2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentencia T-010/2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-011/2004 MP. Rodrigo Escobar Gil.  
Sentencia T-094/2004. MP. Eduardo Montealegre Lynett.  
Sentencia C-106/2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-322/2004. MP. Jaime Araujo Rentería.  
Sentencia T-436/2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-666/2004. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.  
Sentencia T-801/2004. MP. Alfredo Beltrán Sierra.  
Sentencia T-828/2004. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.  
Sentencia T-1008/2004. MP. Jaime Araujo Rentería.  
Sentencia T-656/2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-762/2005. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-152/2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.  
Sentencia T-379/2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-837/2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-1016/2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.  
Sentencia T-016/2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-060/2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-148/2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-200/2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.  
Sentencia T-417/2007. MP. Álvaro Tafur Galvis.  
Sentencia T-439/2007. MP. Clara Inés Vargas Hernández  
Sentencia T-964/2007. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-1087/2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.  
Sentencia T- 233/2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-517/2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-548/2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-760/2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sentencia T-120/2009. MP. Clara Inés Vargas Hernández.  
Sentencia T-140/2009. MP. Mauricio González Cuervo.  
Sentencia T-595/2009 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.  
Sentencia T-170/2010. MP. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-603/2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia T-1030/2010. MP. Mauricio González Cuervo.

## **CONSEJO DE ESTADO**

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Alfonso Sierra Velásquez. Bogotá D.C., Sentencia 20 de febrero de 1989. Expediente 4655.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Bogotá D.C., Sentencia 22 de Noviembre de 1991. Expediente 6784.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Bogotá D.C., Sentencia 9 de abril 1992. Expediente 6805.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá D.C., Sentencia 24 de agosto de 1992. Expediente 6754.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Bogotá D.C., Sentencia 26 Noviembre de 1992. Expediente 7130.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., Sentencia 21 Octubre de 1999. Expediente 10948 – 11643.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., Sentencia 11 Noviembre de 1999. Expediente 11499.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá D.C., Sentencia 3 Febrero de 2000. Expediente 14787.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., Sentencia 2 Marzo de 2000. Expediente 11945.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá D.C., Sentencia 15 de junio de 2000. Expediente: 11614.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., Sentencia 30 Noviembre de 2000. Expediente 11955.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. María Helena Giraldo Gómez. Bogotá, D.C., Sentencia 22 abril de 2004.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C., Sentencia 19 de agosto de 2009.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., Sentencia 28 de abril de 2010.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas. Sentencia de febrero 5 de 2008.  
M.P. Javier Zapata Ortiz.

Sala de Casación Civil. Sentencia 30 de Enero de 2001. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil. Sentencia 11 de septiembre de 2002. MP. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil. Sentencia 11 de febrero de 2003. MP. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil. Sentencia 18 de mayo de 2005 MP. Jaime Alberto Arrubla.

Sala de Casación Civil. Sentencia 18 de octubre de 2005 MP. Pedro Octavio Munar C.

## **LEGISLACIÓN**

Ley 100 de 1993

Ley 715 de 2001

Ley 1122 de 2007.

Ley 1437 de 2011

Decreto Reglamentario 1485 de 1994

Decreto 1152 de 1999

Decreto 1703 de 2002

Decreto 1011 de 2006

Decreto 4747 de 2007

Resolución 4288 de 1996

Resolución 1439 de 2002

Resolución 486 de 2003

Resolución 1894 de 2003

Resolución 3099 de 2008.