

**ANALISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA SALUD BAJO LA LEY
ESTATUTARIA 1751 DE 2015**

**NUBIA ACEVEDO JAIMES
SANDRA CAROLINA SILVA PUERTO**

**INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC
COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTÁ, D.C.
2016**

**ANALISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA SALUD BAJO LA LEY
ESTATUTARIA 1751 DE 2015**

Monografía para optar a título de abogado

NUBIA ACEVEDO JAIMES
SANDRA CAROLINA SILVA PUERTO

Asesor
Doctor, Andrés Felipe Trujillo Galvis

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC
COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTÁ, D.C.
2016

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C., Febrero de 2016

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	7
I. DERECHO A LA SALUD	9
1.1. NOCIÓN DE SALUD	9
1.2. El Derecho fundamental a la salud en la Constitución Política de Colombia del 1991	14
1.3. Desarrollo Legal	18
1.4. Tipo de derecho	23
1.5. Evolución jurisprudencial del tipo de derecho que es la salud como derecho fundamental.....	26
2. LEY ESTATUTARIA 1751 DEL 2015	34
2.1 Ley estatutaria Y Ley Ordinaria	34
2.2 Objeto.....	35
2.3. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud	36
2.4 Ámbito de aplicación	38
2.5 Definición de Sistema de salud	38
2.6 Obligaciones del Estado.....	40
2.7 Elementos	42
2.8 Principios.....	44
2.9 Determinantes	50
2.10. Deberes.....	50
2.11. Derechos	52
2.12 Sujetos de especial protección.....	53
2.13. Garantías y Mecanismos de protección	54
2.14. Prestaciones de salud.	55
2.15. Procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud.....	56
2.16. Autonomía profesional.....	56

2.17. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud.	57
2.18. Política para el manejo de la información en salud.	58
2.19. De la política pública en salud.	58
2.20. Divulgación de información sobre progresos científicos.	59
2.21. Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud.	59
2.22. Política Farmacéutica Nacional.	59
2.23. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas.	60
2.24. Destinación e inembargabilidad de los recursos.	61
3. Conclusiones	64
4. BIBLIOGRAFIA.	66

AGRADECIMIENTOS

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia "UNICOC", por ofrecernos la oportunidad de una educación versátil, innovadora, responsable, permitiéndonos crecimiento personal como verdaderos profesionales del derecho y ciencias políticas, con un alto sentido de servicio y vocación social.

Al director de la monografía, Dr. ANDRES FELIPE TRUJILLO GALVIS, por su tiempo, apoyo, colaboración, orientación y dirección profesional

INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Constitución del 1991, se promulga como un fin del Estado la protección de la vida, lo que se reafirma en el artículo 11 de la misma norma, estableciendo que la vida es inviolable, así mismo, el artículo 49 categoriza la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, garantizando desde allí el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Estas previsiones permitieron que desde la expedición de la Constitución de 1991 se acudiera a la Acción de Tutela de que trata el artículo 86 para la protección efectiva de los derechos fundamentales y en consideración a la conexidad con la vida, con la dignidad humana, y en muchas ocasiones con el libre desarrollo de la personalidad, se buscara y obtuviera la protección del derecho a la salud.

El hecho de que la salud no fuera considerado como derecho fundamental, permitió que en muchas ocasiones por protegerlo, se accediera a proteger derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, para desde esa perspectiva amparar y tutelar tratamientos suntuosos que por sus altos costos el sistema no está en condiciones de soportarlo. Es así como por considerar el Juez Constitucional que no tiene en su formación los conceptos médicos para calificar de necesario un servicio y prácticamente solo se sustrae al concepto general de la OMS donde efectivamente se contempla el estado de salud como la percepción física y síquica de la persona para poder vivir, se incurre en abusos al sistema.

La Corte Constitucional, luego de revisar innumerables fallos de tutela, durante los casi 20 años de existencia de la Constitución del 91, mediante la sentencia 760 de 2008, ordena al gobierno nacional la expedición de una ley estatutaria que desarrolle el derecho fundamental de la salud.

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, donde se da cumplimiento a lo ordenado en la Corte frente a la regulación por parte del gobierno del derecho a la salud, no se han extirpado la totalidad de los vicios que se vienen presentando, ya que no se ha dejado con claridad determinado cuales son los procedimientos obligatorios, no obligatorios y los excluidos, ya que esto se entiende ha quedado reservado para la reglamentación por parte de los organismos encargados con participación de la colectividad.

En el presente trabajo se hará el análisis conceptual de la Ley 1751 de 2015, la cual eleva el derecho a la salud como derecho fundamental dotándolo de autonomía y sujeto de tutela sin que medie la violación de otro derecho fundamental, concepción que se ha dado desde la jurisprudencia que se considera como precedente jurisprudencial.

Los derechos fundamentales en un estado social de derecho, han sido definidos como la posibilidad de acceso a la totalidad de los ciudadanos a los dichos servicios que garanticen la efectividad del derecho fundamental invocado, es así como el derecho a la salud, no es solamente el derecho a estar sano, se debe partir de los esfuerzos que se realicen por parte de los gobiernos generando los medios y recursos disponibles de calidad para optimizar y posibilitar la mejor salud posible.

Para la Organización de Naciones Unidas, “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”¹

De acuerdo con lo anterior, se arriba a la conclusión que el derecho a la salud, es un derecho de la persona humana y como tal, debe ser independiente en su reconocimiento y garantiza la dignificación del individuo, para que pueda lograr satisfacer sus demás derechos para cristalizar su plan de vida.

Las anteriores consideraciones sirven para adentrarnos en el análisis conceptual del derecho a la salud bajo la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

¹ Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de información pública de las Naciones Unidas, Declaración y programa de acción de Viena 20 años trabajando por tus derechos, septiembre 2013, DPI 1394 Rev 2., p 19., [libro en línea], [citado 12 de febrero 2016], disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

I. DERECHO A LA SALUD

Los derechos humanos se clasifican en dos grupos, por un lado, están los derechos civiles y políticos y o por el otro los derechos económicos, sociales y culturales; los *primeros*, son llamados derechos de primera generación que nacieron de la lucha contra el abuso del poder por parte de las autoridades hace aproximadamente doscientos años, reconocidos a finales del siglo XVIII, en la Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa, derechos que tratan de garantizar la libertad de las personas, su función consiste en limitar la intervención del poder en la vida privada de las personas, asimismo garantizan la participación de todos en los asuntos públicos. Derechos civiles de mayor importancia: el derecho a la vida, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la libre expresión o el derecho a la propiedad. Algunos derechos políticos: el derecho al voto, el derecho a la huelga, el derecho a asociarse libremente para formar un partido político o un sindicato, etc..

El *segundo* grupo está conformado por los "derechos económicos, sociales y culturales" llamados derechos de segunda generación, fueron incorporados a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, estos tratan de fomentar la igualdad entre las personas, ya que ofrecen las mismas oportunidades a todos para desarrollar una vida digna. Derechos que promueven la acción del Estado para garantizar el acceso de todos a unas condiciones de vida adecuadas. Derechos de segunda generación, tenemos entre ellos: el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, etc.

Los anteriores derechos se reconocen en el "Pacto de Derechos Sociales y Culturales", aprobados por la Asamblea General de la Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.²

Por tanto, se advierte que sólo será objeto de este trabajo el derecho a la salud, desde la clasificación de los derechos civiles y políticos.

1.1. NOCIÓN DE SALUD

En el diccionario de la Real Academia Española, encontramos, que la:

² Ingreso a la legislación colombiana a través de la Ley 74 de 1968

El diccionario de la Real Academia Española, dice: “**Salud**.- Proviene del latín *salus*, -*útis*.- 1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. 2. f. Conjunto de las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado. 3. f. Libertad o bien público o particular de cada uno. (...)”³

A nivel internacional, el derecho de la salud fue reconocido después de la segunda guerra mundial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25, que reza:

*“1. 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, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”*⁴ (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Debido a lo anterior se globalizó la importancia del derecho, creándose en 1948 la Organización Mundial de la Salud, quien tiene como objetivo “alcanzar, para todos los pueblos el mayor grado de salud”, en su constitución, la salud se define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”⁵. Posteriormente, el derecho a la salud es aceptado como un derecho de segunda generación y entra a ser parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, que reza:

*“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*

³ Diccionario de la Real Academia Española.

⁴ Ingresa a la legislación colombiana a través de la Ley 16 de 1972

⁵ <http://www.who.int/about/es/>

- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”⁶

Descendiendo al contexto nacional, en Colombia, encontramos que el derecho a la salud antes de 1991, tenía la concepción de servicio y no tanto derecho, por ello no era un derecho exigible al Estado, sino que este se comprometía a suministrar asistencia pública en salud a las personas que tenían recursos, siendo el problema de salud personal y la solución dependía de cada persona, así como preocupación de la caridad cristiana. Pero, con la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud sufre un cambio, aunque no lo contextualiza como un derecho autónomo fundamental, si es sustentado en distintas disposiciones constitucionales⁷, como:

Artículo 1°. “Colombia es un Estado social de derecho, ..., fundada en el respeto de la dignidad humana, ..., la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”; Artículo 2°. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;...”. “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”;

Artículo 11. “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”;
Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan.”;

Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social,... 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,... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”;

⁶ Ley 74 de 1968

⁷ Gaceta del Congreso 116 del 21 de marzo de 2013.

Artículo 47. “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; Artículo 48. “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”; Artículo 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. ... Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad; Artículo 89. “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

Además, la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo desde su inicio que la salud es:

“(...) un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.”⁸ La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, 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.⁹ 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.¹⁰

⁸ Sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁹ Sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁰ Sentencia T-379 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la salud “es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo” (Sentencia T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, OMS, la salud es “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” ¹¹

Finalmente, el derecho a la Salud fue reconocido jurisprudencialmente como fundamental y autónomo en Sentencia T-859/03, decisión que fue sustentada por la Corte Constitucional en la Observación 14 del año 2000 del Comité de Naciones unidas, organismo que reconoce que la Salud es un derecho humano e indispensable para el ejercicio de los demás derechos.

Lo anterior conlleva a concluir que el derecho a la salud genera prestaciones y derechos fundamentales, es un derecho exigible a cargo del Estado, irrenunciable que debe otorgarse bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, además, viene siendo protegido y supervisado directamente por la Corte Constitucional.

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. (T-379/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

¹¹ (ORGANICACION MUNDIAL DE LA SALUD, OMS, , 2005)

1.2. El Derecho fundamental a la salud en la Constitución Política de Colombia del 1991

Antes del año de 1993, tenían acceso a la prestación de los servicios de salud, los trabajadores, quien no se encontraba de alguna manera vinculado laboralmente accedía a los servicios de salud a través de los hospitales públicos o de médicos particulares, con el pago de pólizas privadas de salud. La prestación del servicio de salud se realizaba a través de la afiliación de trabajadores al seguro social o cajas de prestación de servicios y cajas de compensación familiar. La ley 100 de 1993 cambió el esquema, buscando la cobertura total de la población basado en la solidaridad, haciendo obligatoria la vinculación al POS; como el fundamento de esta ley es la solidaridad, los trabajadores aportan para su propio beneficio, el de sus familias y un porcentaje de ello pasa a contribuir para la atención de la población no cotizante.

En la Constitución de 1991, vemos en su preámbulo que se establece un cambio de contenido político en la concepción de la protección social como un derecho colectivo a diferencia de la Constitución de 1886, que tenía una noción de asistencia pública como beneficio gratuito y caritativo, lo cual, según concepto de la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-533 de 1992, el cambio se traduce en la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, la prioridad de los gastos y la intervención oportuna de las autoridades para impedir la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales constitucionales.

La salud se encuentra consagrada como un servicio público cuyo fundamento jurídico se establece en el artículo 49 del Constitución Política, el cual señala: “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. (...)”, así como en el artículo 48, donde se establece: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. (...)” y en el artículo 44, se reconocen los derechos fundamentales de los niños, así: “La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros.”.

Además, en la Carta Magna se establecen otras normas constitucionales que se relacionan con la salud, entre ellos, los derechos a la vida, la igualdad (personas que se encuentren en debilidad manifiesta), así mismo, se debe recordar que el artículo 366 establece que el bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado. Constitucionalmente se plantea que el servicio de salud, es un servicio público que se presta a través de los entes territoriales que presta dicho servicio, pero, bajo vigilancia y control del Estado, y fincado bajo la premisa de tres principios: *“eficiencia, universalidad y solidaridad”* (Artículos 44, 48, 49, 50, 365 y 366 CN).

El derecho fundamental a la salud en la Carta Magna no era un derecho autónomo, sino que hace parte de los derechos de la seguridad social y protegido jurisprudencialmente por la Honorable Corte Constitucional, a través de la acción de tutela, por el tema de conexidad con los derechos la vida, la dignidad humana y a la integridad personal.

La salud se encuentra consagrada como un servicio público cuyo fundamento jurídico se establece en la Carta Magna, así:

“Artículo 49: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (...)”*

Artículo 48: *“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. (...)” y,*

Artículo 44, *que reconocen los derechos fundamentales de los niños: “La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros.”.*

Además, hay otras normas constitucionales que se relacionan con la salud, entre ellos, los derechos a la vida (11), la igualdad (13) y el artículo 366 sobre el bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población que son finalidades del Estado. Constitucionalmente se plantea que el servicio de salud, es un servicio público que se presta a través de los entes territoriales, pero, bajo vigilancia y control del Estado, y fincado bajo la premisa de tres principios: *“eficiencia, universalidad y solidaridad”* (artículos 44, 48, 49, 50, 365 y 366).

Ahora bien, la postura de la Corte Constitucional respecto al derecho fundamental, ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona, reiterando que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales”, es el concepto de “dignidad humana”.

En razón de ello, en el 2008 la Corte Constitucional como guardiana de la Carta Magna y a raíz del alto índice de acciones de tutela presentadas - aproximadamente 142.937.000 según estadísticas de la Defensoría del Pueblo-, por reclamos del desconocimiento del derecho a la salud, la llevó a seleccionar veintidós (22) casos concretos y constatar la existencia de los problemas recurrentes en materia del goce efectivo del derecho, los cuales reflejaron dificultades estructurales en el sistema generadas por distintas fallas de regulación, como consecuencia de esa revisión profirió la sentencia T-760 de 2008, la cual sustentó en características propias de un estado de cosas inconstitucionales con sustento en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes 100/93, 1122/07 vigentes para el momento, y la jurisprudencia vertida en los 15 años anteriores. Los asuntos marco que constituyeron la decisión, fueron:

1. Precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios;
2. Sostenibilidad y flujo de recursos;
3. Carta de derecho y deberes, y de desempeño; y
4. Cobertura Universal

Asimismo, dispuso la medición de las acciones de tutela y por consiguiente la divulgación de la sentencia T-760/08. Además, hizo un estudio de lo que la doctrina denomina un caso o litigio estructural caracterizada por:

1. Afectar un numero amplio de personas que alegan la violación de sus derechos ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa;
2. Involucran varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; e
3. Implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales, el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada, no solamente los demandantes de cada caso concreto.

Por lo anterior, se estructuró un nuevo modelo de control de constitucionalidad denominada supervisión, la cual se diferencia tanto del control abstracto como del concreto al estar circunscrita a restablecer la supremacía de la Constitución ante la falta de una política pública eficiente en salud y en la consecución de un cambio social, y creó la Sala Especial de Seguimiento, que cumple entre otros, un rol evaluador del avance de rediseño de la política pública; actúa como impulsor, cuando las medidas presentada por el regulador no son eficaces; genera una instancia de dialogo entre el gobierno, la sociedad civil y demás actores en salud; y, adopta medidas extraordinarias cuando resultan insuficientes las tomadas por el regulador.

Pero, a pesar de que el Congreso de la República aprobó el proyecto de ley Estatutaria sobre el Derecho Fundamental a la salud, cuyo control de constitucionalidad fue realizado mediante la sentencia C-313/14, la referida regulación estatutaria estableció algunas novedades sobre la forma en que deben definirse las prestaciones excluidas del plan de beneficios y el control de precios de medicamentos, condicionó cuatro (4) artículos en el sentido de, que:

1. No se puede menoscabar la Acción de Tutela;
2. La sostenibilidad fiscal no puede implicar la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios; y,
3. El mecanismo de control de precios debe comprender todas las fases de producción y comercialización de los medicamentos hasta el consumo final.

Igualmente, declaró inexecutable varias expresiones de 6 artículos, en su orden a:

1. Garantizar la continuidad del servicio, sin sujeción al carácter intempestivo y arbitrario;
2. La oportunidad de la prestación de los servicios y tecnologías, aunque no se requieran con necesidad;
3. Prescindir de las limitaciones e indefiniciones de lo que debe entenderse por tecnología o servicio de salud;
4. Agotar todas las posibilidades de tratamiento para la superación de la enfermedad;
5. No exigir ninguna autorización administrativa cuando se trata de la atención de urgencia; e,
6. Impedir restricciones indeterminadas para el acceso a servicios y tecnologías que no correspondan a las limitaciones taxativas del legislador

Hoy a pesar de la normatividad generada, se continúa con el seguimiento y control de la sentencia T-760/08, ya que no se vislumbra que exista una política pública concreta y clara que garantice efectivamente el derecho a la salud.

El derecho a la salud, hace parte de los derechos de la seguridad social, y viene siendo protegido jurisprudencialmente por la Honorable Corte Constitucional, a través de la Sala Especial de seguimiento creada con ocasión de la sentencia T-760/08, además, a pesar de que se han emitido algunas leyes, actos administrativos, se continúan las barreras de acceso que vulneran el goce efectivo del derecho a la salud, todavía cabe cuestionar el grado de eficiencia, ya que a la fecha no existe una transformación de la evidencia social que motivó la expedición de la sentencia en referencia.

1.3. Desarrollo Legal

Antes del año de 1993, tenían acceso a la prestación de los servicios de salud, los trabajadores, quien no se encontraba de alguna manera vinculado laboralmente accedía a los servicios de salud a través de los hospitales públicos o de médicos particulares, con el pago de pólizas privadas de salud. La prestación del servicio de salud se realizaba a través de la afiliación de trabajadores al seguro social o cajas de prestación de servicios y cajas de compensación familiar. La ley 100 de 1993 cambió el esquema, buscando la cobertura total de la población basado en la solidaridad, haciendo obligatoria la vinculación al POS; como el fundamento de esta ley es la solidaridad, los trabajadores aportan para su propio beneficio, el de sus familias y un porcentaje de ello pasa a contribuir para la atención de la población no cotizante.

La ley 100 establece en su Artículo Cuarto: “La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas y privadas en los términos y condiciones establecidos en la a presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud. Con respecto al sistema general de pensiones es esencial solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”.

Como se estableció en el tema anterior, el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo en la Constitución Política de Colombia, por ello, la Honorable Corte Constitucional lo desarrollo por tres vías jurisprudenciales para lograr su amparo constitucional, dijo:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías.

La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad;

la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado;

la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia. ...”¹²

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de la Carta Magna como un derecho inherente a la persona. De ahí, y por línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, fue considerado como un derecho de doble connotación –fundamental y asistencial–, luego como un derecho fundamental por conexidad, posteriormente como un derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones –adulto mayor, personas en estado de discapacidad, población en estado de desplazamiento–, seguidamente como fundamental con relación a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y, finalmente, parece haberse reconocido como un derecho fundamental *per se*.

Veintidós años después de expedida la ley 100 de 1993, con indiscutibles dificultades que se han detectado, como lo son la crisis de los hospitales públicos, por la inadecuada inversión de los dineros del sistema, desviación de dineros por parte de los administradores, falta de autonomía del personal médico, abuso por parte de los usuarios del servicio, alto costo de intermediación en los medicamentos, ambición de las EPSs para lograr un lucro desmedido han llevado casi al borde del fracaso la atención de la salud de los colombianos, presentándose casos críticos que día a día nutren las noticias con historias desgarradoras que atañen a la vida de las personas.

Como resultado de los muchos incumplimientos de la ley, se acudió a la Acción de tutela por parte de los individuos que acuden al sistema y ven retrasados o negados sus servicios y es así como desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se inició la tutela de los derechos a la salud, a la vida digna, como conexos a la vida y otros derechos fundamentales, en la medida que el la salud no estaba catalogado como derecho fundamental, sino como una obligación del Estado, para el cumplimiento de sus deberes de la garantía de los servicios públicos. Para el año de 2011 se estableció por parte del Consejo Superior de la Judicatura, que desde la promulgación de la Constitución del 91 se había interpuesto cuatro millones de tutelas, según el mismo Consejo, la mayoría de ellas lo han sido para lograr la protección de los derechos en atención en salud, pensiones, medicamentos, y tratamientos médicos específicos, le siguen los derechos laborales y de los desplazados. Lo anterior deja claro que si se acude a la Acción de Tutela para lograr el reconocimiento de un derecho, es porque algo está sucediendo y el avizora el fracaso del sistema.

¹² Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

“(…) De las 454.500 tutelas interpuestas en 2013, un total de 115.147 fueron interpuestas para reclamar algún servicio de salud, constituyéndose como la segunda cifra más alta en la historia de estos requerimientos. Tan es así, que cada cuatro minutos se interpuso una acción en la que se invocó el derecho a la salud. Coomeva fue la EPS contra la cual se interpuso el mayor número de tutelas, con 14.170; seguida por la Nueva EPS, con 11.294; por Saludcoop, con 10.272, y por Caprecom con 9.332.

Los motivos más frecuentes por los que se instauraron tutelas fueron tratamientos (26,18%), medicamentos (15,92%), citas médicas (11,47%), cirugías (9,41%) y prótesis, órtesis e insumos médicos (9,06%). Las principales solicitudes por tratamientos estuvieron relacionadas con las especialidades de neurología, oncología, ortopedia, psiquiatría y neurocirugía.

Los lugares que concentraron el mayor número de estas acciones en materia de salud fueron Antioquia con el 21,74%, Bogotá con el 11,59%, Valle del Cauca con el 10,76%, Caldas con el 6,74% y Santander con el 6,28%. En 890 municipios se interpuso al menos una tutela que invocaba el derecho a la salud y en 475 de ellos se constituyó como el derecho más invocado.

El informe destaca, que la intervención de Saludcoop por la Superintendencia Nacional de Salud no ha mejorado de manera significativa la prestación de los servicios en salud, dado que el número de tutelas por cada 10.000 afiliados, pasó de 17,3 en 2011 a 25,6 en 2013.

Entre las entidades del régimen subsidiado con el mayor número de tutelas por cada 10.000 afiliados sobresalen Ecoopsos, Caprecom y Comfama/Alianza Medellín/Savia, En cuanto a las entidades que prestan servicios en ambos regímenes (subsidiado y contributivo), Cafesalud, Salud Vida y Humana Vivir (ya liquidada) ocupan los primeros lugares.

Las tutelas contra el Inpec y las penitenciarías para solicitar servicios de salud a la población privada de la libertad se incrementaron en 2013 en 18,05%, especialmente en los centros ubicados en Tolima, Antioquia, Bogotá y Valle. Mientras que las tutelas contra las Fuerzas Militares y de Policía para reclamar servicios de salud se incrementaron en 12,78%.(…)”¹³

Hoy, luego de varios llamados que hiciera la Corte Constitucional a diferentes entidades del sistema de salud para superar las fallas que se venían presentando, en especial el realizado, a través de la sentencia de 2008, T-760 del 31 de julio de 2008, en los numerales décimo sexto y décimo séptimo, que dispuso:

¹³ Gaceta 116 de 2013, Año XXII, Bogotá, D.C., Jueves, 21 de marzo de 2013, ISSN 0123 – 9066. Imprenta Nacional de Colombia. Proyecto de ley Estatutaria número 209 de 2013.

“Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.”¹⁴

El honorable Congreso de la República de Colombia, luego de hacer un estudio de los fundamentos facticos que se venían presentando en el SGSSS, así:

“a). En término de los servicios que los ciudadanos reciben, así:

Acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles de complejidad (desde la promoción hasta la recuperación), siendo una muestra de ello, los tiempos que toman los pacientes con enfermedades de alto costo en ser diagnosticados e iniciados sus tratamientos.

¹⁴ Magistrado Ponente, Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Problemas de Calidad en la prestación de los servicios (determinado este atributo virtuoso en función de idoneidad, tecnología y seguridad) que a la postre determine el nivel de satisfacción del usuario y el mejoramiento o deterioro de su estado de salud o enfermedad.

b) En término del uso de las herramientas disponibles:

La ineficiencia en el uso de los recursos, conociendo que Colombia tiene un gasto de salud comparativamente elevado frente a otros países de la región y del mundo, que debieran reflejarse en mejores indicadores de resultado en salud.

Debilidad en la articulación entre el rector del sistema y quien ejerce la función exclusiva del Estado en términos de la vigilancia y el control del SGSSS

El énfasis histórico en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo determinado en sus inicios por la norma y que con el paso del tiempo, se ha perdido de vista, lo que se refleja en el deterioro de algunos indicadores trazadores de salud.

Iliquidez y recientemente dudas sobre la sostenibilidad del SGSSS a causa de la reciente homologación del POS y la prima determinada en dicho proceso, coyuntura que ha sido el detonante de una crisis.

La explosión tecnológica ha elevado los costos en salud en todo el mundo por el aumento exagerado del lucro en las empresas de bienes y servicios relacionados con la atención médica. La industria farmacéutica y de tecnologías biomédicas son negocios transnacionales que ejercen presión sobre los sistemas de salud del mundo que exigen pactos sociales y políticos para su control y autorregulación. (...)."¹⁵

Teniendo en cuenta la urgente necesidad de que el Sistema trascendiera de un Sistema que brinda servicios para atender una enfermedad, a un sistema cuyo principal objetivo fuera la promoción y prevención de la enfermedad, que impulsara estilos de vida saludables en la población; a un sistema de salud universal y digna para todos. Observó la imperiosidad de atender las sugerencias que venía haciendo la Corte Constitucional acerca de lo indispensable del derecho a la salud para el goce y ejercicio efectivo de los demás derechos.

De tal suerte, que, optó por aprobar el proyecto de ley, convirtiéndolo en la Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015, para asegurar a todas las personas que residen en el país una real garantía y protección para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

¹⁵ Gaceta 116 de 2013, Año XXII, Bogotá, D.C., Jueves, 21 de marzo de 2013, ISSN 0123 – 9066. Imprenta Nacional de Colombia. Proyecto de ley Estatutaria número 209 de 2013.

1.4. Tipo de derecho

La Honorable Corte Constitucional, dijo respecto del derecho a la salud, lo siguiente:

“... el derecho a la salud era de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata; sin embargo, el Estado Colombiano estaba en la obligación de proteger el nivel más alto posible de acuerdo a su capacidad institucional y a sus recursos económicos.”¹⁶.

Con el paso del tiempo esta tesis fue reevaluada, pues el derecho a la salud fue protegido a través de la acción de tutela, pero para ello se recurría a la teoría de la conexidad, pues se consideraba que el derecho a la salud por sí solo no podía ser protegido a través de este mecanismo, sino que era necesario demostrar la afectación de un derecho fundamental.

Más adelante, este tribunal constitucional sostuvo que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico, social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección (Sentencia T-176 de 2011). Posteriormente, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y dijo que la salud era por sí solo un derecho fundamental:

“...El derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho...”¹⁷.

En el mismo sentido, la Corte en la Sentencia T-760 de 2008, reiteró lo anotado por la Sentencia C-811 de 2007, la cual dispone *“que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.”* Asimismo, concluyó diciendo que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda que en este momento el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que permite hacerlo exigible de manera directa a través de la acción de tutela.

¹⁶ Sentencias T-946/07, SU-111/97, SU-225/98, SU-480/97, SU-819/99; Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Observación General Número 14 del Comité de Derecho Sociales, Económicos y Culturales.

¹⁷ Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett)

Lo que se acentúa, cuando quien requiere de la prestación es un sujeto de especial protección, como las personas de la tercera edad, los menores de edad, personas en situación de discapacidad, mujeres embarazadas, etc. También gozan de una protección reforzada quienes padecen enfermedades ruinosas o catastróficas. Es así, que el artículo 13 de la Constitución impone al Estado el deber de proteger de manera especial a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

A su vez, el artículo 47 de la Carta, exige que el estado adopte políticas encaminadas a prevenir y mejorar las condiciones de vida de las personas que tienen alguna disminución sensorial, física y mental, prestándoles atención especializada según lo requieran.

En este sentido, también consideró que:

*La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano.*¹⁸

Son componentes integrales del derecho a la salud el aspecto mental, físico y social y tan solo la garantía y protección de estas tres esferas de la vida del ser humano, por parte del Estado, significará la completa y adecuada protección del derecho constitucional fundamental a la salud.

Como lo manifestó la Corte en la Sentencia T-057 de 2012, una de las esferas de protección es la salud mental, la cual ha sido entendida por la Organización Mundial de la Salud como un estado de bienestar en el cual el individuo se da cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar las presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.

De otra parte, a través de la Ley 1306 de 2009 que versa sobre la “Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”, y en el artículo 2 determinó que una persona tiene una discapacidad mental “cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.”

Así mismo, en el artículo 11 y 12 dispone que ninguna persona que se encuentre en situación de discapacidad mental podrá ser privada de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia y que las personas con discapacidades mentales tienen derecho a los servicios de salud de manera gratuita, a menos que la fuerza de su propio patrimonio, le permita asumir tales gastos.

¹⁸ (Sentencia T 548 de 2011, 2011)

De otra parte, en el literal k del artículo 33 de la Ley 1122 de 2007 se estableció que:

El Gobierno Nacional debe definir el Plan Nacional de Salud Pública para cada cuatrienio donde le correspondía incluir acciones orientadas a la promoción de la salud mental, y el tratamiento de los trastornos de mayor prevalencia, la prevención de la violencia, el maltrato, la drogadicción y el suicidio.

A su vez, en el Plan Decenal de Salud Pública, 2012 – 2021, se dispuso que habrá prevención y atención integral a problemas y trastornos mentales y a las diferentes formas de la violencia. Adicionalmente se definió dicho componente como:

“8.3.3.2.1. “En este componente se contemplan las estrategias dirigidas a la prevención y atención integral de aquellos estados temporales o permanentes identificables por el individuo y/o por otras personas en los que las emociones, pensamientos, percepciones o comportamientos afectan o ponen en riesgo el estado de bienestar o la relación consigo mismo, con la comunidad y el entorno y alteran las habilidades de las personas para identificar sus propias capacidades, afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar de forma productiva y fructífera y contribuir a su comunidad; igualmente incluye la prevención de las violencias en entornos familiares, escolares, comunitarios y laborales y la atención del impacto de las diferentes formas de la violencia sobre la salud mental.

Se consideran de especial atención aquellos estados de alto impacto, costo emocional, económico y social sobre los individuos, familias y comunidades, que requieren intervención prioritaria por parte del Estado y la sociedad en su conjunto y los procesos articulados de servicios transectoriales, dirigidos a individuos, familias y colectivos que buscan prevenir, mitigar y superar los daños e impactos a la integridad psicológica y moral, al proyecto de vida y a la vida en relación, generados a los sobrevivientes, víctimas, sus familias y comunidades por las graves violaciones de Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el contexto del conflicto armado colombiano”.¹⁹

De igual manera, la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a este tipo de propósitos, incluso ha reconocido el carácter iusfundamental del derecho a la salud de las personas que tienen algún tipo de discapacidad mental, denominándolo derecho a la salud mental.^{20”21}

Además, en la Sentencia C-313 de 2014, la Honorable Corte Constitucional al analizar el Proyecto de Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud en sede de control abstracto de constitucionalidad, reiteró la fundamentalidad del derecho a la salud consagrada por el legislador en dicho proyecto, al expresar que dicho mandato tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud así como regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Donde el legislador en la misma ley sostuvo que, el derecho fundamental a la salud tiene el carácter de autónomo. Y en el examen realizado indicó:

“...En cuanto al enunciado normativo contenido en el artículo 2°, cabe decir, en primer lugar, que caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado....”²²

Salvaguardándose así el derecho fundamental a la salud, el cual, se debe conceder conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 Superior.

“En consecuencia, los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, que estos deben brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, (Observación General núm. 14) en suma “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.²³

Por tanto, se concluyó la fundamentalidad del derecho a la salud a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Implicando que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad. Asimismo, resaltó que este derecho es tutelable de manera autónoma, sin necesidad de acudir al criterio de conexidad para que pueda lograrse su efectividad.

1.5. Evolución jurisprudencial del tipo de derecho que es la salud como derecho fundamental

Contextualizando el desarrollo de la Corte Constitucional, quien ha reconocido en su jurisprudencia, el derecho fundamental a la salud, tenemos la sentencia T-760 del 2008, Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, estableció:

²² (Sentencia C-313 de 2014, M.P. MENDOZA MARTELO Gabriel Eduardo, 2014)

²³ Observación General núm. 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

(...)“Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental”(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental(...)”²⁴

Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no estén enunciados en la Carta.

La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ es el concepto de ‘dignidad humana’, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona, como lo dijo el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto dijo la Corte en la sentencia T-227 de 2003:

En sentencia T-801 de 1998, la Corte indicó que “es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor”. De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana.

Este concepto, ha señalado la Corte, guarda relación con la:

Libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y con “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad.”²⁵

Por tanto, a propósito de la relación entre derecho fundamental y dignidad humana, en la jurisprudencia, se concluyó lo siguiente,

²⁴ Sentencias T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000.

²⁵ Sentencia T-881 de 2002.

(...) “el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...).”²⁶

En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.

Así pues, considerando que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, de manera autónoma, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.²⁷

²⁶ (Sentencia T 227 / 2003 M.P. MONTEALEGRE LYNETT Eduardo , 2003)

²⁷ Sentencia T-859 de 2003.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.²⁸ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo..²⁹

El legislador también se ha pronunciado al respecto, al expedir la ley para 'mejorar la atención' de las personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, en la cual se advierte que el contenido de la ley, y de las disposiciones que las complementen o adicionen, 'se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona' (art. 2, Ley 972 de 2005).

Siguiendo la línea jurisprudencial, considera, la Honorable Corte Constitucional que la salud es un derecho fundamental que es deber garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, situación que coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. Por ello, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, se evidencia la fundamentalidad de tal garantía.

Ahora bien, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el reconocer la fundamentalidad del derecho, pero esto no implica, que todos los aspectos cobijados por éste medio sean tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.³⁰

La jurisprudencia constitucional estableció que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional:

²⁸ Sentencias T-076 de 2008, T-837 de 2006.

²⁹ Sentencia T-016 de 2007.

³⁰ (Sentencia T 016 / 2007, M.P. SIERRA PORTO Humberto Antonio , 2007)

En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.³¹

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

Esto ha sido denominado la tesis de la *conexidad*: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental.³² La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.³³

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”³⁴. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘*principio de igualdad en una sociedad*’³⁵. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘*un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal*’³⁶

³¹ Ibidem

³² Sentencia T-406 de 1992.

³³ Sentencia T-328 de 1993

³⁴ Sentencia T-597 de 1993.

³⁵ Sentencia T-597 de 1993.

³⁶ Sentencia T-597 de 1993.

La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la ‘conexidad’, casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

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

“Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud

*(i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.*³⁷

*Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.*³⁸

³⁷ Sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

³⁸ Sentencia T-016 de 2007.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'³⁹. Para la jurisprudencia constitucional no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.

La Sentencia de 2008, T-760 del 31 de julio, luego de analizar su propia competencia para efectos de efectivizar el derecho a la salud, previendo no entrometerse en las competencias del ejecutivo y el legislativo, ordenó que dentro del esquema de la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, se tomaran las determinaciones para superar las fallas detectadas en sede de tutela del servicio de salud y es así como en el numeral 16 precisó a lo que se circunscriben las determinaciones decretadas así:

"(...)Décimo sexto.— Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

*Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.(...)"*⁴⁰

En obediencia a dichas ordenes, se tramitó y profirió la Ley 1751 de 2015, que regula el derecho fundamental a la salud, esto obedece a que como norma estatutaria que se encargó de regular el derecho fundamental a la salud, escalonándolo a derecho fundamental.

Como se ha analizado en la presente monografía, la salud se encontraba posicionada como un derecho fundamental pero en conexidad con la vida y otros derechos fundamentales, por lo que su protección por acción constitucional era posible en la medida que estuviera en riesgo la vida o cualquier otro derecho fundamental. Al declararse derecho fundamental esa independencia lo hace que pueda ser protegido de manera directa por acciones de tutela conforme lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley estatutaria de salud.

³⁹ Sentencia T-845 de 2006.

⁴⁰ (Sentencia T 760 / 2008, 2008)

La salud no correspondía a un derecho fundamental, sino era factor del servicio público que debía garantizar el Estado, regulado por la Ley 100 de 1993, establecía los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, encaminados todos a lograr un cubrimiento de los servicios de salud a la colectividad, no obstante ello, el paso del tiempo y el camino que se fue trazando por vía de tutela, dejaron en blanco y negro lo que se anticipó desde la sanción misma de la Ley 100, que más que un servicio público era un negocio de particulares, que con el paso del tiempo fueron convirtiéndose en negaciones de servicio para incrementar sus utilidades, para acceder a los servicios en muchas oportunidades básicos, elementales, debía interponerse acción de tutela para lograr su protección.

Los análisis de las decisiones proferidas por los jueces constitucionales de tutela llevaron a la intervención de la Corte Constitucional, la cual ordenó la expedición de una Ley Estatutaria contentiva de los aspectos que se habían detectado constituían esas barreras infranqueables sin la intervención del juez constitucional. Se pretendió con la Ley Estatutaria reglamentar el acceso a los servicios de salud, sin que se encuentren tropiezos que lo impidan, pero como se trata de una Ley Estatutaria, contiene aspectos por reglamentar que pese a haber transcurrido ya casi un año desde su promulgación que fue el 15 de febrero de 2015, aún se encuentra sin reglamentar aspectos tan sensibles como lo son la definición de mecanismos para controlar el uso adecuado y racional de los servicios y tecnologías en salud, (art. 14).

Tímidas resultan las acciones del Estado en lo que tiene que ver con la política social del Estado que de acuerdo con la Ley 1751, debe articular los diferentes sectores para garantizar la satisfacción del derecho, lo mismo ha sido respecto de la base de la política social del Estado es la promoción de la salud, prevención de la enfermedad con una atención integral oportuna y de calidad y además la rehabilitación.

2. LEY ESTATUTARIA 1751 DEL 2015

2.1 Ley estatutaria Y Ley Ordinaria

La Ley 1751 de 2015 es una ley estatutaria, para entender su clasificación es necesario hacer un pequeño análisis sobre las diferencias entre éstas y las ordinarias:

La ley estatutaria es una ley que tiene un rango superior sobre las demás leyes, le corresponde un trámite diferente y se refiere a derechos fundamentales, por ello tiene un control previo de constitucionalidad, antes de la sanción presidencial. Tiene un trámite prioritario.

Las leyes ordinarias se forman mediante cuatro debates, trámite sencillo basta un trámite en cada cámara y que se der favorable, se concilian por ambas cámaras y se someten a sanción presidencial

Las leyes orgánicas y estatutarias son leyes especiales tienen que ver con el núcleo de derechos fundamentales y tienen una restricción en el tiempo para ser aprobadas y necesitan de la mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de los miembros del congreso en su votación, su trámite debe realizarse en una sola legislatura es decir entre junio y julio del año siguiente.

La Constitución Política dedicó el artículo 152 para definir las materias que se regulan mediante leyes estatutarias:

“Artículo 152. “Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.*
- b) Administración de justicia;*
- c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;*
- d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;*
- e. Estados de excepción...*”⁴¹

⁴¹ (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991)

En consideración a que se trataba de derechos fundamentales, los que se debían regular, se procedió a tramitar conforme el procedimiento de ley estatutaria y como quiera que éste prevé un control constitucional previo a la sanción presidencial de la ley, este se surtió y mediante Sentencia C 634 de 2015, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad y declaró la exequibilidad de la norma y se procedió a promulgar el 16 de febrero de 2015 la Ley 1751 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, que fue publicada en el Diario Oficial 49427 del 16 de febrero de 2015.

La ley Estatutaria de la salud ha sido definida por algunos estudiosos como un catálogo de derechos de las personas⁴², las prohibiciones no están solo determinadas por el mandato contenido en el artículo 14 de dicha norma, para las entidades e instituciones prestadoras de servicios, sino que la ley en general por corresponder a los deberes y obligaciones de los agentes intervinientes en la prestación de los servicios de salud, hacen de ella el manual de comportamiento de los encargados de velar por la salud de los colombianos, incorporando inclusive a los primeros llamados en la preservación de ésta, es decir a los prestadores de servicios públicos de saneamiento básico y a los encargados de la alimentación de los colombianos

2.2 Objeto

El objeto de la ley está contenido en el artículo 1°, que establece: “... La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección...”⁴³

Como se ha venido exponiendo en el transcurso del trabajo, el derecho a la salud se recategorizó y ahora podemos entender sin lugar a equívocos ni interpretaciones, que el derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo, lo cual se ajusta al concepto de las Naciones Unidas y el Comité de derechos sociales, económicos y culturales donde refiere:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”⁴⁴

La recategorización del derecho a la salud como derecho fundamental, no es solamente el cambio de servicio público a derecho fundamental, ello está vinculado a la forma como se aborda ahora el tema de la salud en todos los escenarios, puesto que es priorizado y debe ser tenido en cuenta en la planeación de la totalidad de los planes y programas del Gobierno. Estamos ahora frente a un derecho fundamental de especial protección por parte de los jueces constitucionales de tutela, quienes ya no necesitan acudir a identificar cuál derecho fundamental se está vulnerando en cada caso particular, sino que acceden a su estudio de manera directa, con la mera puesta en peligro de su cumplimiento.

La preocupación del Gobierno ahora se ha intensificado, la salud es entonces sujeto de especial interés y por lo tanto sujeto de políticas públicas y atención de necesidades básicas de la población en lo que tiene que ver con promoción y prevención de enfermedades, preocupación por la investigación e implementación de tecnologías en los tratamientos de las enfermedades huérfanas y raras.

2.3. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud

Entendiendo el estado social de derecho en torno a la dignidad humana y no en torno a la libertad, se pone tal libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y la sociedad. En ese contexto no se hablaría de garantizar un mínimo existencial sino de garantizar una vida digna y con calidad que permita el mayor desarrollo posible del plan de vida de cada persona y de la sociedad en general acorde con la definición del derecho a la salud, a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral y del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por ello los derechos sociales no serán un mero complemento de los derechos de libertad y de los derechos democráticos, sino que en sí mismos serán verdaderos derechos universales y vinculantes

La autonomía que se pregonaba del derecho a la salud, ahora es objeto de protección directa por los jueces constitucionales de tutela, ya no es necesario establecer la conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, como tampoco se debe buscar el contexto donde el tutelante es un sujeto de especial protección, ni buscar la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, para lo cual, se debía recurrir a que coincidiera con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud para proteger una vida digna, hoy ya tenemos un marco legal que lo regula como tal.

No es solamente el derecho a acceder a los servicios de salud, sino que este acceso debe ser oportuno eficaz, no es suficiente que se reconozca el derecho, sino que se establezca la oportunidad en que debe prestarse, bastantes casos se han presentado en que la falta de oportunidad en la prestación de los servicios de salud ha cobrado vidas, además no debe dejarse de lado que lo tardío de una atención es generadora de costos más altos. Se ha impuesto al Estado la obligación de adoptar políticas para lograr la tan ansiada igualdad de trato y de acceso a la promoción, prevención, diagnóstico y tratamiento. La universalidad en la promoción y la prevención, tendrán una significativa baja en la proliferación de enfermedades y en la medida en que ello pueda adelantarse en la totalidad de la población, estaremos frente a una población con una mejor calidad de vida y más saludable.

La oportunidad eficacia y calidad de los servicios de salud, antes de la Ley 1751 tuvieron un amplio desarrollo jurisprudencial tenemos por ejemplo la Sentencia T/460 de 2012, en la cual se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, lo cual implica “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”⁴⁵

La integralidad por su parte, se citó y fue objeto de análisis en la sentencia T/460 de 2012, en la cual se define con dos elementos a saber: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”.⁴⁶

En el Artículo 2 de la Ley 1751, se estableció la Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud y es así como se lee;

“Artículo 2: El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”⁴⁷

⁴⁵ (Sentencia T 460/ 2012, 2012)

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ (Congreso de Colombia, Ley 1751 2015, 2015)

2.4 Ámbito de aplicación

La Ley estatutaria 1751 de 2015, se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud, según lo establece el artículo tercero.

Las Entidades Promotoras de Servicios de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios, los fabricantes y comercializadores de medicamentos, el Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud, como agentes del sistema deben estar coordinados y propender por garantizar la inviolabilidad del derecho fundamental a la salud. Los usuarios del sistema, en contraprestación a este derecho, están obligados al autocuidado y al cumplimiento estricto de las prescripciones médicas.

Se ha pretendido realizar un equilibrio entre las cargas que se han impuesto al Estado y las obligaciones que tiene el ciudadano como contraprestación, de un lado encontramos que el Estado debe cumplir no solo con el aspecto curativo a la salud, sino que ello conlleva a que los aspectos que de una u otra manera afectan la salud de los colombianos se vean amparados, es decir las políticas públicas deben estar encaminadas hacia lograr el bienestar involucrando entre otros el saneamiento básico que contempla el agua potable y la alimentación, a manera de prevención de la enfermedad, la promoción y prevención, la curación, incluyendo el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación, “para lograr el más alto nivel de salud física y mental”⁴⁸, así mismo se ha impuesto al usuario el deber del autocuidado, para lograr ese equilibrio entre los prestadores y el buen uso que de los servicios haga el usuario.

2.5 Definición de Sistema de salud

El sistema de salud fue definido por el artículo 4 de la Ley estatutaria 1751⁴⁹, con respecto a los agentes ya conocidos y determinados desde la misma Ley 100 de 1993, donde indefectiblemente se cuenta con las aseguradoras, las instituciones de prestadoras de servicio de salud que se encuentran clasificadas de acuerdo al nivel de complejidad en instituciones de I, II, III y actualmente ya se cuenta con instituciones de IV nivel de complejidad (encargadas de atención de enfermedades catastróficas), las entidades territoriales, entre otros, y así con la suma de todas las organizaciones, instituciones y recursos cuyo objetivo principal consiste en mejorar la salud. El Legislador al redactar éste artículo tuvo en cuenta la definición de la Organización Mundial de la salud con respecto a lo que es un sistema de Salud que dice:

⁴⁸ (Comite de Derechos Sociales y Culturales de la ONU - CESCR, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14 ((artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2000

Las notas al pie continúan en la pagina siguiente

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

Un buen sistema de salud mejora la vida cotidiana de las personas de forma tangible. Una mujer que recibe una carta recordándole que su hijo debe vacunarse contra una enfermedad potencialmente mortal está obteniendo un beneficio del sistema de salud. Lo mismo ocurre con una familia que finalmente puede acceder al agua potable gracias a la instalación en su aldea de una bomba de agua financiada por un proyecto de saneamiento del gobierno, o con una persona con VIH/SIDA que obtiene medicamentos antirretrovíricos, asesoramiento nutricional y exámenes periódicos en un ambulatorio asequible.”⁵⁰

La ley estatutaria, abre la posibilidad para que, desde la reglamentación, se optimicen los recursos y la utilización del sistema siendo además incluyente de las sociedades científicas y de la comunidad en general para que participen en la toma de decisiones en lo que, a reglamentación de los tratamientos, medicamentos, procedimientos que deben incluirse o excluirse.

La articulación y armonía que se predica del conjunto de principios y normas y políticas públicas, permite que el Estado pueda intervenir de manera más efectiva frente a los actores de ese gran sistema, para garantizar la prestación oportuna universal, sin barreras, del servicio público de salud, para lograr el tan ansiado más alto nivel de salud física y mental.

⁴⁹ CONGRESO DE COLOMBIA, Artículo 4°. Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento, 2015)

⁵⁰ (ORGANICACION MUNDIAL DE LA SALUD, OMS, , 2005)

2.6 Obligaciones del Estado

El Estado tiene como deber constitucional el de regular mediante leyes estatutarias derechos y deberes fundamentales de las personas, que con respecto al de salud cumple el Legislador 25 años después de expedida la Constitución de 1991, tratando de ajustar su normatividad tanto a la jurisprudencia constitucional como a las leyes ordinarias vigentes.

Deber que además cumple de manera parcial, teniendo en cuenta que el citado proyecto no define con claridad y precisión cual es el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud, no desarrolla todos sus componentes⁵¹ y no define ni señala el contenido del ámbito colectivo del mismo, aunque en el artículo 9º del proyecto estatutario se disponga que los determinantes sociales de salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, es decir, aquellos que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, se financiarán con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud, siendo deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a la reducción de las desigualdades de los mismos.

Dentro de las *Obligaciones del Estado*, se le define como: “responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

- a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;*
- b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;*
- c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;*
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;*
- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;*
- f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;*
- g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;*
- h) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;*

- i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;*
- j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en los accesos, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.⁵²*

Cabe recordar que, con respecto al citado Pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), en desarrollo de su función primordial de vigilar su aplicación por los Estados Partes, a partir de 1989, adopta 'observaciones generales', una de las cuales, la Observación General N° 14

Este artículo contiene obligaciones de regulación o intervencionismo del Estado en la industria, para el presente asunto a la farmacéutica, que ha sido uno de los factores de mayor incidencia en el desequilibrio económico del sistema, y articulado con la financiación de los servicios de salud, se va ver reflejado en el cumplimiento de las otras actividades de regulación que tienen que ver con el levantamiento estadístico para desde allí, realizar las proyecciones de prevención y generar las políticas públicas que impacten a nivel nacional. Actualmente se cuenta con 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", específicamente en el título II Salud Pública, Promoción y Prevención y Atención Primaria en Salud", ya se mencionaba la función del Estado para garantizar la prestación del servicio y hacer de la prevención de la enfermedad, pilar de la atención primaria en salud.

⁵¹ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) en la Observación General No. 14, insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'

⁵² Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 5, 2015

2.7 Elementos

Cinco elementos son los pilares de la Ley 1751 corresponden a la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional. Definidas cada una en el articulado de la norma, se refieren a la interacción de los profesionales de la salud con los avances tecnológicos y la formación de los profesionales de la salud, prevaleciendo las necesidades de los pacientes y/o usuarios por encima de los intereses económicos de los agentes que participan en la prestación de los servicios. La autonomía profesional y tecnología debe estar al servicio de los usuarios, instando a los involucrados en la formación de los profesionales a la mejora continua de la calidad y ampliación de cupos de las especialidades.

*“a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente.”⁵³*

De acuerdo con este mandato, se presumiría que en ninguna región del país podrá excusarse la prestación del servicio de salud por falta de instituciones, tecnologías o personal médico, para esto último, el Gobierno Nacional, en la actualidad se encuentra promoviendo que las instituciones universitarias contemplen la ampliación de los cupos para las especialidades médico quirúrgicas, pero nuevamente queda a la voluntad política que esto sea una realidad y los resultados se verán no antes de tres o cuatro años, lo que va de la mano con la dignificación de los salarios del personal médico y auxiliar para incentivar la contratación en las regiones más apartadas.

*“b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad”.⁵⁴*

⁵³ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 6, 2015)

⁵⁴ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 6, 2015)

La ética médica está contenida en la Ley 23 de 1981 y prevé la no discriminación, la atención con responsabilidad y respeto hacia cualquier persona que requiera la atención también prevé el secreto profesional y la custodia de la historia clínica, los aspectos regulados en este artículo son novedosos en lo que tiene que ver con la posibilidad de participación de las diversas culturas etnias y comunidades en la implementación de soluciones.

*“c) **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”.*⁵⁵

Dentro de la exposición de motivos de la Ley, inicialmente se plantea la supresión de cualquier tipo de autorización para las personas que requieran los servicios tratamientos o medicamentos, ello en consideración a que no son los profesionales de la salud quienes ponen esas barreras, sino que es el personal administrativo y los controles financieros los que limitan el acceso. Para esto el Gobierno deberá desarrollar muy claramente bajo que condiciones se garantizará que las aseguradoras y entidades responsables del pago no eludan los costos de las atenciones sin que se les haya previamente expedido una autorización.

*“d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.”*⁵⁶

Este aspecto tiene que ver con la dignificación de las profesiones de la salud, para permitir que los profesionales dispensen tiempo en actualización y mejora continua, así mismo está encaminado a que los establecimientos, bienes y servicios que integran el sistema, se ciñan a un mínimo de estándares apropiados científica y médicamente para la prestación del servicio, aceptable desde el punto de vista cultural.

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 6, 2015)

2.8 Principios

Los principios son, en toda normativa, el norte de sus normativas; o bien enmarcan el criterio de interpretación por aplicar. Si queremos responder cuáles de los principios contenidos en el artículo sexto se refieren a la prohibición de la negativa de prestación de servicios de salud, son las máximas de universalidad y continuidad que reivindican que todos tienen derecho a ser atendidos de una enfermedad; pero que también la atención deberá extenderse de manera continua, sin que factores externos sean tenidos en cuenta para la suspensión de un tratamiento.

En atención a estos principios, no se puede negar a ninguna persona acceder al sistema de salud, por ninguna razón, y con ello a disfrutar de las distintas virtudes que este le ofrezca. Por ende, las EPS deben prestar sus servicios de manera eficiente, equitativa a todos los sujetos que pertenecen al sistema. Lo contrario constituiría una discriminación y una transgresión a la prohibición de negación de los servicios en salud. La universalidad, es el principio básico del sistema de salud o sea que el objetivo del sistema es que todos los habitantes del país disfruten de seguridad social. Por eso mismo, se estableció legalmente el carácter de obligatorio.

De igual forma, no es aceptable que determinada EPS suspenda un tratamiento en el tiempo, en razón de su costo; ya que les asiste el deber de la continuidad del servicio. Luego el suspender o interrumpir una prestación de salud es sinónimo de no prestarla.

“Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad”.^{57, 58}

⁵⁷ (Sentencia T 240 / 2013, 2013)

⁵⁸ (MORENO DAZA, 2015)

Podemos expresar que el reconocimiento jurisprudencial de la obligación, por parte de las entidades prestadoras, de ofrecer un servicio y no negarse a su prestación han sido elevados a rango legal, a través de esta ley estatutaria. Por lo que el derecho a la salud nutre su contenido, primero, al elevarse como derecho fundamental autónomo; y, segundo, al reconocerse la prerrogativa inherente que le asiste a toda persona de ser atendida; bien se deba porque estamos frente a una urgencia, o por cumplimiento de los derechos que le otorga la ley; o, en su defecto, por la toma de decisiones en observancia de los principios aquí contenidos. Proyectando aquí lo dicho a la práctica, no debería haber inconvenientes como los llamados paseos de la muerte (remisión del paciente desde una entidad a otra), que tantas víctimas ha cobrado en nuestro país. Mas, en la mayoría de las ocasiones, los problemas no son de la ley, sino del hombre que la ejecuta. Cabe recordar, que con respecto al citado Pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), en desarrollo de su función primordial de vigilar su aplicación por los Estados Partes, a partir de 1989, adopta ‘observaciones generales’, una de las cuales, la Observación General N° 14 (2000), acerca del “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”⁵⁹, consideró de manera clara y categórica, entre otros criterios, que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.”⁶⁰

El Bloque de constitucionalidad que aplicado junto con lo previsto en los artículos 48 y 49 de la Constitución y con sujeción a los principios de aplicación integral y armonización concreta de la misma, le permitieron a la Corte Constitucional, como única alternativa, considerar la existencia de derechos prestacionales como fundamentales

Este tipo de derechos fundamentales de carácter prestacional, según la Corte Constitucional tienen un doble contenido: (i) se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela y (ii) se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales

De otro lado cabe recordar, que las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental con carácter prestacional, son de dos clases: (i) de cumplimiento inmediato, es decir, demandan una actividad estatal inmediata y (ii) de cumplimiento progresivo o de ampliación gradual y continua⁶¹

⁵⁹ (Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) en la Observación General No. 14, insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos’)

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ (Sentencia T 760 / 2008, 2008)

Principios como los de **continuidad, oportunidad, integralidad, equidad y pro homine**, consagrados en el artículo 6º de la ley estatutaria, ya han venido siendo aplicados por la Corte Constitucional para otorgar amparos vía acción de tutela, jurisprudencia que podrá ser reforzada en atención al nuevo concepto que del Principio de Integralidad se consagra el artículo 8º ibídem., al irradiar transversalmente el acceso a los servicios y tecnologías de salud, por cuanto éstos deben ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador y sin que se pueda fragmentar la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En relación con el principio **pro homine**, según el cual las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho a fundamental a la salud de las personas, pese a su consagración novedosa, se ha venido también aplicando jurisprudencialmente con fundamento en el principio constitucional de buena fe, “implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”⁶²

El principio de **Universalidad**, que tiene que ver con el goce efectivo de los servicios de salud y del derecho a la salud de la totalidad de los residentes en Colombia y durante toda su vida, este principio ya se encontraba previsto en la Ley 100 de 1993 su garantía ha sido materia de protección por vía de tutela.

La ampliación de la cobertura en el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha facilitado que en este momento las personas que pertenecen al régimen contributivo y que por circunstancias externas no pueden continuar con la cotización, permanezcan con las mismas empresas prestadoras de salud bajo el régimen subsidiado, por otra parte, las personas no aseguradas a cargo directamente de los entes territoriales son menores debido a la obligación que tienen las entidades del régimen subsidiado de afiliarlas para garantizarles el derecho a la salud.

La interpretación de las normas, convenciones y pactos han venido siendo desarrolladas por la Corte Constitucional, favoreciendo en principio **Pro homine**

*“Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;”*⁶³

⁶² (RAMIREZ PATIÑO, 2015)

⁶³ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 6, 2015)

Se trata de un principio cuyo interés se funda en el respeto de la dignidad humana, las decisiones involucradas son garantías fundamentales orientadas a proteger al individuo, para permitirle hacer efectivo su propio plan de vida. Por lo que se traduce en un mandato de protección, vigencia y garantía de los derechos constitucionales.

En conclusión, *el principio pro homine* en el derecho de la salud, se concreta en la siguiente fórmula: “la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia”.⁶⁴ Esto es, el principio establece que siempre la interpretación de las normas vigentes sea la más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas.

La **Equidad** como principio de la norma actual, corresponde a un planteamiento diferente al contenido en la Ley 1438 de 2011, hoy se define como la obligación del Estado en la adopción de políticas públicas para el mejoramiento de la salud de todas las personas y en especial a algunos sectores específicos de la sociedad, como las personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección, en la anterior norma, correspondía a la garantía de acceder a los beneficios independientemente de la capacidad de pago, sin poner en riesgo al resto de la población.

Pacífica había sido la jurisprudencia de las altas Cortes en cuanto a tutelar los derechos de los ciudadanos frente a la terminación abrupta por parte de la entidad prestadora del servicio, de un tratamiento, bien por la desafiliación del sistema del usuario, o ya porque dejaba de prestar el tratamiento o procedimiento alegando razones de índole contractual, legal o administrativo. Conforme con este desarrollo jurisprudencial de la Ley 1751.

Se mantiene el principio de **Continuidad** que traía la normatividad Ley 1438 de 2011, pero precisando que sin lugar a equívocos, una vez iniciado un tratamiento o procedimiento, debe ser asumido hasta el final, sin que por razón alguna se pueda suspender; éste principio sufre una modificación en su concepción, respecto de lo consagrado en la ley 1438 de 2011, la continuidad que se pregonaba en dicha ley tiene que ver con la permanencia en el sistema de seguridad social en salud, es decir si el paciente por cualquier circunstancia se retiraba del sistema, la EPS no estaba obligada a continuar con el tratamiento o procedimiento; en la actual ley estatutaria, se refiere a la obligación de no interrumpir los tratamientos por razones económicas o administrativas por parte de las entidades prestadoras de salud, es decir así el usuario paciente se halle retirado del sistema, debe culminarse el tratamiento o procedimiento.

⁶⁴ (Sentencia T 760 / 2008, 2008)

Este principio es de arraigo constitucional, artículo 2 de la Carta Magna, cuando se señala como fin esencial del Estado, el de la garantía de la efectividad de los derechos. Igualmente, tiene soporte en el artículo 83 de la Carta Política, pues, este se constituye en fundamento del principio de la confianza legítima. Del cual se colige que no es admisible por vía de estimación restrictiva aceptar la suspensión del suministro de tecnologías o condiciones de prestación del servicio en detrimento del derecho del afectado. Íntimamente ligado al anterior principio está el principio de la **oportunidad**, prohibidas las dilaciones en la prestación de los servicios de salud, y de manera continua, sin posibilidades de diferir su aplicación por razones económicas o administrativas

La oportunidad es uno de los aspectos que con mayor frecuencia se invocaban para acceder a la tutela del derecho a la salud. Su consagración como principio haría pensar que esto garantiza que la progresión de la enfermedad así como las secuelas sea menor si efectivamente se logra atender tempranamente las solicitudes de servicio.

Se desarrolla en la Ley 1751 el llamado Constitucional de atender preferentemente a quienes se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad y es así como se establece el principio de **Prevalencia de derechos**, se pretende con ello que el Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes.

Desde la Ley 1438 de 2011 se plasmó la atención preferente y diferencia para la infancia y adolescencia, acogiendo los mandatos constitucionales y su regulación mediante la expedición del Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006, la cual define el interés superior del menor como el imperativo que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos. Fijo los rangos de edades en que se clasifican dichas medidas para que la formulación de los programas atienda los denominados ciclos vitales. La clasificación etárea es: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años.

La gradualidad que trae la Ley 1438 de cara a la definición de la Ley 1751 involucra además de la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas, la gradualidad de la capacidad instalada y la mejora en el talento humano y la reducción de las barreras culturales geográficas administrativas y tecnológicas, ello tiene correspondencia con todo el contenido de la norma que busca es la optimización del servicio de salud, en la Ley 1751, se plasmó la **Progresividad del derecho**⁶⁵, que corresponde a un criterio más amplio y un avance para permitir que no exista un anquilosamiento del conocimiento y de las tecnologías, sino una permanente renovación de conocimiento y equipos para garantizar una mejor atención a la salud de los usuarios.

⁶⁵ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 6, 2015)

Es decir, El Estado promoverá y garantizará la ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud. El aspecto de habilitación es el único agregado a la posibilidad de elegir la entidad de salud, sano concepto en la medida que solamente accederán al sistema quienes estén reconocidos y con las habilitaciones correspondientes que son garantía de la excelencia en la prestación del servicio, ésta **Libre elección**, podría pensarse incentivará el cumplimiento de las normas y la habilitación redundará en la excelencia.

El aspecto **Sostenibilidad**, no se reduce a la nutrición por el mismo sistema, como lo prevé la Ley 1438/11, sino que el Estado debe inyectar presupuesto para lograr el aseguramiento progresivo para el goce efectivo del derecho a la salud.

Se amplía el concepto de **Solidaridad**, ahora se involucra no solo a las personas, sino a los sectores económicos y a las comunidades.

Este principio aun cuando tiene una redacción diferente, conserva el espíritu plasmado desde la Ley 100 de 1983, la **Eficiencia**, es sinónimo de optimizar los recursos disponibles para mejorar los resultados en salud y calidad de vida de la población.

La **interculturalidad** erigida como principio, es un aspecto que había quedado por fuera de los reglamentos del sistema de salud, en la Ley 1751 se reconoce la coexistencia de tratamientos diferentes a los entregados por la medicina alopática. Reconoce la identidad de los diferentes pueblos culturas, que se reflejan en diversidad de tratamientos y saberes, que se deben complementar para también desde esta arista, atraer a la totalidad de los ciudadanos al sistema de salud.

Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

Este principio es incluyente de las diversas formas de curación partiendo desde la tradición ancestral, que son utilizadas por las comunidades indígenas.

Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Este principio se encuentra directamente correlacionado con el principio anterior, ampliándolo no solo a los pueblos sino a las comunidades indígenas, a las etnias y culturas ROM o gitanos, afrodescendientes y negros raizales y palenqueros.

No obstante, todos los principios tienen el mismo peso, sin que pueda privilegiarse alguno por sobre los otros, queda claro que si prevalecen los derechos de los más débiles bien sea por su edad, condición se encuentran privilegiados por la Constitución, llámense mujeres en estado de embarazo, niños, adolescentes o ancianos.

2.9 Determinantes

Desde el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 del Ministerio de la Protección Social, se dan los lineamientos para que los entes territoriales identifiquen las dimensiones prioritarias que afectan el derecho a la salud, es así como el Plan vigente tiene ocho ejes primordiales y dos transversales que van desde la salud ambiental, la vida saludable y condiciones no transmisibles, seguridad alimentaria y nutricional, derechos y sexualidad, vida saludable libre de enfermedades transmisibles, salud pública en emergencias y desastres y los como transversales gestión diferencial de poblaciones vulnerables, gestión para el fortalecimiento institucional y de los servicios de salud, que comprende todas las esferas y la actuación intersectorial como lo plantea este principio.

Estos determinantes corresponden a los factores socio económicos que determinan por si mismos unas condiciones de salubridad o insanidad de la comunidad, resulta importante para el trazo de políticas públicas, que luego de identificar los factores determinantes de la desigualdad sanitaria esta se conjure buscando una equidad para obtener desde un entorno saludable una expectativa de vida mejor y mayor.

“Entendiendo los determinantes como las condiciones sociales en las cuales una persona nace, crece, vive, trabaja y envejece; esto incluye aspectos económicos, políticos, culturales, así como aspectos relacionados con los sistemas de salud.”⁶⁶

2.10. Deberes

Los deberes de los usuarios del servicio de salud tienen como objetivo fundamental el compromiso individual de los usuarios para hacerse responsable de su salud y de mantenerla, con el buen uso de los servicios, el acatamiento a las órdenes médicas, racionalidad en el uso de los servicios y con ello permitir la universalidad del sistema.

Se encuentran enlistados los deberes que tienen los usuarios pacientes para con el sistema. Las prestadoras de los servicios, vienen inculcando en sus usuarios estos deberes, para hacer más eficiente la prestación de dichos servicios.

A continuación, el listado de deberes de acuerdo a la ley estatutaria:

“a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;

- b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;*
- c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
- d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;*
- e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;*
- f) Cumplir las normas del sistema de salud;*
- g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud;*
- h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;*
- i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.⁶⁷*

⁶⁶ (Instituto Nacional de Salud -INS, 2016)

⁶⁷ (Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 10, 2015)

2.11. Derechos

Se ha reservado un artículo para enunciar los derechos de los usuarios, esta precisión de derechos seguramente será el artículo más protegido por la acción de tutela, ya que es precisamente en los derechos en los que se concretizan las obligaciones de los actores del sistema.

- a) *A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;*
- b) *Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;*
- c) *A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;*
- d) *A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud;*
- e) *A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;*
- f) *A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;*
- g) *A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y obtener copia de la misma;*
- h) *A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;*
- i) *A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;*
- j) *A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto de su intimidad;*
- k) *A la intimidad.*
- l) *A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;*
- m) *A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;*
- n) *A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley*

- o) *A no ser sometido en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimientos evitables, ni obligados a padecer enfermedades que puedan recibir tratamiento.*
- p) *A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;*
- q) *Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.*
- r) *Los derechos enlistados corresponden a los que se han venido consagrando en las normas y en los desarrollos jurisprudenciales, todos se encuentran enfocados hacia el respeto de la dignidad de la persona, la confidencialidad y la óptima relación médico paciente.⁶⁸*

2.12 Sujetos de especial protección

El legislador se vio en la necesidad de determinar de manera taxativa quienes son Sujetos de especial protección teniendo en cuenta el reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente.

“Así la Constitución Política en su artículo 13 establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”⁶⁹ Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”⁷⁰

Éste artículo unifica e identifica los grupos de personas de especial protección por parte del Estado, en normas anteriores se les daba el tratamiento diferencial preferencial no obstante en esta codificación se precisa más detalladamente cómo se debe realizar.

2.13. Garantías y Mecanismos de protección

La participación ciudadana en el gobierno de los sistemas de salud es un derecho fundamental recogido en nuestra legislación. Es también una dimensión esencial en los procesos sociales que tienden a la promoción de la salud, tal y como ha sido reconocido por la OMS, que da voz y voto a la ciudadanía haciéndola corresponsable e incorporándola como parte integrante del proceso, de manera que esté comprometida con la toma de decisiones en las estructuras regulares del sistema, que comprende recursos, organización, gestión y control de resultados. Es un esquema de funcionamiento basado en la cooperación de todas las partes que intervienen en los sistemas de salud.

Pacientes más informados, formados y activos en su proceso de salud forman parte de un continuo cambio en su papel dentro de los sistemas sanitarios. Desde la Declaración de Alma-Ata en el año 1978 y la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, la Organización Mundial de la Salud insta a los pacientes a una participación tanto individual como colectiva en la salud, la ley estatutaria no solamente contempla las asociaciones de pacientes sino la intervención de la asociaciones medico científicas, asociaciones académicas que indiscutiblemente desde la óptica profesional coadyuvan para la prestación de mejor servicio de salud a acorde al desarrollo de nuevas tecnologías, entre otras.

El artículo 13 sobre “redes integrales de servicios” como una forma de organización entre las instituciones de salud públicas, privadas y mixtas; y el artículo 24 expresando que “la extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica sino de la rentabilidad social” complementando así que exista una buena red de servicios; éste cambio debe traducirse en una nueva escala para clasificar el “riesgo” de las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas y privadas, lo cual reorientaría la función del sistema en su valor esencial de la protección social y los resultados en salud.

Como garantías, que se otorgan a los ciudadanos se puede inferir que se puede lograr una mejor atención, dado que la red de servicios facilitará la consecución más inmediata de las especialidades técnico científicas necesarias para tratar cada patología, así mismo se establece que no se requiere de autorizaciones administrativas previas para llevarse a cabo la atención.

Las autorizaciones quedan excluidas de los servicios de urgencias y las negaciones en otras circunstancias, tienen la protección vía Acción de Tutela, el congreso se ocupará de reglamentar las sanciones para quienes sin justificación nieguen servicios.

2.14. Prestaciones de salud.

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios, esto es considerado como las exclusiones del plan de beneficios no obstante, la Corte Constitucional, en sentencia T-296 de 2011, señaló que las limitaciones o exclusiones al Plan Obligatorio de Salud –POS- son constitucionalmente admisibles bajo el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud. No obstante, las normas no deben impedir el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas. Por lo anterior, podrían las disposiciones legales o reglamentarias ser inaplicadas en un caso concreto. Lo anterior, se fundamenta en que el concepto de salud debe interpretarse en un sentido amplio. Abarca no solo el aspecto funcional o físico de la persona, sino también sus condiciones psíquicas, emocionales y sociales.

La Corte estableció que los límites a la protección del derecho fundamental a la salud deben establecerse primordialmente a partir de exclusiones a saber según el artículo 15 de la Ley 1751:

- “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior”.*⁷¹

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

⁷¹ Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 15, 2015

Con este acápite el Ministerio de la Protección social tiene una labor ardua al momento de realizar la reglamentación para determinar específicamente cuales son los eventos que han de quedar excluidos del plan de beneficios sin que con ello vaya a atentar contra el servicio de salud, máxime cuando el enfoque actual del derecho de salud contempla las afectaciones físicas y psicológicas.

La Corte respaldó el término previsto de dos años para el desarrollo del mecanismo. Por el momento, se mantienen los arreglos institucionales vigentes, los cuales han venido evolucionando hacia la nueva realidad institucional definida por la Ley Estatutaria.

2.15. Procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud.

El fortalecimiento de las juntas médicas, y los comités de investigación, constituye una garantía para los usuarios del sistema ya que no serán los administrativos, los encargados de negar un procedimiento o tratamiento, sino de acuerdo a un estudio científico interdisciplinario, donde se deberán exponer los criterios de factibilidad frente a determinada formulación y no el costo que puede llegar a representar a la Entidad Prestadora de Servicios, tal como lo prevé la ley estatutaria en su artículo 16:

“Los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley.”⁷²

2.16. Autonomía profesional.

Abordándose el tema de la autonomía en el ejercicio de la medicina, es necesario hacer una alusión previa al concepto de profesionalismo.

La doctrina ha entendido que el profesionalismo constituye el fundamento de la actividad de la medicina y la base del contrato de esta profesión con la sociedad, entendiéndose por profesional a la persona que se ubica en una de las disciplinas eruditas y que actúa observando los estándares técnicos, éticos y deontológicos de una profesión⁷³.

El profesionalismo posee los siguientes componentes: i) conocimiento especializado, ii) compromiso social, iii) autorregulación y iv) autonomía.

⁷² Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 16, 2015

⁷³ (Rodríguez JL. , 2005)

“Conocimiento especializado: sobre este punto es necesario considerar que en la medicina el conocimiento es vasto y crece de manera rápida, siendo obligación de los galenos mantenerse permanentemente actualizados.

Compromiso social: este elemento hace referencia a velar con altruismo por la salud de la profesión.”⁷⁴

Cuando se habla de autonomía profesional se evidencia una confusión sobre qué significa y a quién aplica, si al individuo o a la profesión, sin embargo, y de acuerdo a la definición de la real academia de la lengua: “corresponde a la capacidad de alguien para tomar decisiones sin ayuda de otro”⁷⁵. La autorregulación es “regularse por sí mismo”; entendiendo por regular el “ajustar, reglar o poner en orden algo, ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”⁷⁶. Así, es necesario entender que la autorregulación es un concepto colectivo, pues debe ser entendida desde cada profesión y a partir de ella se debe llevar a cabo la tarea de regular concertadamente la conducta y las actividades profesionales

La autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo se reconoce en la ley estatutaria. El profesional de la salud tiene independencia y libertad en el desempeño de su labor, ejercida en el marco de la autorregulación, el humanismo, la ética médica y la evidencia científica.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Este ha sido uno de los aspectos más sensibles para los profesionales de la salud que debían ceñirse a los intereses de las EPSs, poniendo en entredicho su profesionalismo atendiendo los lineamientos que estas les ordenan para poder continuar ejerciendo en ella.

2.17. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud.

Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.

⁷⁴ (PATIÑO RESTREPO, 2004)

⁷⁵ (Real Academia Española - RAE, 2016)

⁷⁶ Ibidem

Se ha generalizado, sobretodo en el sector público, la contratación de los profesionales y trabajadores de la salud a través de contratos civiles de prestación de servicios, desnaturalizando la relación laboral que existe y mermando la capacidad económica de dichos trabajadores, desestimulando la vinculación con las EPS e IPS lo cual aumenta la rotación de personal, esto redundando en la falta de adherencia al tratamiento por parte de los usuarios y falta de capacitación continua de los profesionales por no tener una estabilidad que les permita proyectarse y hacer planes a largo plazo.

2.18. Política para el manejo de la información en salud.

Con el fin de alcanzar un manejo veraz, oportuno, pertinente y transparente de los diferentes tipos de datos generados por todos los actores, en sus diferentes niveles y su transformación en información para la toma de decisiones, se implementará una política que incluya un sistema único de información en salud, que integre los componentes demográficos, socioeconómicos, epidemiológicos, clínicos, administrativos y financieros.

Los agentes del Sistema deben suministrar la información que requiera el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y condiciones que se determine.

La implementación de sistemas de información tiene correspondencia con los controles que debe ejercer el Ministerio de salud y protección social con el fin de crear políticas públicas acordes y reales a las necesidades de las regiones.

2.19. De la política pública en salud.

El Gobierno Nacional deberá implementar una política social de Estado que permita la articulación intersectorial con el propósito de garantizar los componentes esenciales del derecho, afectando de manera positiva los determinantes sociales de la salud.

De igual manera dicha política social de Estado se deberá basar en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad y su atención integral, oportuna y de calidad, al igual que rehabilitación.

Como quiera que la enfermedad depende de varios factores que involucran distintos escenarios como lo son medio ambiente, agua potable, servicios públicos, área geográfica y comunicaciones, se requiere que las políticas públicas de salud estén armonizadas y encaminadas a mejorar la salubridad, la accesibilidad a los servicios de salud para efectivizar este derecho.

2.20. Divulgación de información sobre progresos científicos.

El Estado deberá promover la divulgación de información sobre los principales avances en tecnologías costo-efectivas en el campo de la salud, así como el mejoramiento en las prácticas clínicas y las rutas críticas.

A través del instituto nacional de salud se lleva a cabo el seguimiento, la divulgación de las prácticas clínicas, elemento fundamental para la creación de protocolos y guías clínicas. La medicina basada en la evidencia como herramienta también de estudio para el mejoramiento de la práctica clínica.

2.21. Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud.

El Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

2.22. Política Farmacéutica Nacional.

La Ley Estatutaria fortalece la política de control de precios. Al respecto es necesario hacer tres aclaraciones. Primero, la Corte reconoce que el regulador tiene la competencia de intervenir los precios de los medicamentos en toda la cadena productiva, no solo hasta el punto de salida del proveedor mayorista como se estipula actualmente. Segundo, la Ley establece la necesidad de usar la comparación de precios internacionales, pero no prohíbe el uso de herramientas o metodologías adicionales en el marco de la Política Farmacéutica. Tercero, la Ley le otorga al Ministerio de Salud y Protección Social la competencia regulatoria, esto es, el Ministerio tendrá el liderazgo en la regulación, pero sujeto a las buenas prácticas de intersectorialidad que operan actualmente.

“El Gobierno Nacional establecerá una Política Farmacéutica Nacional, programática e integral en la que se identifiquen las estrategias, prioridades, mecanismos de financiación, adquisición, almacenamiento, producción, compra y distribución de los insumos, tecnologías y medicamentos, así como los mecanismos de regulación de precios de medicamentos. Esta política estará basada en criterios de necesidad, calidad, costo efectividad, suficiencia y oportunidad.

Con el objetivo de mantener la transparencia en la oferta de medicamentos necesarios para proteger el derecho fundamental a la salud, una vez por semestre la entidad responsable de la expedición del registro sanitario emitirá un informe de carácter público sobre los registros otorgados a nuevos medicamentos incluyendo la respectiva información terapéutica. Así mismo, remitirá un listado de los registros negados y un breve resumen de las razones que justificaron dicha determinación.

Parágrafo. *El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, estará a cargo de regular los precios de los medicamentos a nivel nacional para los principios activos. Dichos precios se determinarán con base en comparaciones internacionales. En todo caso no podrán superar el precio internacional de referencia de acuerdo con la metodología que defina el Gobierno Nacional.*

Se regularán los precios de los medicamentos hasta la salida del proveedor mayorista. El Gobierno Nacional deberá regular el margen de distribución y comercialización cuando éste no refleje condiciones competitivas.”⁷⁷

Para esto existe un organismo dependiente del Ministerio de Salud y protección social, que es la Comisión Nacional de Regulación de Medicamentos, entidad encargada de adelantar los estudios necesarios de mercado para establecer los precios de medicamentos, inicialmente lo está haciendo con medicamentos para enfermedades de alto costo, lo cual deberá ampliarse a la totalidad de los medicamentos.

2.23. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas.

En los pueblos, en sus condiciones económicas, en su producción, influyen las características geográficas, clima, calidad de los suelos, relieve del terreno, precipitaciones, distancias entre centros de producción y de consumo, la vialidad, a esas se suman las condiciones geográficas y otras no geográficas entre ellas educación, salud, disponibilidad de servicios públicos, eficiencia administrativa de las autoridades, transferencias fiscales, que en Colombia afectan en el estado de salud de sus habitantes, por las dificultades para acceder a servicios de salud con buena calidad.

Es así, como “El Estado deberá garantizar la disponibilidad de los servicios de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional”⁷⁸, es la premisa del artículo 24 de la ley estatutaria.

⁷⁷ Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 23, 2015

⁷⁸ Congreso de Colombia Ley 1751 / 2015 Artículo 24, 2015

La geografía pesa más en los municipios pobres que en los municipios ricos. Los municipios que más crecen son los que están más cerca de los grandes mercados, Bogotá, Cali, Medellín. A mayor distancia, menor ingreso per cápita. La población muestra, desde luego, correlación directa entre su tamaño y el volumen del comercio.

Establecidas las realidades geográficas identificadas está documentado que la geografía también juega papel determinante en cuestiones concomitantes como la calidad de la administración pública y privada, el ordenamiento territorial, la gestión ambiental. Los factores geográficos deben ser tomados en cuenta en lo que atañe a la riqueza y pobreza de sus habitantes, a su bienestar y al progreso de las regiones habitan. Por ello, la geografía ha sido incorporada en el ejercicio de las funciones de Estado, y se ha tenido en cuenta en la ley estatutaria.

Otro punto a saber del artículo 24 es: “La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. En zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad”⁷⁹.

Este es quizás el reto más grande y costoso que tiene el gobierno para garantizar la prestación del derecho a la salud, y es el más necesario a nuestro parecer ya que las zonas alejadas de los cascos urbanos sufren por la ausencia de servicios de calidad; la inversión que se debe realizar debe ser integral comprendiendo la dotación de estas regiones de servicios públicos garantizando salubridad desde lo más elemental como es el suministro de agua potable, alcantarillado residuos sólidos, una nutrición adecuada que se puede garantizar con el mejoramiento de la infraestructura vial, acompasado con una red hospitalaria amplia y suficiente sin importar el volumen poblacional.

2.24. Destinación e inembargabilidad de los recursos.

Estas previsiones vienen trasladadas en toda la legislación, la prohibición se mantiene y se ha respetado por quienes en lo que tiene que ver con la inembargabilidad, no ha tenido la misma suerte el cambio de destinación, ya que esta no corresponde a jueces sino a administradores que no encuentran dificultad en cambiar la destinación de estos rubros para atender gastos de otra índole.

la Constitución Política, la Jurisprudencia de las Altas Cortes, y las circulares de la Procuraduría General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura y de la Superintendencia Financiera de Colombia, que disponen lo siguiente:

⁷⁹ Ibidem

“El artículo 48 de la Constitución Política establece: “...No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella...”.

Los artículos 134 y 182 de la Ley 100 de 1993, establecen que:

ARTÍCULO 134.-Inembargabilidad. Son inembargables:

“Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas.

Las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen individual con solidaridad, y sus respectivos rendimientos.

Las sumas destinadas a pagar los seguros de invalidez y de sobrevivientes dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.

Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Los bonos pensionales y los recursos para el pago de los bonos y cuotas partes de bono de que trata la presente ley.

Los recursos del fondo de solidaridad pensional”.

El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 establece que las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al sistema de Seguridad Social en Salud. Norma lo cual debe entenderse en concordancia con el artículo 48 de la Constitución Política”⁸⁰.

De otra parte el artículo 19 del Decreto Extraordinario 111 de 1996, por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece que, son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, Así como los bienes y derechos que lo conforman, incluyendo en esa prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo cuarto del título XII de la constitución Política, hoy modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2001. De igual forma, el inciso tercero establece que los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto en mención.

⁸⁰ (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991)

- De igual manera, el artículo 91 de 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 del acto legislativo 01 de 2001, estableció que los recursos del sistema general de participaciones-**SGP**- no pueden ser sujetos de embargo.

- En el mismo sentido, y en relación con “el principio de inembargabilidad” consagrado en el artículo 63 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1992⁸¹, expuso una serie de consideraciones preliminares al respecto, “sobre temas íntimamente concernidos por el principio cuestionado como son los atinentes a la noción de Estado Social de Derecho; la efectividad de los derechos constitucionales; los derechos de los acreedores del Estado emanados de las obligaciones de índole laboral; el derecho a la igualdad; el derecho al pago oportuno de las pensiones legales; los derechos de la tercera edad y los reconocidos por Convenciones del Trabajo ratificadas por el Estado Colombiano”⁸².

Para la Corte Constitucional, el principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables tenidos en cuenta para la realización de la dignidad humana.

(...) En este sentido, “sólo si el Estado asegura la intangibilidad judicial de sus recursos financieros, tanto del gasto de funcionamiento como del gasto de inversión, podrá contar con el cien por ciento de su capacidad económica para lograr sus fines esenciales” (C-546 de 1992) MS.PS. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1992. Ms. Ps. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

⁸² (Procuraduría General de la Nación- Directiva No 22 INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DESTINADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, DE LAS RENTAS INCORPORADAS AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN Y LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES-SGP., 2010)

3. Conclusiones

Se concluye que la Ley Estatutaria 1751/15 pese a ser un buen intento para lograr la reivindicación de la salud de los colombianos, aún se encuentra lejos de lograrlo, las reglamentaciones previstas que facilitarán, seguramente el acceso y la universalización del derecho a la salud, se han demorado y la ley como muchas otras corre el riesgo de que se convierta en letra muerta.

En lo que tiene que ver con las exclusiones, fijó unos criterios básicos para ellas: los tratamientos meramente estéticos, suntuarios o cosméticos, los medicamentos y tratamientos experimentales y los tratamientos en el exterior, cuando en el país se realicen. Fijó el término de hasta dos años para que el Ministerio de Salud establezca las exclusiones, pero no de cualquier manera, debe expedir un listado mediante un proceso público transparente, lo que augura que la participación de los distintos sectores y actores, logre un listado que realmente se ajuste y refleje la realidad del país, porque los jueces de tutela, en pro de la protección de derechos han adoptado decisiones que causan gastos innecesarios para satisfacer no propiamente las necesidades sino las vanidades de las personas que acuden a la acción de tutela para lograr tratamientos en el exterior, o tratamientos cosméticos amparados en la presunta puesta en peligro de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la vida, entre otros para lograr cirugías estéticas o cosméticas, o la necesidad de realizarse los tratamientos en el exterior considerando que pese a realizarse en el país, se logran mejores resultados en el fuera del país.

No obstante para la implementación plena de la norma se requiere una inyección de presupuesto que se ha calculado en aproximadamente 5 billones de pesos, es prematuro desahuciarla, pero si se echa de menos las fuentes de financiación que garanticen la implementación y cumplimiento de la norma. El factor financiero es el que se considera puede frenar la puesta en marcha de la ambiciosa Ley.

En lo que tiene que ver con la reglamentación y control de los medicamentos, tampoco ha sido expedida una norma que cumpla con lo ordenado por la Ley 1751, la norma vigente es el Decreto 1071 de 2012, que derogó el 413 que reglamenta el funcionamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD), en desarrollo de la Ley 1438 de 2011. Se precisaron obligaciones para los ciudadanos, impone que así como se conceden derechos, también hay unos deberes por cumplir, el autocuidado por primera vez contemplado en una norma, y la racionalidad por el uso de los servicios y la atención y seguimiento estricto de los consejos médicos son parte de esas responsabilidades obligatorias para el individuo.

Se ha dado una inusitada importancia a las terapias alternativas complementarias, aceptando la multiplicidad de etnias que pueden llegar a aportar a más bajos costos resultados frente a las enfermedades de los individuos que conforman los grupos y comunidades indígenas, raizales, afrodescendientes colombianos, ROM, palenqueros, entre otros.

El derecho a la salud se invoca para la articulación intersectorial que pueda lograr las mejores condiciones para las regiones más aisladas y desprotegidas, en busca de políticas públicas que lo garanticen.

Se mantiene la Acción de tutela, pero ya como protección al derecho fundamental de la salud, con unos lineamientos claros respecto de las situaciones proclives a la vulneración y como consecuencia a su protección por esta vía.

Esta ley es el resultado de la decantación que se ha logrado con más de 20 años de existencia del sistema de salud creado por la Ley 100 de 1993, a través de la protección del derecho a la salud, por parte de los Jueces Constitucionales, constituido como un derecho conexo, hoy considerado y elevado a la categoría de fundamental autónomo objeto de protección directa.

4. BIBLIOGRAFIA.

1. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Bogota, D.C.: Legis.
2. Comite de Derechos Sociles y Culturales de la ONU - CDESCR, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14 ((artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (2000). *Derechos Humanos. net*. Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm>
3. Congreso de Colombia, Ley 1751 2015. (16 de 02 de 2015). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>
4. Instituo Nacional de Salud -INS. (2016). *Determinantes Sociales de Salud*. Bogotá. Obtenido de <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/ons/Paginas/determinantes-sociales-de-salud.aspx>
5. MORENO DAZA , J. A. (9 de 10 de 2015). Análisis de la ley estatutaria de salud, en materia de prohibición de la negación de prestación de servicios.Fundamento jurisprudencial. *Nova Et Vetera, Volumen 1*(No 09), 1 - 3. Recuperado el 05 de 03 de 2016, de <http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Vol-1-Ed-9/Omnia/Analisis-de-la-ley-estatutaria-de-salud,-en-materi/>
6. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de información pública de las Naciones Unidas, Declaración y programa de acción de Viena 20 años trabajando por tus derechos, septiembre 2013,DPI 1394 Rev 2.,p. (s.f.).
7. ORGANICACION MUNDIAL DE LA SALUD, OMS, . (09 de 11 de 2005). *WHO*. Obtenido de <http://www.who.int/features/qa/28/es/>
8. PATIÑO RESTREPO, J. F. (20 de 07 de 2004). El profesionalismo médico. *Revista Colombiana de Cirugia, Volumen 19* (No 3), 2. Recuperado el 01 de 03 de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-75822004000300002&lng=en&nrm=iso

9. Procuraduría General de la Nación- Directiva No 22 INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DESTINADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, DE LAS RENTAS INCORPORADAS AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN Y LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES-SGP. (04 de 2010). Obtenido de <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj4-ouYr4fMAhWJqx4KHdp9DUIQFggkMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.procuraduria.gov.co%2Fportal%2Fmedia%2Ffile%2Fdescargas%2Fdelegadas%2FTrabajo%2FACTOS%2520ADMINISTRATIVOS%2>
10. Real Academia Española - RAE. (25 de 02 de 2016). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo>
11. Rodríguez JL. . (28 de 01 de 2005). *Reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria pública deficiente en Catalunya. Análisis y evolución del periodo 1994-2002*. Recuperado el 27 de 02 de 2016, de http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/2840/JLRM_Tesis.pdf?sequence=1
12. Sentencia C 313 /2014, expediente PE-040 (CORTE CONSTITUCIONAL 29 de 05 de 2014). Recuperado el 04 de 03 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>
13. Sentencia T 240 / 2013, expediente T-3725740 (CORTE CONSTITUCIONAL 15 de 04 de 2013). Recuperado el 15 de 01 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-214-13.htm>
14. Sentencia T 460/ 2012, expediente T-3379246 (CORTE CONSTITUCIONAL 21 de 06 de 2012). Recuperado el 12 de 02 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-460-15.htm>
15. Sentencia T 760 / 2008, 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 (CORTE CONSTITUCIONAL 31 de 07 de 2008). Recuperado el 03 de 12 de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>
16. Sentencia T736 / 2013, T- 3.938.570 (CORTE CONSTITUCIONAL 17 de 10 de 2013). Recuperado el 25 de 01 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-736-13.htm>
17. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, lema.rae.es/drae/srv/, 21 /09/2015
18. DEFENSORIA DEL PUEBLO, www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/2254/ (10/11/2015)

19. CAMARGO Pedro Pablo. 2006, Manual de la acción de tutela, Bogotá, Colombia, Leyer 5ª ed.
20. PATIÑO BELTRAN Carlos Augusto, 2005, La tutela en salud y riesgos profesionales, Bogotá, Colombia, Leyer.
21. CEPEDA E Manuel José. 1997. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.
22. RAMIREZ PATIÑO, E. (2015). *Maximización de los Derechos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt7.pdf>