



ALCANCES DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

ELENA CARDENAS RAMIREZ

**MAESTRIA EN DERECHO
FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS
BARRANQUILLA**

2011



ALCANCES DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

ELENA CARDENAS RAMIREZ

Proyecto Presentado Como Requisito Para Optar al Titulo de Magister en Derecho

DIRECTOR

DOCTORA MARÍA LOURDES RAMÍREZ TORRADO

MAESTRIA EN DERECHO

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS

BARRANQUILLA

2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	9
CAPITULO I.....	12
1 GENERALIDADES.....	12
1.1 Antecedentes del Derecho a la Salud en Colombia	12
1.1.1 Panorama normativo antes de 1991.....	12
1.2 Derecho a la salud en la Constitución de 1991	26
1.2.1 Antecedentes Constitucionales.....	26
1.2.2 Consagración constitucional.....	30
1.2.3 El derecho a la salud a partir del Bloque de Constitucionalidad.....	34
1.2.4 Desarrollo Legal	41
CAPITULO II.....	54
2 EL DERECHO A LA SALUD.....	54
2.1 Tipo de derecho.....	54
2.1.2 Evolución jurisprudencial del tipo de derecho que es la salud como derecho fundamental.....	56
CAPITULO III.....	68
3. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.....	68
3.1 ¿Cuándo procede?.....	71
3.1.1 Carácter subsidiario	71
3.1.2 Como mecanismo transitorio	72
3.2. ¿Contra quién procede?	74
3.2.1 Contra autoridades públicas	74
3.2.2 Contra particulares.....	76
CAPITULO IV.....	79
4. ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA	79
4.1 Promoción y prevención del derecho a la salud	79
4.2 Protección a la salud de la mujer embarazada.....	84
4.3 Derecho a la salud de los que están por nacer	89
4.4 Situación de los menores de un año: atención gratuita	91
4.5 Vacuna: Tipos de vacunas: bebes, Vacunas hasta los 5 años, caso del neumococo, vacunas para la mujer embarazada y personas mayores. Vacunas que se encuentran por fuera del pos: La del papiloma humano.....	93
4.6 Insumos: pañales, sillas de ruedas y muletas.....	100

4.7	Urgencias: Definición y cobertura	103
4.8	Medicamentos: Dentro del POS, clases de medicamentos, medicamentos fuera del POS.	107
4.9	Enfermedades de alto costo.	111
4.10	Trasplante: definición, normatividad: trasplantes que cubre y no cubre el POS y como se protege el derecho.	114
4.11	Cirugías: Cosméticas o Estéticas	120
4.12	Terapias psicológicas: adicción: droga, alcohol, juego.	125
4.13	Terapias ocupacionales y del habla y del lenguaje	130
4.14	Atención domiciliaria	132
4.15	Transporte para el ejercicio del derecho a la salud, ambulancia, dinero para transportes dentro y fuera de la ciudad.	134
4.16	Odontología	136
CONCLUSIONES.....		141
BIBLIOGRAFÍA.....		151

INTRODUCCION

El propósito del presente trabajo es examinar de manera general el alcance que ha tenido el derecho de la salud en Colombia a partir de la Constitución de 1991, y para ello se acudirá a la revisión del material constitucional, legal, jurisprudencial, así como a los textos de derecho internacional que abordan la cuestión. Incluyendo en el estudio el análisis de la tutela, la que sin duda es una herramienta vital para la defensa de este derecho.

La salud se le reconoció un lugar en el orden constitucional, anterior a 1991, pero no se le consagró aun como un derecho, no obstante las reformas que se le introdujeron a la Carta de 1886 a lo largo del Siglo XX. Algunos autores consideran que tales estipulaciones generales pueden ser el origen de la legislación sanitaria en Colombia¹. Sería hasta la reforma constitucional de 1936² cuando se consagra directamente el deber que tiene el estado de prestar asistencia en situaciones de debilidad manifiesta, dejando en manos del legislador su reglamentación.

¹ COPETE, RIZARRALDE, Álvaro, en "El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones". Colección de Textos de aquí y de ahora, Primera Edición: ILSA, Bogotá, Colombia, 2003.

dice que esas mismas estipulaciones por ser generales, pudieron dar lugar a otras interpretación y por tanto no sería del todo acertado decir que en ellas estaba el germen de la salud como derecho. 1989, Págs. 155 y 158

² Artículo 19 de la Carta reformada estableció: "la asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla a otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinara la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado"

Es la carta del 1991 la que plantea directamente en los artículos 49, 50, y 44 el derecho a la salud. Sin embargo, el artículo 48 contempla el derecho a la seguridad social, que debe ser tenido en cuenta, en tanto el sistema de sanidad en Colombia se estructura como parte de las prestaciones del sistema de seguridad social, dentro de un Estado social de derecho y como un deber del Estado.

Al consagrarse el derecho a la salud dentro de los derechos sociales, económicos y culturales en nuestra Constitución, su efectividad se planteó a través del concepto de seguridad social, *“como un conjunto de medios de protección institucional frente a los riesgos que atenten contra la capacidad y oportunidades de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna³”*.

De este modo, el derecho a la salud se estableció como un derecho irrenunciable y un servicio público que se prestará bajo la dirección y coordinación del Estado. Por considerarlo como un servicio público, hace que su acceso sea universal y cuyos servicios de promoción, protección y recuperación de la salud deben ser prestados dentro de un marco de eficiencia y solidaridad y, deben garantizar una atención integral, que vincula al sistema al afiliado y a su núcleo familiar y una cobertura universal. En su prestación pueden concurrir agentes públicos y privados. Además los

³ SARMIENTO, Libardo (compilador). Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas. Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, PNUD, 1995.

servicios deben ser organizados en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad⁴.

⁴ Artículo 49 de la Constitución Política

CAPITULO I

1 GENERALIDADES

1.1 *Antecedentes del Derecho a la Salud en Colombia*

1.1.1 Panorama normativo antes de 1991.

La historia de los servicios en salud en Colombia la dividiremos para nuestro estudio en dos momentos: la Constitución de 1886 y después de la expedición de la Carta de 1991. Si bien, la Constitución de 1886 inicialmente no tenía referencia alguna a la salud, y menos aun como derecho⁵, se le fueron introduciendo algunos elementos a través de dos grandes reformas constitucionales: a saber: la de 1936 y 1945.

Sin embargo, algunos autores han clasificado el desarrollo de los servicios en salud en Colombia en cuatro periodos desde 1886 hasta 1988 con ello nos referimos a: un período higienista(1886-1947); un período de la importación de la salud pública (1948-1957); un periodo en el que la salud se asocia fuertemente al desarrollo (1958-1974); y un periodo de desarrollos de nuevos modelos de atención, tanto en lo local como en lo nacional con la consolidación de un sistema nacional de salud (1976-1988)⁶.

⁵ DE CURREA – LUGO, Víctor. El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones. Colección de Textos de aquí y de ahora, Primera Edición: ILSA, Bogota, Colombia, 2003. Pág. 78

⁶ DE CURREA – LUGO, Víctor. Op. Cit. Pág.74

Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, la salud y su cuidado fueron asuntos considerados como “domésticos” y una preocupación de la caridad cristiana, sin que interesara al Estado. Así, la persona que no contaba con recursos, acudía a los servicios de caridad dirigidos principalmente por las comunidades religiosas católicas. De manera progresiva los servicios de salud fueron establecidos como una iniciativa a cargo de los particulares, que como una acción estatal directa, y cuyo objetivo principal era más el cuidado de los enfermos que su recuperación o curación⁷. Sin embargo, debido a la gran demanda de los servicios el Estado se vio obligado a crear un sistema de beneficencia, para aquellas personas de escasos recursos económicos, con el fin de garantizarles la prestación de dichos servicios a través de instituciones.

Debido a la crisis que sufre el modelo económico imperante, el capitalismo, durante el periodo comprendido entre 1880 – 1930, los economistas liberales deben replantear los principios fundamentales del liberalismo clásico, con el fin de evitar un desastre económico y es así como surge el neoliberalismo, a través del cual se introducen cambios en algunos de los principios de la teoría económica liberal. Siendo una de las principales modificaciones la de atribuir al Estado un papel mucho más activo en la planeación y control de las actividades productivas del cada país. Otras ideas neoliberales estuvieron relacionadas con el derecho de propiedad y con la libertad de comercio, demandando que debían establecerse límites a la propiedad individual, ya

⁷ RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia” en GIRALDO, Juan Carlos, (Compilador), Ejercicios del Derecho a la salud en Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000, Pág. 86

que en casos especiales el Estado podría expropiar bienes a cambio de una indemnización⁸.

Es así como los principios neoliberales se extendieron rápidamente y fueron aplicados, en adelante, en la mayoría de los países de economía capitalista. Los gobiernos liberales que se sucedieron en Colombia entre 1930 y 1946 recibieron la influencia del neoliberalismo e introdujeron reformas siguiendo esta nueva teoría económica.

Con el surgimiento del Estado interventor en el país, como una extensión de lo que estaba sucediendo tanto en Europa como en América Latina, el Estado asume la dirección de la economía y de las relaciones laborales, la seguridad social y algunos elementos y obligaciones propios del estado social de derecho. El presidente de esa época, Enrique Olaya Herrera,(1930-1934), se vio obligado a tomar medidas para frenar la gran agitación social que existía tanto en las ciudades como en el campo, aprovechando las facultades extraordinarias que tenía y dicta una serie de leyes para proteger y estimular la industria nacional. Lo anterior, mediante la imposición de políticas de sustitución de importaciones, con el fin contrarrestar las graves consecuencias de la gran depresión económica que a nivel mundial se estaba dando en esos momentos y que también estaba afectando a nuestro país⁹.

⁸ <http://www.memo.com.co/fenonino/aprenda/historia/republica-liberal2.html>. Condiciones Internacionales: La Gran Depresión de 1930, en Nuestra Historia, Nuestra vida.

⁹ Op. Cit. ://www.memo.com.co/fenonino/aprenda/historia/republica-liberal2.html

Las medidas económicas y sociales tomadas por el presidente Olaya Herrera, se puede decir, que fueron el preludio de reformas aun más profundas que se dieron durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo (1934 – 1938), quien implementó un programa de gobierno que pretendía actualizar la legislación social y económica del país, de acuerdo a los principios neoliberales. Para alcanzar los objetivos de sus reformas López Pumarejo propuso un plan que comprendía una serie de leyes sociales, para favorecer a los grupos económicos más desfavorecidos económicamente¹⁰.

Estas disposiciones político sociales de la reforma del 36 fueron el resultado de un proceso colectivo y sociopolíticamente muy complejo en el que participaron diferentes actores, un partido liberal heterogéneo, un conservatismo oficialmente unido, una oposición muy variada y la Iglesia Católica, entre otros¹¹. Es así como con la reforma constitucional de 1936 se concretizan los deberes del Estado y derechos del ciudadano, y se constituye el primer acercamiento nacional al llamado constitucionalismo social¹², aunque se encontrara lejos de catalogar el Estado como Estado Social, si bien se introdujo en la Carta política, elementos al Estado de intervencionismo, previsión, y en el que además se replantea el sistema de los derechos y libertades, que hasta ese momento eran sagrados y no se permitía la intervención del Estado sobre ellos. Entre otros derechos se consagran

¹⁰Op. Cit <http://www.memo.com.co/fenonino/aprenda/historia/republica-liberal2.html>

¹¹ BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936, El Estado y las políticas sociales en Colombia, Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, No. 33, 2006, pp. 85-109.

¹² URIBE VARGAS, Diego, Evolución política y constitucional de Colombia, Universidad Complutense de Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1996. Pág.200

constitucionalmente los derechos sociales de los trabajadores, creándose así, el sindicalismo¹³; la negociación colectiva, la carrera administrativa¹⁴ y otros sistemas para el desarrollo de la defensa de los trabajadores, además se creó la justicia del trabajo¹⁵, se estableció la seguridad social¹⁶. Igualmente se consagraron, las bases legales para el manejo de la propiedad¹⁷.

Posteriormente, fue reelegido López Pumarejo (1942 -1946), quien debido a la difícil situación económica que se estaba viviendo por la segunda guerra mundial y la caída en los precios del café, le impidieron desarrollar sus programas de reformas sociales.

Tanto, durante el periodo de Santos como de López, se mantuvo el esquema que se venía aplicando, es decir, se prestaba la asistencia pública como función del Estado,

¹³ Artículo 20: Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas. Se garantiza el derecho a huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentara su ejercicio.

¹⁴ Artículo 31: El Presidente de la Republica no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes durante el periodo de las funciones de estos, cuando hubieren ejercido el cargo, con excepción de los de Ministros del Despacho, Gobernador, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento. La aceptación de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante transitoria por el tiempo en que desempeñe el cargo.

¹⁵ Artículo 17: El trabajo es una obligación social y gozara de la especial protección del Estado.

¹⁶ Artículo 16: La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.

¹⁷ Artículo 10: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo titulo, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés publico o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo el legislador, por razones de equidad; podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

que debía suministrar a quienes no tenían los medios de subsistencia y el derecho para exigirla de otras personas, por quienes estuvieran físicamente incapacitadas para trabajar.

Así en desarrollo del artículo 62 de la reforma de 1945¹⁸, se expidió la Ley 6 de 1945, mediante la cual se generalizó los derechos a pensiones, salud y riesgos profesionales de los trabajadores del sector privado. Posteriormente se dicta la ley 90 de 1946 creándose el Instituto Colombiano de los Seguros Social (ICSS), adscrito al Ministerio de Salud, y el seguro social obligatorio que cubriría riesgos de Enfermedades No Profesionales y Maternidad (actualmente Salud); Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional (hoy Riesgos Profesionales); Invalidez, Vejez y Muerte (ahora Pensiones). La Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal- se funda más tarde para trabajadores gubernamentales del nivel central. Mucho antes, la Ley 82 de 1912 había creado la pionera “Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico”, que sólo hasta 1960 se transformaría en Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-, entidad pública agregada al Ministerio de Comunicaciones, que en 1995 sería adscrita al Ministerio de Salud.

¹⁸ La ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concursos para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del Ministerio Público, las jubilaciones o pensiones que decreta el Estado para quienes hayan cumplido un determinado tiempo de servicio o se retiren forzosamente. También deberá retirarse obligatoriamente con derecho a las prestaciones sociales que determine la ley, el funcionario cuyo trabajo sufra notoria disminución por razones de salud, o que haya cumplido la edad máxima señalada en la ley para cada cargo”.

En años posteriores se amplía la oferta de previsión social para garantizar los beneficios de cesantías, auxilios por enfermedad y gastos de entierro a otros trabajadores públicos: las Fuerzas Armadas, la Policía, el sector de telecomunicaciones, el Congreso de la República, Ecopetrol y la Superintendencia de Notariado y Registro, entre otros, constituyeron paralelamente otras doce instituciones nacionales del mismo tipo. En forma similar actuaron las cuatro universidades públicas más importantes, Nacional, del Valle y Antioquia. Finalmente, a los departamentos y municipios sin otra alternativa les tocó, crear entidades o programas de previsión propios para cumplir con las obligaciones prestacionales¹⁹.

Durante los años 60 el Estado inició la planificación de los desarrollos socioeconómicos del país, dentro del marco de los pactos internacionales establecidos en la Carta de Punta del Este, la cual recomienda a los países de la región la formulación de planes de desarrollo social y económico, para lo cual contaron con el apoyo de la CEPAL y el BID, como asesores y financiadores. En la Carta de Punta del Este se establecieron los objetivos de la Alianza para el Progreso²⁰, y se incluyó la salud en lugar muy destacado, a través de la Resolución A.2, denominada Plan Decenal de Salud Pública de la Alianza para el Progreso²¹.

¹⁹ JARAMILLO PÉREZ, Iván. El Futuro de la Salud en Colombia, editado por Fescol, Corona, FES y Restrepo Barco. Bogotá, enero de 1999. Pag.31

²⁰ La Alianza para Progreso fue una estrategia de los Estados Unidos, para contener las ideas marxista en la región, influyendo en el diseño de políticas publicas, mediante el reconocimiento de ciertos derechos sociales.

²¹ Una población sana y activa es fundamental para el progreso social. La salud es, por tanto, es componente esencial del desarrollo y nivel de vida. Los fondos que se erogan para el cuidado de la salud son una inversión, una fuente de productividad y no un gasto. Su rendimiento puede medirse en mejor capacidad de los miembros de la sociedad, para crear, producir e invertir. (OPS Y OMS 1964, 93-94).

Entonces, la salud fue asumida como una inversión pública, para lo cual el sistema de salud debía estar articulado desde el Estado, bien a través del aseguramiento universal o de un servicio único de salud administrado y prestado directa o principalmente por el Estado²². Es así como los servicios sanitarios fueron organizados por el poder público hasta entrada la década de los 60²³, y se expide la Ley 12 de 1963 que dispuso el desarrollo de un sistema único, sobre la base de la ampliación de la asistencia pública, lo cual suscitó por un lado, que el grupo de trabajadores sindicalizados y empleados oficiales entraran a defender los servicios de salud por los cuales pagaban, y sostenían que era mejor que los que se prestaban por la asistencia pública, y por otro, los patrones de las grandes empresas también salieron a expresar su desconfianza hacia el manejo que la administración pública hacía de sus aportes, no obstante de los beneficios que se estaban recibiendo. Mientras, la Iglesia como las Entidades de beneficencia no estaban dispuestas a entregar los bienes y servicios al poder central, por consiguiente, quería continuar recibiendo el apoyo que el Estado les estaba proporcionando. Toda esta situación, generó que los médicos se dividieron en dos bandos, unos que apoyaban la vinculación al Seguro Social y a la asistencia pública y aquellos que ejercían su profesión de manera privada.

²² HERNANDEZ ALVAREZ, Mario, "El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización", en La Salud esta grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo – Provea, Bogotá, 2000, págs. 137, 138.

²³ DE CURREA – LUGO, Víctor, "La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho", en La Salud esta grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000, pag.212-213.

Es así, como a lo largo de la década de los años 60 se crearon diferentes fórmulas para atender las contingencias de salud, de las cuales surgieron cinco sistemas que funcionaron de manera paralela: a.) los servicios sanitarios privados para las clases más acomodadas que eran prestados a través de consultas privadas o clínicas independientes; b.) los seguros obligatorios de salud que atendían a los trabajadores dependientes o asalariados ya sea de los sectores de público y privado; c.) la atención de los pobres mediante dos estrategias: en la caridad bajo el nombre de asistencia pública y la privada bajo la denominación de beneficencia; d.) los mecanismos de atención y control de epidemias y enfermedades mediante un sistema público a cargo del Estado denominados “salud pública” e.) Y todas aquellas prácticas médicas populares e indígenas, producto de creencias culturales y que se encontraban marginadas y subvaloradas por aquellos servicios legalmente aceptados²⁴, utilizadas por todas las clases sociales, más por la desconfianza cultural hacia la medicina occidental que por la ausencia de servicios.

La organización de los servicios de salud en Colombia se basaba en la capacidad de pago de las personas y con una limitada participación del Estado. Pues quien tenía dinero pagaba por los servicios y quien no los tenía pedía, prevalecía en todo caso, la ley de oferta y demanda del mercado, sin embargo, el Estado trataba de organizar la prestación de los servicios de salud.

²⁴ HERNANDEZ ALVAREZ, Mario, 2000, Op. Cit., págs. 137 -138

Debido a las muchas dificultades que tuvo el sistema, el Ministerio de Salud Pública, con el apoyo de técnicos salubristas y planificadores desarrollaron la Teoría General de Sistemas, mediante la cual elaboraron un sistema en el que coexistieran las diferentes formas de prestación de servicios, (organizado bajo un Sistema Nacional de Salud), que le permitiría articular funcionalmente los tres subsectores; el oficial para los trabajadores con empleo formal, a través de sistemas de seguridad social; el privado, para las personas con capacidad de pago; y el público y/o beneficencia para el resto de la población²⁵.

El ejecutivo en uso de facultades extraordinarias dictó el Decreto Extraordinario 056 de 1975, creando el Sistema Nacional de Salud, que se consideró como el sistema integrado por el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tendría como fin el procurar la salud de la comunidad en aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales se consolida en todo el país, como sistema que predominaría en la administración y gestión del tema sanitario a nivel nacional. Sin embargo, su tarea no sería fácil y por el contrario esta institución debería afrontar situaciones complicadas en el tema de financiamiento. Fue así, como el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales se vio sometido a una constante negociación entre sus directores y el Ministerio que debía asignarle recursos, lo cual generó que sus finanzas tuvieran una propensión al desequilibrio, como consecuencia

²⁵ DE CURREA – LUGO, Víctor, 2003, Op. Cit., págs. 77-78

del incumplimiento del gobierno a la obligación del aporte mensual en el monto legal establecido, causando grandes pérdidas en el Instituto, que se fueron incrementando hasta que finalmente en 1973 el gobierno se auto eximió tanto de la deuda como de la obligación de continuar aportando a las finanzas del Instituto.

Resultado de esta situación, es que en 1976 fue modificada por primera vez la naturaleza jurídica de la entidad a través del decreto ley 148, mediante el cual el legislador extraordinario señaló que el Instituto de Seguros Sociales sería en adelante un Establecimiento Público Descentralizado. Posteriormente las reformas entre 1977 y 1980 proporcionaron unidad legal al Instituto, al descentralizar y reorganizar los servicios en tres niveles de atención, se realizó una reforma de personal y se impidió la duplicidad de funciones con el Instituto Nacional de salud. No obstante, en la recesión de fines de los años 80, gran parte de los recursos del Instituto fueron utilizados para refinanciar empresas, entre otras, el Banco Central Hipotecario, lo que generó enormes pérdidas para ISS.

En la década siguiente, con fondos del Banco Mundial se colocó en marcha un proyecto denominado “Consolidación del Sistema Nacional de Salud”, cuyo resultado fue la descentralización del manejo de la red pública de salud hacia los Municipios, conforme a los parámetros de la Ley 10 de 1990²⁶, y cuya ejecución tuvo grandes dificultades administrativas y financieras.

²⁶ La exposición de motivos al proyecto de ley por medio del cual se reformo el Sistema Nacional de salud y se dictaron otras disposiciones presentado por los Ministros de Salud, Trabajo y Seguridad Social, Hacienda y Crédito

La Ley 10 de 1990 representa un gran avance en la política social en materia sanitaria. En relación con el servicio, la ley introdujo un nuevo concepto de sistema de salud, definiéndolo como un servicio público²⁷, cuyos servicios se prestarán en todos los niveles, a cargo de la Nación. Así, la ley en mención desarrolló los siguientes aspectos básicos:

Publico expuso: “Toda vez concierne a las condiciones esenciales de la vida misma de los asociados, no puede restringirse su prestación a la asistencia pública o a la atención exclusiva del menesteroso, sino que mas allá de esto, constituye el derecho mas elemental y la premisa de la existencia básica de toda sociedad”.

²⁷ Artículo 1o. SERVICIO PUBLICO DE SALUD. La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley. El Estado intervendrá en el servicio público de salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política, con el fin de: a. Definir la forma de prestación de la asistencia pública en salud, así como las personas que tienen derecho a ella; b. Establecer los servicios básicos de salud que el Estado ofrecerá gratuitamente; c. Fijar, conforme a lo señalado en la presente Ley, los niveles de atención en salud y los grados de complejidad, para los efectos de las responsabilidades institucionales en materia de prestación de servicios de salud y, en especial, los servicios de urgencia, teniendo en cuenta las necesidades de la población y la cobertura territorial, principalmente; d. Organizar y establecer las modalidades y formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud, que aseguren la vigencia de los principios de participación ciudadana y participación comunitaria y, en especial, lo relativo a la composición de las juntas directivas de que trata el artículo 19 de la presente Ley; e. determinar los derechos y deberes de los habitantes del territorio, en relación con el servicio público de salud y, en particular, con las entidades y personas que conforman el sistema de salud, conforme a los principios básicos señalados en el artículo 3; f. Adoptar el régimen, conforme al cual se debe llevar un registro especial de las personas que presten servicios de salud y efectuar su control, inspección y vigilancia; g. Expedir el régimen de organización y funciones para la fijación y control de tarifas, el cual, preverá el establecimiento de una Junta de Tarifas; h. Establecer un sistema de fijación de normas de calidad de los servicios de salud y los mecanismos para controlar y vigilar su cumplimiento; i. Regular los procedimientos para autorizar a las entidades privadas la prestación de servicios de salud en los diferentes niveles y grados de complejidad; j. Adoptar el régimen de presupuesto, contabilidad de costos y control de gestión de las entidades oficiales que presten servicios de salud, así como definir los efectos y consecuencias de tales actividades, conforme a la legislación vigente que le sea aplicable a las entidades; k. Dictar normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de medicina prepagada, cualquiera sea su modalidad, especialmente sobre su régimen tarifario y las normas de calidad de los servicios, así como en relación con el otorgamiento del mismo tipo de servicios por las instituciones de seguridad y previsión social, cuya inspección, vigilancia y control estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud; l. Expedir las normas técnicas para la construcción, remodelación, ampliación y dotación de la infraestructura de salud; m. Organizar y establecer el régimen de referencia y contra-referencia de pacientes, de los niveles de atención inferiores a los superiores y el régimen de apoyo tecnológico y de recursos humanos especializados que los niveles superiores deben prestar a los inferiores...

El artículo 1° se consagró la salud como un servicio público al señalar que: *"La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio"*. Además establece que el Estado debe intervenir y regular el servicio público, en consonancia con los principios básicos que se establecen el artículo 3° de la misma ley, esto es, que las condiciones de prestación de la salud se harán con oportunidad, continuidad, calidad, cobertura, organización, gestión y políticas fundamentales, así se proporcionen de forma pública o privada.

Por sistema de salud la ley se comprende como un conjunto de procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación en el que intervienen diferentes factores: del ambiente, biológicos-genéticos, comportamiento y de los servicios institucionales por lo cual, los procesos deberán actuar de manera conjunta sobre los factores, con el propósito de obtener un bienestar integral²⁸.

Otro de los aspectos que la ley desarrolló fue la descentralización del sector salud estipulando responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud a los municipios y departamentos²⁹. Además aumentó y reorganizó la financiación para la

²⁸ Artículo 4º.- Sistema de salud. Para los efectos de la presente Ley, se entiende que el Sistema de Salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación; que en él intervienen diversos factores, tales como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención, propiamente dicha, y que de él forman parte tanto el conjunto de entidades públicas y privadas del sector salud, como, también, en lo pertinente, las entidades de otros sectores que inciden en los factores de riesgo para la salud...

²⁹ Artículo 6º.- Responsabilidades en la dirección y prestación de servicios de salud. Conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la presente Ley, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, de que trata el artículo 3 de esta Ley, y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social, y las

prestación de los servicios de salud, asignando un valor de los ingresos corrientes de la nación a los diferentes entes territoriales conforme a un orden de prioridades³⁰.

De igual manera, la norma en mención estableció planes básicos de salud a los procesos de desarrollo municipal y departamental, creando mecanismos de financiación con aportes procedentes del impuesto al valor agregado (IVA) y el monopolio sobre todos los juegos de apuestas y azar.

Evidentemente la ley 10 de 1990 introdujo importantes cambios conceptuales e institucionales, más acordes con las ideas modernas de esa época, creó un concepto de salud más integral implementando acciones de promoción de la salud, haciendo énfasis en la multisectorialidad, y proponiendo servicios de salud complementarios, a través de la participación ciudadana, responsabilizando al ciudadano por la conservación de la salud personal, familiar e incentivando también la participación

que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asígnense las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud: a. A los municipios, al Distrito Especial de Bogotá, al Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y a las áreas metropolitanas, directamente, o a través de entidades descentralizadas municipales, distritales o metropolitanas, directas o indirectas, creadas para el efecto, o mediante asociación de municipios, la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención, que comprende los hospitales locales, los centros y puestos de salud; b. A los departamentos, intendencias y comisarías, al Distrito Especial de Bogotá, al Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y a las áreas metropolitanas, directamente, o a través de entidades descentralizadas directas, o indirectas, creadas para el efecto, o mediante sistemas asociativos, la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados. La Nación continuará prestando servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología.

³⁰ Artículo 33º.- Reordenamiento de las fuentes financieras para salud. A partir de la vigencia de la presente ley, el situado fiscal para salud se destinará a financiar la prestación de servicios de salud, de acuerdo con el siguiente orden de prioridades: 1. Servicios básicos de salud y servicios de asistencia pública. 2. Gastos de funcionamiento de la infraestructura utilizada para la prestación de servicios del primer nivel de atención en salud. 3. Al pago de las prestaciones sociales adeudadas por las entidades territoriales o sus entes descentralizados a sus empleados oficiales, vinculados a la dirección y prestación de servicios de salud. 4. Gastos de funcionamiento de la infraestructura utilizada para la prestación de servicios del segundo nivel de atención en salud. 5. Gastos de funcionamiento de la infraestructura utilizada para la prestación de servicios del tercer nivel de atención en salud.

comunitaria, para que haga parte en los procesos de diagnóstico, formulación y elaboración de planes, programas y proyectos, toma de decisiones, administración y gestión, relacionados con los servicios de salud.

1.2 *Derecho a la salud en la Constitución de 1991*

1.2.1 Antecedentes Constitucionales

El gobierno de ese entonces, Cesar Gaviria (1990-1994) presentó un plan de desarrollo cuyo eje central fue la apertura económica del país dirigida en dos sentidos, uno de manera externa, abriendo las fronteras nacionales a la economía mundial, tanto a la inversión como a los productos extranjeros; otro hacia dentro, cuya apertura representaba la reforma de la estructura productiva, a través de la participación del sector privado en los distintos frentes de producción de bienes y servicios, que se encontraban a cargo de instituciones públicas. Dicha apertura económica requería de la ayuda de una nueva estrategia de inversión social dirigida y enfocada por el subsidio a la demanda³¹.

La política de salud estaba orientada por criterios económicos de corte neoclásico, de manera expresa incluía el diseño de un sistema de atención prepagada, extensión de la cobertura de servicios de atención a la familia del trabajador beneficiario de este

³¹ MIRANDA, CANAL Néstor, OBREGON Diana, HERNANDEZ, ALVAREZ Mario Esteban, La Organización Panamericana de la Salud y el Estado Colombiano: Cien años de Historia, 1992-2002. En Colombia 2002. Ed. OPS/OMS. Págs. 70.

sistema, y una serie de reformas institucionales y financieras orientadas a reorganizar, reestructurar y descentralizar el sistema de servicios de salud de la seguridad social y del sector oficial existentes. Así el objetivo de dichas reformas era el de facilitar una mejor integración y coordinación, entre ellos y con el sector privado, siempre que el diseño de mercado garantizara la libre escogencia por parte de los usuarios y la competencia entre las unidades prestadoras de servicios. La población pobre accedería a estos servicios mediante un sistema de subsidios a la demanda cuyos beneficiarios serían seleccionados entre la población más pobre.

Pero estos proyectos de apertura requerían de una reforma del Estado. Una de las principales reformas que se llevó a cabo en la seguridad social fue la laboral, contemplada en la ley 50 de 1990, la cual procuró eliminar las limitaciones laborales con el fin de hacer más flexible el mercado de laboral reduciendo los costos a los empresarios, mediante la disminución en el precio de la mano de obra, lo cual permitiría ofrecer mejores condiciones a los propietarios para generar o actualizar la producción nacional. Para que los capitalistas pudieran enfrentar la competencia con los inversionistas extranjeros. Esto representaba cambiar protección laboral por desarrollo económico.

Sin embargo, la Constitución de 1886, no ofrecía las condiciones para realizar las transformaciones que requiera la economía en esos momentos, y se planteó la necesidad de realizar una gran reforma a la Carta Magna, convocándose en febrero de 1991, una Asamblea Nacional Constituyente cuya composición fue plural y en la que,

por primera vez, sectores obreros, indígenas, "negritudes", campesinos, grupos religiosos diferentes al catolicismo tradicional y nuevos partidos políticos tuvieron participaron. Pero ni las FARC ni el ELN entraron en el pacto, presionados por un doble juego de "garrote y zanahoria" de difícil resolución. Fue en la Asamblea Nacional Constituyente, (ANC), donde se promovieron profundos debates sobre los derechos ciudadanos en general, y sobre los derechos a la salud y a la seguridad social, en particular, y se hicieron explícitas las posiciones al respecto. El preámbulo dejó de situarse en la moral cristiana para colocarse, en una ética civilista y pluralista. Por primera vez, se introdujo en el pacto constitucional un listado de derechos y deberes fundamentales, unidos a la condición humana, y por ello de carácter "negativo"; también se incluyó un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, ligados a la capacidad económica del Estado y de la sociedad y por ello, de carácter "positivo"³². Esta característica aproximaba el nuevo pacto hacia una tendencia socialdemócrata con la mira puesta en un "Estado Social de Derecho".

Además, la Constitución incluyó una serie de mecanismos de liberalización o disminución límites a la intervención estatal, como la autonomía del Banco de la República y el énfasis monetarista de sus funciones, las nuevas reglas para las concesiones, ventas o enajenaciones de recursos, propiedades e instituciones públicas, entre otros.

³² Sarmiento, 1997, Págs. 167-172

Sobre el derecho a la salud, se dieron amplios debates en la Comisión V de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se discutieron los diferentes proyectos que se presentaron, desde un principio se incluía la palabra “derecho” relacionada a la salud, sin embargo, fue modificada por el termino “servicio publico”, como efectivamente quedo consagrada en el articulo 49 de la nueva Constitución³³ . Además se incluyeron tres principios básicos para la organización del sistema de salud en adelante, como son: eficiencia, universalidad y solidaridad.

Hubo varios tipos de debates sobre la seguridad social, discusiones jurídicas, académicas, parlamentarias, y entre personas pertenecientes a diferentes sectores, como: empresarios, lideres políticos, dirigentes de las centrales obreras. El debate jurídico se dio al interior de la Comisión Constitucional Transitoria, la cual fue creada a partir de la Constitución de 1991, que posteriormente se denominó Comisión Constitucional de Seguridad Social, Subcomisión de salud, donde surgieron diferentes elementos como la separación de la administración y la prestación del servicio y la participación del sector privado. Se contemplaron también otros elementos que no fueron incluidos en la ley, como la consolidación de un sistema único oficial de atención en salud, la creación de un seguro obligatorio en salud integral, la necesidad de definir el modelo de atención que se cree el más adecuado para la situación concreta de la

³³ Artículo 49 de la Constitución Política: 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 de salud integral, solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados por la ley.

sociedad colombiana, una política nacional sobre medicamentos, y recursos adicionales del Estado para subsidiar a grupos de la población de escasos recursos económicos³⁴.

1.2.2 Consagración constitucional

La Constitución de 1991 sugiere desde el preámbulo un gran cambio de contenido político en la concepción de la protección social como un derecho colectivo, en sustitución de la noción de asistencia pública como beneficio gratuito y caritativo presente en la Constitución de 1886. El fundamento de esta transformación, a juicio de la Corte Constitucional, radica³⁵ "en el cambio de los deberes sociales del Estado frente a los miembros pobres de la comunidad, en el carácter social del Estado, lo cual se traduce en la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, la prioridad del gasto social y la intervención oportuna de las autoridades para impedir la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales constitucionales".

En nuestra Constitución el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social se encuentran consagrados como servicios públicos, cuyo fundamento jurídico comprende el artículo 49, el cual señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y el artículo 48 que consagra que la seguridad social tiene el carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección del

³⁴ De Currea Lugo, Víctor. Op.Cit, Págs. 90,91

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-533. Septiembre 23 de 1992. Magistrado Ponente: Cifuentes E.

Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Nuestra Carta también reconoce el derecho fundamental de los niños (44), a la vida, la integridad física, a la salud y seguridad social y amplía el derecho de todo niño menor de un año a la protección o seguridad social por parte del Estado(50). Existen otras normas constitucionales que se relacionan con el derecho a la salud, como el derecho a la vida (11)); el derecho a la igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (13 inciso 3); según el cual se señala el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, como finalidades sociales del Estado(366). También podemos señalar los artículos 300, 356 y 357, los cuales hacen referencia a la descentralización de recursos del sistema general de participaciones dándole prioridad a los servicios de salud y educación,

El artículo 49 hace referencia a la atención en salud que está a cargo del Estado, y que garantizara su prestación a todas las personas, lo cual nos indica que tiene varias características, es un servicio público, es de acceso universal, es irrenunciable y se prestara bajo la dirección y coordinación del Estado, a su vez se plantea que los servicios de saneamiento y asistencia sanitaria pueden ser prestados por entidades particulares, que estarán reguladas conforme a las normas generales del servicio publico y bajo la dirección y coordinación del Estado. Así mismo el 48, el derecho a la seguridad social, debemos tenerlo en cuenta, ya que el sistema de sanidad en

Colombia se estructura como parte de las prestaciones del sistema de seguridad social, dentro de un Estado social de derecho y como un deber del Estado.

Así el carácter social del Estado, se explica en la obligación que tiene el Estado en la prestación continua, y eficiente de los servicios públicos, en la prioridad en el gasto social y en la intervención oportuna para crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones publicas o privadas puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud³⁶.

Constitucionalmente también se plantea que el servicio de salud y saneamiento ambiental, por ser servicios públicos establece unas competencias a la Nación, los entes territoriales, para que presten dichos servicios, pero bajo la vigilancia y control del Estado.

En materia de promoción de salud, la Constitución tiene aportes importantes, tales como que el Estado a cualquier nivel de la administración garantizará a la población de menores ingresos tenga acceso a niveles mínimos adecuados de los servicios públicos básicos, brindándoles apoyo a través del otorgamiento de subsidios establecidos por la constitución para las áreas de acceso a la salud y a la educación, para lo cual se hace necesario que el Estado garantice la prestación de un nivel mínimo de servicios básicos

³⁶ Artículo 365, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

a la población, y atención en salud gratuita a los menores de un año que no tengan el servicio (artículos 49 y 67). Siendo este el fundamento del régimen subsidiado.

En cuanto a los principios que sustentan el sistema de seguridad de salud en Colombia, nuestra Carta Política reitera de manera específica que se trata de un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación bajo la premisa de tres principios: “eficiencia, universalidad y solidaridad”³⁷. La Corte Constitucional ha interpretado el principio de universalidad como *“la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.”* En referencia al principio de solidaridad ha establecido que: *“esta máxima constitucional exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector*

³⁷ CONSTITUCION POLITICA, 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”.

Inciso 2° del artículo 49 señala: “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...”

Artículo 50 establece: Todo niño menor de un año que no este cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado..”

Artículo 44 Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión...”

Artículo 365 dispone: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

Artículo 366 indica: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable...”

económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren” Y respecto el principio de eficiencia en materia de salud hace “relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud³⁸”

Además de los principios consagrados en la Constitución, la ley 100/93 incorpora otros: a.) integralidad: implica la cobertura de todas las contingencias que afectan a la salud; b.) unidad: implica la articulación de las partes del sistema de salud que incluyen tanto el sector público como el privado; c.) Participación: implica la participación de la comunidad en el sector salud³⁹.

1.2.3 El derecho a la salud a partir del Bloque de Constitucionalidad.

El contenido del derecho a la salud comprende normas de carácter internacional, contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Estos tratados imponen al Estado obligaciones en cuanto a la concretización del derecho a la salud, que bajo ciertos parámetros, se aplican en forma análoga a la de una norma constitucional.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-463 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

³⁹ DE CURREA – LUGO, Víctor, Pág. 104

El bloque de constitucionalidad lo define la Corte Constitucional “como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados al texto constitucional por mandato de la propia Constitución”⁴⁰.

En concordancia con el inciso segundo del artículo 93 de la Carta Política⁴¹, confiere rango constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y relacionados a derechos consagrados en la Constitución, como es el caso del derecho a la salud.

En este sentido la Corte se ha pronunciado que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque hay una norma en la Constitución que así lo prescribe y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en última instancia en una violación del Estatuto Superior”.

⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 225 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁴¹ Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En consecuencia el bloque de constitucionalidad del derecho a la salud lo constituyen, no solo los artículos de la Carta sino muchas otras normas que están estipuladas en los siguientes instrumentos internacionales⁴²:

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador (1988)⁴³.

Dichos convenios internacionales hacen exigible la protección del derecho a la salud y a la seguridad social y la salud en los siguientes términos:

i) “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos humanos carece de Constitución”⁴⁴.

⁴² DEFENSORIA DEL PUEBLO, El Derecho a la Salud: En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales. Serie DESC, Bogotá, 2003. Págs. 27-31

⁴³ También existen otros instrumentos internacionales tales como: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948); Convenios de Ginebra de 1949 que se ocupan de consagrar y proteger a nivel internacional el derecho a la salud en el contexto de los conflictos armados. Además, comprende: Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I, 1949), Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III, 1949) y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, 1949); Declaración de los Derechos del Niño (1959); Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (1965); Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967); Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Proclamación de Teherán (1968); Carta Social Europea (CSE, Turín, 1961; Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969, San José, Costa Rica – Pacto de San José); y ha surgido un sistema de protección de los derechos humanos en África que incluyó el derecho a la salud.

⁴⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 16).

ii) “Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”⁴⁵.

iii) “Los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. También al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁴⁶.

iv) “Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Para hacerlo efectivo los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente adoptar medidas como: la atención primaria de la salud; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”⁴⁷.

De esta forma, este catálogo de asistencias, suministros y servicios que comprende la seguridad social y particularmente la salud, muestra claramente la importancia y alcance que tienen para la comunidad internacional la garantía de tales derechos.

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (arts. 22 y 25).

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (arts. 7º, 9º, 10 y 12)

⁴⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969 (arts. 9º y 10).

Debemos tener presente que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos como sociales, económicos y culturales⁴⁸. Dentro de estos últimos se encuentra el derecho a la salud objeto de la presente investigación.

De otro lado, los intérpretes autorizados de los convenios internacionales y las organizaciones internacionales sobre la salud y la seguridad social se han pronunciado con la finalidad de colaborar con los Estados en el cumplimiento de las obligaciones de protección, garantía y efectividad de los mismos.

Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto, en la Observación General No. 6 de 1995⁴⁹ expuso que el término “seguro social” incluye de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas⁵⁰.

⁴⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional.

⁴⁹ Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

⁵⁰ Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. 12/05/2004. Ver página: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

En la Observación General No. 19 de 2007⁵¹, dicho Comité sostuvo que la seguridad social comprende el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, bien sea en el sector público o en el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales. Como elementos del derecho a la seguridad social, señalan: i) disponibilidad-sistema de seguridad social, ii) riesgos e imprevistos sociales que comprenden: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos, iii) nivel suficiente, iv) accesibilidad que implica cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico, y v) relación con otros derechos.

En referencia al derecho a la salud, la Observación General No. 14 de 2000 describe que no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano toda vez que relaciona libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo con inclusión de la libertad sexual y genésica (generación), y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuados. Señala que el concepto de salud ha experimentado cambios importantes toda vez que se están teniendo en cuenta más elementos determinantes como la distribución de los recursos y las diferencias basadas

⁵¹ Introducción y contenido normativo del derecho a la seguridad social. Ver pagina: <http://www1.umn.edu/humanrts/index>. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 19, El derecho a la seguridad social (art. 9) (Treinta noveno período de sesiones, 2007), Doc. ONU. E/C.12/GC/19 (2008).

en la perspectiva de género, y las inquietudes de carácter social como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado⁵².

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

De otro lado, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁵³. Ha indicado que constituye aquello a conseguir para que todos los habitantes del mundo tengan el nivel de salud suficiente y puedan trabajar productivamente como participar activamente en la vida social de la comunidad. Como autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el sistema de las Naciones Unidas ha señalado que en el Siglo XXI la salud es una

⁵² Contenido normativo inciso 10 del artículo 12, en la Observación general N° 14 (2000).

⁵³http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

responsabilidad compartida que exige el acceso equitativo a la atención sanitaria y a la defensa colectiva frente a amenazas transnacionales⁵⁴.

La noción de salud comprende una amplia escala de libertades y derechos que procuran el nivel más alto posible de bienestar físico, mental y social para toda la humanidad, al cual se le reconoce también una concepción universal y expansiva como derecho inclusivo que implica un volumen amplio de elementos determinantes a cargo del Estado, la sociedad y la familia.

1.2.4 Desarrollo Legal

La regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud colombiana durante estos últimos veinte años ha sido abundante y dispersa atendiendo a los cambios de modelo económico. Entre las principales normas encontramos el Decreto 056 de 1975, que organizó el Sistema Nacional de Salud. Posteriormente fue expedida la Ley 10 de enero de 1990, la cual reorganizó el Sistema Nacional de Salud y amplió otros aspectos, que fueron definitivos para el posterior desarrollo de la ley 100 de 1993. A continuación se expide la ley 60 de 1993, que se refiere al fomento de la salud y prevención de la enfermedad, y a la Integración de las acciones que realizan los diferentes actores del sector salud con el objeto de garantizar, mejores condiciones de salud físicas y psíquicas de los individuos y de las colectividades⁵⁵.

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵Artículo 2° de la ley 60 de 1993: En el área de la salud: Conforme al artículo 49 de la Constitución Política dirigir el Sistema Local de Salud, ejercer las funciones establecidas en el Artículo 12o de la Ley 10 de 1990, realizar las

Posteriormente se expide la ley 100 de 1993 que modifica y reestructura la prestación de los servicios de salud e integra la salud pública, el sistema de seguridad social y la provisión de servicios privados. Constituye un sistema universal de aseguramiento que se establece mediante los principios de la competencia regulada. Esta ley fue reformada por la ley 1122 de 2007, que modificó los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

La ley 10 de 1990 fue definitiva representó un gran avance entre la antigua organización de la salud y la ley de 1993, declara la salud como “servicio publico”. *La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles es un servicio público a cargo de la nación. (...) El Estado intervendrá en el servicio público de salud*⁵⁶...

La ley 10 también estableció los principios básicos que regirán el sistema de salud:

a.) universalidad, b.) participación ciudadana, c.) participación comunitaria y d.)

acciones de fomento de la salud, prevención de la enfermedad, asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente a través de sus dependencias o entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4o y 6o de la misma ley; o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, según lo dispuesto en el artículo 365o de la Constitución Política, la ley 10 de 1990 y las disposiciones reglamentarias sobre la materia.

⁵⁶ Artículo 1° de la ley 10 de 1990: Servicio público de salud. La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley. El Estado intervendrá en el servicio público de salud...

subsirariedad⁵⁷. Otros aspectos que desarrolló la citada ley fueron: a.) la descentralización de los servicios de salud que pasaron a ser responsabilidad de los alcaldes y gobernadores; b.) la entrega de la administración de los centros de salud, los puestos de salud y los hospitales a sus juntas directivas; c.) la financiación del sistema mediante el incremento de los recursos del presupuesto nació apoyado en los ingresos de los juegos de azar, en el consumo de licores y en el incremento del presupuesto para la salud en el situado fiscal⁵⁸

⁵⁷ ARTICULO 3o. PRINCIPIOS BASICOS. El servicio público de salud se regirá por los siguientes principios básicos: a) Universidad: Todos los habitantes en el territorio nacional tienen derecho a recibir la prestación de servicios de salud; b) Participación ciudadana: Es deber de todos los ciudadanos, propender por la conservación de la salud personal, familiar y comunitaria y contribuir a la planeación y gestión de los respectivos servicios de salud; c) Participación comunitaria: La comunidad tiene derecho a participar en los procesos de diagnóstico, formulación y elaboración de planes, programas y proyectos, toma de decisiones, administración y gestión, relacionados con los servicios de salud, en las condiciones establecidas en esta Ley y en sus reglamentos; d) Subsidiariedad: Las entidades públicas responsables de la prestación de servicios de salud en determinado nivel de atención, puedan prestar, transitoriamente, servicios correspondientes a niveles inferiores, cuando las entidades responsables de estos últimos no estén en capacidad de hacerlo por causas justificadas, debidamente calificadas por el Ministerio de Salud, o la entidad en la cual éste delegue la calificación, conforme a lo previsto en la presente Ley.

⁵⁸ ARTICULO 6o. RESPONSABILIDADES EN LA DIRECCION Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o., de la presente Ley, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, de que trata el artículo 3o. de esta Ley, y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social, y las que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asígnense las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud: a) A los municipios, al Distrito Especial de Bogotá, al Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y a las áreas metropolitanas, directamente, o a través de entidades descentralizadas municipales, distritales o metropolitanas, directas o indirectas, creadas para el efecto, o mediante asociación de municipios, la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención, que comprende los hospitales locales, los centros y puestos de salud; b) A los Departamentos, Intendencias y Comisarías, al Distrito Especial de Bogotá, al Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y a las áreas metropolitanas, directamente, o a través de entidades descentralizadas directas, o indirectas, creadas para el efecto, o mediante sistemas asociativos la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados. La Nación continuará prestando servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología. PARAGRAFO. Todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo, concurrirán a la financiación de los servicios de salud con sus recursos propios y con los recursos fiscales de que trata el Capítulo V de esta Ley, pudiendo prestar los servicios de salud mediante contratos celebrados para el efecto, con funciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la Ley 11 de 1986 o, en general, con otras entidades públicas o personas privadas jurídicas o naturales que presten servicios de salud, en los términos del Capítulo III de la presente Ley.

Después de varios debates en el Congreso a las diferentes propuestas de reformas dieron como resultado la ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, además establece los alcances de la seguridad social integral como un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que tiene la persona y la población, para obtener una mejor calidad de vida, a través de la implementación progresiva de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para suministrar una cobertura integral frente a las eventualidades que menoscaben la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de alcanzar tanto el bienestar individual como de la colectividad⁵⁹.

La Ley 100 de 1993, introduce un nuevo esquema de seguridad en Colombia, cuyos principales objetivos son: i) asegurar la cobertura universal mediante un sistema de seguro social para todos los colombianos⁶⁰, ii) ofrecer a la población el acceso equitativo a un paquete básico de servicios de salud, iii) mejorar la eficiencia del sector promoviendo una mejor utilización de los recursos y reorientándolos hacia una atención preventiva y primaria, especialmente en las áreas rurales y pobres y iv) garantizar que los servicios cumplan con los estándares básicos de calidad.

⁵⁹Preámbulo de la Ley 100 de 1993: “La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”

⁶⁰ Artículo 156 de la ley 100 de 1993: CARACTERISTICAS BASICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: a) El Gobierno Nacional dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud; b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiar con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.

La Ley desarrolla otros principios⁶¹, de los ya contemplados en la Constitución, (eficiencia, universalidad y solidaridad), y los establece como reglas del servicio público de salud y como rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud: equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

⁶¹ Artículo 153 de la Ley 100 de 1993: Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes 1. Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveer gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa. 2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago. 3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindar atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud. 4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitir la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurar a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley. 5. Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley. 6. Descentralización administrativa. La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud ser descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptar n una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada. 7. Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimular la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecer los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Ser obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público. 8. Concertación. El sistema propiciar la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y emplear como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud. 9. Calidad. El sistema establecer mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y practica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deber n estar acreditadas ante las entidades de vigilancia

Otro punto importante que plantea la ley es como estará constituido el Sistema de Salud y señala los siguientes:

1.) Organismos de dirección, vigilancia y control conformado por los Ministerios de Salud y Trabajo (hoy Ministerio de la Protección Social); el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSS) y La Superintendencia Nacional en Salud;

2.) Los Organismos de administración y financiación conformado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS); Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud de los Departamentos y Municipios respectivamente; el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

3.) Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas (IPS).

4.) Las Instituciones para la administración del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), llamadas Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS);

5.) Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.

6.) Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

7.) Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud".

Así mismo la Ley crea una serie de planes de beneficios: Plan de Atención Básica, PAB⁶² de carácter gratuito y obligatorio, que complementa las acciones concebidas en

⁶² Artículo 165. ATENCION BASICA. El Ministerio de Salud definir un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan

el Plan Obligatorio de Salud (POS) y está constituido por las intervenciones dirigidas a la colectividad o a los individuos, pero que tienen altas externalidades, y el POS⁶³, este último tanto para el régimen contributivo⁶⁴ como para el subsidiado⁶⁵, a través de los cuales se establecen las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001, cuyo objetivo es el de la "protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las enfermedades, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan"⁶⁶.

estar constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y el fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria. La prestación del Plan de atención básica será gratuita y obligatoria. La financiación de este Plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales.

⁶³ Artículo 162. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitir la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

⁶⁴ Artículo 202 El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

⁶⁵ Artículo 211. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.

⁶⁶ Consejo Nacional de Seguridad Social. Acuerdo 120 de 1999. Régimen de Seguridad Social. Bogotá; Legis Editores S.A., 1999.

De igual manera, la Ley 100 de 1993 establece el Fondo de Solidaridad y Garantía⁶⁷, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se debe manejar por encargo fiduciario que estará integrado por subcuentas⁶⁸, entre las que se consagra la de promoción a la salud en el literal c).

La Ley 100 fue reformada por la ley 1122 de 2007, por la cual se hicieron algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), se cambiaron los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

En la organización del SGSSS, la nueva Ley crea la Comisión de Regulación en Salud (CRES)⁶⁹ y le da al Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSSS) funciones de asesor y consultor⁷⁰. Se crea la figura del defensor del usuario⁷¹, quien dependerá de la Superintendencia de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo.

⁶⁷ Artículo 218. Creación Y Operación Del Fondo. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejara por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

⁶⁸ Artículo 219. Estructura Del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud; d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley.

⁶⁹ Artículo 3 de la ley 1122 de 2007.

⁷⁰ Párrafo del artículo 3 de la ley 1122 de 2007.

Se le otorgan funciones jurisdiccionales⁷² a la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, para conocer y fallar en derecho, con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, la primordial razón de la reforma de la Ley 100 de 1993 fue lograr la cobertura universal en los subsiguientes tres años, para lo cual se incrementaron los recursos destinados a financiar la afiliación de la población pobre aún no afiliada, de los niveles del Sisben 1 y 2. Con esta finalidad se incrementó la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo en 0.5% a cargo del empleador⁷³. La Ley 1122 en el caso de los trabajadores independientes y de los pensionados o jubilados, que son responsables del pago completo de 12.5%. Sumado al aumento de 0.5% de la cotización, la Ley modifica el porcentaje de los recursos del Sistema General de Participaciones⁷⁴ (SGP) que los entes territoriales deben destinar a la afiliación en el Régimen Subsidiado (RS). Esta decisión incrementa el gasto territorial en la afiliación al Sistema y disminuye proporcionalmente la del Gobierno Nacional.

Respecto a la salud pública la nueva ley señala *que: “la salud pública esta constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual*

⁷¹ Artículo 42 de la ley 1122 de 2007.

⁷² Artículo 41 de la ley 1122 de 2007.

⁷³ Artículo 204 de la ley 1122 de 2007.

⁷⁴ Artículo 11 de la ley 1122 de 2007.

como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad⁷⁵”.

Se le exige al Gobierno Nacional la regulación de la salud pública, mediante un Plan Nacional de Salud Pública (PNSP), para cada cuatrienio y el cual deberá estar anexo al Plan de Desarrollo, cuyo objetivo será la atención y prevención de los principales factores de riesgo para la salud y la promoción de condiciones y estilos de vida saludables, fortaleciendo la capacidad de la comunidad y la de los diferentes niveles territoriales para actuar. Reemplazando el concepto de Plan de Atención Básica (PAB)⁷⁶.

En cuanto a la regulación en la prestación de servicios de salud⁷⁷, la Ley autoriza al Ministerio de la Protección Social para que defina los requisitos de habilitación, de las medidas necesarias para evitar la selección adversa y selección de riesgo de los usuarios, el sistema de clasificación de las IPS, los mecanismos para la aplicación de la libre elección de IPS entre los afiliados a las EPS. Responsabilidad que esta en cabeza del Ministerio, que no se ha sido desarrollada debidamente.

⁷⁵ Artículo 32 de la ley 1122 de 2007

⁷⁶ Artículo 33 de la ley 1122 de 2007

⁷⁷ Artículo 25 de la ley 1122 de 2007

La nueva Ley deja en manos de alcaldes, gobernadores y del Presidente de la república el nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado (ESE), según sean municipales, departamentales o nacionales⁷⁸.

Posteriormente, la ley 1122 de 2007, fue modificada por la ley 1151 de 2007, en lo relacionado con las distribuciones de los recursos de ETESA y las loterías⁷⁹. Como también lo referente a la autorización de vigencias futuras ordinarias y extraordinarias en el Plan Nacional de Desarrollo, en materia de salud⁸⁰.

La ley 100 ha sido reglamentada por innumerables decretos y resoluciones, que han desarrollado una serie de regulaciones que destacan la promoción de la salud entre las que se pueden señalar las siguientes:

El Decreto 1891 de 1994 establece los conceptos de gasto de fomento de la salud y prevención de la enfermedad, así como las reglas básicas de administración de los recursos del fondo de fomento de la salud y prevención de la enfermedad de que trata la Ley 60 de 1993.

El Ministerio de salud, a su vez también ha expedido las siguientes resoluciones: la Resolución N° 5165 de 1994 mediante la cual se expiden los criterios, parámetros y procedimientos metodológicos para elaborar y seguir los planes sectoriales y de

⁷⁸ Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007

⁷⁹ Artículo 47 de la ley 1151 de 2007.

⁸⁰ Artículo 13 de la ley 1151 de 2007

descentralización de la salud en los departamentos y distritos.; la Resolución N° 04288 de 1996, por la cual se define el Plan de Atención Básica (PAB) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS); la Resolución N° 03997 de 1996, por la cual se establecen las actividades y los procedimientos para el desarrollo de las acciones de promoción en el SGSSS, cuyo objeto es "Determinar el conjunto de actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad de obligatorio cumplimiento⁸¹ por parte de las EPS.

El Decreto 1283 de 1996, en su artículo 26° establece que la subcuenta de promoción del Fondo de Solidaridad y Garantía se financiará con un porcentaje de la cotización, definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; el Decreto 800 de 2003, por el cual se reglamentan la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y el funcionamiento de la medicina prepagada y la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con los planes complementarios, se modifica el inciso 1° del Decreto 1570 de 1993 y se deroga el Decreto 1615 de 2001.

Posteriormente, el Decreto 131 de 2010, adiciona el artículo 162ª de la ley 100 de 1993, por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones

De la misma manera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) reglamento otros aspectos mediante una serie de Acuerdos como el Acuerdo 120 de 1999 que reglamentó el presupuesto del Fosyga para el año 1999; Acuerdo 117 de

⁸¹ Jaramillo I. Op. Cit. Pp. 247-48.

1998 en el que se reglamentó las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento que tienen por objeto la protección específica, la detección temprana y la atención de las enfermedades objeto de erradicación, eliminación y control; Acuerdo 000260 de 2004 por medio del cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

CAPITULO II

2 EL DERECHO A LA SALUD

2.1 *Tipo de derecho*

El derecho a la salud es un derecho consagrado en nuestra Constitución como un derecho económico, social y cultural, es decir, un derecho de segunda generación⁸², que posteriormente ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental⁸³ Así mismo el derecho a la salud ha sido reconocido por los instrumentos

⁸² Estos derechos, surgieron a mediados del Siglo XIX y positivizados a principios del Siglo XX, denominados derechos económicos, los derechos a la propiedad individual y colectiva, y seguridad económica; sociales, los derechos a la alimentación, trabajo, seguridad social, salario justo y equitativo, descanso, sindicalización, huelga, salud, vivienda y educación; y culturales, los derechos a la participación en la actividad cultural, beneficiarse con la ciencia y tecnología, e investigación científica. Estos derechos tutelan el valor de la igualdad social y tiene un estatus positivo, en cuanto demandan del Estado acciones concretas para que el contenido de estos derechos se realice. Son la consecuencia del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX, sustitutiva del Estado Liberal por el Social de Derecho que se proyecta a garantizarlos ante las desigualdades socialmente emanadas. Están consagrados en los artículos 22-27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁸³ Es un derecho subjetivo y garantía reconocido en la Constitución como propio de la persona que tiene como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad. Estos derechos fundamentales también han sido denominados derechos de primera generación que surgen a fines del Siglo XVIII y se consolidan en el Siglo XIX, se denomina de los derechos civiles, como derechos a la vida, integridad física y moral, dignidad, justicia, igualdad y libertad en sus diferentes manifestaciones individuales de pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión y movimiento; y políticos, como los derechos a participar en la organización estatal, elegir y ser elegido y agruparse políticamente. Estos derechos se caracterizan por imponer límites al ejercicio del poder estatal frente al individuo, como producto de la idea de libertad, del pensamiento de la ilustración, de la teoría del contrato social y de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Su consagración más relevante se encuentra en los artículos 3-21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

internacionales contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que fueron ratificados por Colombia, también como un derecho fundamental⁸⁴.

⁸⁴ De los instrumentos internacionales que protegen el derecho a la salud está el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales por ser dos instrumentos complementarios e interdependientes, que los une el concepto de dignidad humana y que fueron ratificados por Colombia, por tanto, se constituyen en convenios que imponen al Estado una serie de obligaciones en relación a la concretización del derecho a la salud, que bajo ciertas circunstancias tiene una fuerza normativa similar a las normas constitucionales.

El derecho a la salud en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC) se consagra en el artículo 12, cuyo alcance y contenido fue interpretado después de múltiples sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tenemos entonces que el derecho a la salud, al hacer parte de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ser éstos considerados en el panorama general del derecho internacional como derechos humanos, como tales, tienen su origen en la dignidad inherente a todas las personas, por lo que son: a) universales, pertenecen a todo ser humano; b) indivisibles, no pueden fragmentarse ni reducirse; c) inalienables, no se pueden transferir; d) interdependientes, la realización de cada derecho es indispensable para el pleno goce de los demás derechos.

El Pacto define el derecho a la salud como: “el derecho al disfrute al mas alto nivel posible de salud” , además reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones que requiere la persona para que pueda llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano .

Por consiguiente, el derecho a la salud involucra libertades y derechos. Entre las libertades están el derecho de la persona de controlar su salud y su cuerpo con inclusión de la libertad sexual y genésica, el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos ni experimentos médicos no consentidos; entre los derechos se encuentra el concerniente a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del mas alto nivel posible de salud.

De acuerdo a la interpretación que hace la Observación 14, el concepto “del más alto nivel posible de salud”, a que se refiere el párrafo 1° del artículo 12 del PIDESC, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos que tiene el Estado. Sin embargo, hay ciertos aspectos que el Estado no puede asumir frente al individuo como es el de garantizar una buena salud, ni tampoco puede suministrar protección contra todas las posibles causas por la mala salud del ser humano. Como por ejemplo por factores genéticos, o por estilos nocivos de vida, o por disposiciones individuales a ciertas afecciones, circunstancias que influyen en la salud de toda persona. En consecuencia el derecho a la salud, debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, servicios, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

El Comité identifica adicionalmente una serie de elementos básicos e interrelacionados, como parte del contenido esencial del derecho a la salud. Estos elementos deben estar presentes en el desarrollo de todos los servicios, bienes y políticas públicas relacionados con la salud: a.) Disponibilidad. Se refiere a la existencia de bienes, servicios y centros de atención de la salud, y al desarrollo de programas de promoción y prevención en salud. Los factores mínimos que deben tener son: agua limpia, potable, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionadas con la salud, personal medico y profesional capacitado y disponibilidad de medicamentos esenciales; b.) Accesibilidad. La accesibilidad de servicios y programas de salud se presenta en cuatro dimensiones superpuestas: i) la garantía de no discriminación en el acceso; ii) la accesibilidad física y geográfica de los establecimientos y bienes, incluidos los servicios esenciales asociados a la salud y a la vivienda; iii) accesibilidad económica (asequibilidad), que apunta a que los establecimientos, bienes y servicios de salud, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos; iv) el acceso a la información, que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de cuestiones

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

A continuación recopilaré los diferentes pronunciamientos que la Corte Constitucional ha hecho sobre el derecho a la salud, desde que se consagró en la Carta fundamental el mecanismo de la tutela para proteger los derechos fundamentales, y el cual ha sido utilizado para garantizar el derecho a la salud, no obstante estar contemplado dentro del Capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, y ser considerado como un derecho prestacional, sin embargo, en virtud del vínculo íntimo e inescindible que tiene este derecho con los derechos a la vida, integridad física y dignidad humana, ha hecho que la Corte le haya reconocido como un derecho fundamental autónomo pero no absoluto.

Desde su inicio la Corte, ha reconocido que la salud "(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo⁸⁵." La 'salud', por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o

relacionadas con la salud; c.)Aceptabilidad. Se refiere a la adecuación de los planes y sistemas a las condiciones socio-culturales de la población, deben ser respetuosos de la ética médica, sensible al género y el ciclo de vida en todos los componentes de la política de la salud con el fin de mejorar el estado de salud de los afectados; d.)Calidad. Incluye servicios de calidad, tanto desde el punto de vista médico y de salud pública, como en cuanto al personal médico que debe estar capacitado, y los medicamentos y equipo hospitalario deben ser de calidad. Así como también las intervenciones en materia sanitaria.

En mismo Pacto también se han establecido obligaciones de los Estados partes, si bien se establece la aplicación progresiva y reconoce las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos disponibles, también impone a los Estados diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud absteniéndose de imponer prácticas discriminatorias en relación con el derecho a la salud y las necesidades de la mujer, como "los derechos reproductivos, a no limitar el acceso a la anticoncepción o censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la retención" de información sobre la salud sexual. Asimismo, los Estados deben garantizar a las mujeres protección en relación con prácticas tradicionales nocivas como la mutilación genital femenina.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 597 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso se protegió el derecho a la salud de un menor que había sufrido un deterioro en una pierna, en razón a la mala práctica de un servicio de salud que requería (una inyección que se le aplicó), en un primer momento, y a la

no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así conforme a esta posición el derecho a la salud comprende: *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presenta una perturbación a la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento. [...] el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.”*⁸⁶

El Alto Tribunal en sus primeras sentencias reconoció en el derecho a la salud, dos elementos que se relacionan con su naturaleza, uno fundamental y otro prestacional sin que necesariamente se opongan o se excluyan⁸⁷. A este respecto la Corporación⁸⁸ se pronunció así: *“El derecho a la salud, conforma en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida, de allí que, conductas que atenten contra el ambiente sano (Constitución nacional artículo 49), se tratan de manera concurrente con los problemas de la salud; fuera de que el reconocimiento a la salud prohíbe las conductas que las personas desarrollen con dolo o culpa, que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos el derecho a la*

negativa posterior de la institución (un Hospital) para atender las secuelas causadas a la salud del menor, en un segundo momento.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 597 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁷ DE CURREA – LUGO, Víctor, 2003, Op. Cit., págs. 97-98

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 484 de 1992, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

salud, resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud, con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no solo de los servicios de asistencia médica, sino los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos”.

La Corte ha planteado tres vías para interpretar el derecho a la salud como un derecho fundamental, las cuales ha desarrollado durante estos dieciocho años, en que se ha hecho necesario utilizar la acción de tutela para proteger este derecho. Así la primera vía fue en conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; la segunda, reconoce su naturaleza fundamental cuando el tutelante es un sujeto de especial protección: menores, discapacitados y adultos mayores; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud.

2.1.2.1 En conexidad con derechos fundamentales

Inicialmente la Corte considera como fundamental el derecho a la salud, cuando está en conexidad con otros derechos que si están consagrados como tales. Para el Alto Tribunal los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo consagrados como tales en la Carta Política, le es reconocida esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de tal

manera que si no fueron protegidos de manera inmediata los primeros se ocasionarían la amenaza o vulneración de los segundos. En el caso de la salud, que no siendo un derecho fundamental adquiere esta categoría cuando por ejemplo, con la negación de un medicamento a un enfermo amenaza su derecho a la vida e integridad física.

A es respecto la Corte señaló: *“...Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos⁸⁹...”*

Posteriormente la Corte en el año 2000 mediante Sentencia de Unificación se pronunció y dijo que el derecho a la salud es un derecho fundamental en 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

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

derecho a la salud y admitir su tutelabilidad⁹⁰. Explica esta noción como la categoría de aquellos derechos que: *“no siendo denominados como tales, [como fundamentales] en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o la amenaza de los segundos⁹¹.”*

2.1.2.2 Protección especial a determinados grupos: Discapacitados, menores y adultos mayores

En el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud, para el caso de aquellas personas con cierto grado de vulnerabilidad, como en los niños y las niñas, las personas discapacitadas y los adultos mayores, nuestra Constitución estableció una protección especial⁹², así mismo la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 395 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. *“...Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida...”*

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-499 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹² Constitución Política, inciso 3° artículo 13, *“El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

En el caso de los derechos de los niños y de las niñas, la Carta política consagró expresamente estos derechos como fundamentales, es decir, el juez constitucional tiene la facultad de aplicar directamente el núcleo esencial⁹³ de los derechos prestacionales, (a la salud, a la educación, a la seguridad social etc.) que comprende los derechos de los menores. La Corte al considerar el núcleo esencial, exige ciertos requisitos para protegerlos vía de tutela, esto es, (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se acusa no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización⁹⁴.

Además la carta fundamental, estableció que los derechos de los niños tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. En un Estado social de derecho se debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen⁹⁵ (C.P. art. 44).

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. *“Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.”*

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU -225 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁹⁵ *Ibidem*

Respecto de las personas discapacitadas, la Corte tiene en cuenta factores individuales y sociales, para determinar si el derecho a la salud adquiere el carácter de un derecho fundamental. Considera esta Corporación que no se vulnera o amenaza el derecho a la salud, en el evento que no se le preste la atención a la persona, y ésta se encuentre en condiciones sociales e individuales normales y pueda enfrentar la situación de una manera autónoma. Sin embargo, si se vulnera el derecho a la salud, en el caso que la persona no pueda afrontar la situación de no prestación del servicio, por encontrarse en unas circunstancias de una gran incapacidad o de una total imposibilidad. Entre estas circunstancias o factores están, *“la pobreza, la condición física y mental, o la irregularidad de la situación familiar, entre otros, son factores que resultan determinantes al momento de establecer si una prestación de salud tiene un carácter fundamental en el caso concreto”*⁹⁶.

Por consiguiente, señala la Corte que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos:

1. Cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando;

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Caso en que una madre solicita se ordene a la E.P.S. a esterilizar quirúrgicamente a su hija, quien sufre de retraso mental y de epilepsia refractaria. Considera que la negativa de la entidad demandada constituye una vulneración de los derechos a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, a la protección especial de las personas discapacitadas y atenta contra la dignidad humana. Así mismo, afirma, la negativa de dicha entidad implica unas amenazas tanto para su hija, como para su familia, dadas las consecuencias que un posible embarazo puede acarrearles. La Entidad aduce que para ello es indispensable obtener la representación de su hija acudiendo previamente a un proceso de interdicción judicial por demencia.

2. El Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y;
3. La prestación solicitada sea necesaria:
 - a.) Para sobrepasar las barreras que le permitan llevar su vida con un grado aceptable de autonomía.
 - b.) Para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las lo ha sometido su enfermedad.
 - c.) Para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales”⁹⁷

En cuanto al derecho a la salud en los adultos mayores, la Corte también ha manifestado que es un derecho fundamental autónomo teniendo en cuenta la gran vulnerabilidad de este grupo personas y su conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.

A este respecto se pronunció en los siguientes términos: “...*El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:*

“Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada

⁹⁷ Ibidem.

su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior⁹⁸..."

Es importante señalar que la Corte Constitucional ha desarrollado en mayor proporción la jurisprudencia sobre la conexidad entre la salud y el derecho a la vida, como consecuencia del uso que de la acción de tutela han hecho los afectados, para proteger sus derechos. Sin embargo, este mecanismo sólo se aplica de manera individual y no en un sentido colectivo, debido al alto grado de inconformidad popular que los servicios de salud han generado. En consecuencia el número de tutelas que sobre salud debe atender el sistema judicial, ha aumentado vertiginosamente. Situación que ha derivado en otro problema, en la medida en que, el criterio jurídico ha desplazado o excedido la capacidad de intervención médica para afrontar económica y técnicamente los problemas de salud.

2.1.2.3 El derecho a la salud como derecho fundamental

A partir del año 2003, la Corte fue variando su posición hasta reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental, precisando que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii)

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1081 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

“todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo⁹⁹”.

Igualmente se ha expresado respecto a la definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad humana y su interpretación en derechos subjetivos, no está en manos de los jueces, se encuentra sujeta a las normas y reglas incluidas tanto en el derecho positivo como en la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos aquellos argumentos que el sistema jurídico admite como válidos para dictar los fallos. La Constitución, indica sobre los derechos constitucionales, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, constituyen pauta de interpretación, razón por la cual ha de tenerse en cuenta la posición de los intérpretes autorizados de tales tratados. Así, la Corte¹⁰⁰ precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales”¹⁰¹

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-227 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. La Corte señala que: *“... Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica)... “*

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 671 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁰¹ Artículo 93 de la Constitución Política

Por lo tanto, para establecer si el derecho a la salud puede comportar una relación funcional con el logro de la dignidad humana y que sea traducible en derechos subjetivos, habrá de considerarse lo indicado por dicho Comité, así como por la propia Corte Constitucional¹⁰².

Como se ha manifestado anteriormente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas indicó sobre el derecho a la salud en su observación N°14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12). De conformidad con lo establecido por el Comité en dicha oportunidad (i) el derecho a la salud se estima fundamental; (ii) comprende el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y (iii) la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos complementarios¹⁰³.

En general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, 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 digna¹⁰⁴.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-859 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁰³ “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”.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 760 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda. La Corte señaló al respecto: “...“(…) 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

Entre otras consideraciones, La Corte en la precitada sentencia también ha subrayado que: *“...la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual¹⁰⁵, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales. En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer¹⁰⁶ “(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura”. Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(...) elemento fundante del estado social de*

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...” _

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino; en este caso la Corte consideró que *“(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional...”*

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, ‘en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales’.

derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición¹⁰⁷...”

Igualmente, la precitada sentencia reconoció las limitaciones del derecho y señaló que la fundamentalidad no implica, necesariamente, que el derecho sea absoluto. Esto, explica la sentencia, se debe a dos razones. La primera, porque “los derechos constitucionales pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad” que ha desarrollado la jurisprudencia. La segunda, porque “la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y el hecho de poderlo hacer por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables”. Con ello, entonces, en la jurisprudencia constitucional colombiana el derecho a la salud queda definido como un derecho fundamental autónomo y no absoluto.

CAPITULO III

3. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

¹⁰⁷ Op. Cit. Sentencia C-811 de 2007

Entre los diferentes mecanismos de protección del derecho a la salud están: el derecho de petición y la acción de tutela, pero es la tutela el que tiene mayor trascendencia para la protección del derecho fundamental a la salud.

Nuestra Constitución ha establecido que ante determinadas circunstancias las personas puedan acudir a la autoridad respectiva para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, para lo cual la persona afectada puede valerse de mecanismos jurídicos, como son: el derecho de petición¹⁰⁸, el habeas corpus¹⁰⁹, las acciones populares¹¹⁰ y de grupo¹¹¹, la acción de cumplimiento¹¹² y la acción de tutela¹¹³.

¹⁰⁸Artículo 23 de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Este derecho también se ha constituido en un instrumento fundamental para hacer valer otros derechos constitucionales, el derecho a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260 de 1999. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló al respecto: “...En suma, según el derecho vigente, la garantía de la libertad personal puede ejercerse mediante la acción de Habeas Corpus en alguno de los siguientes eventos: (1) siempre que la vulneración de la libertad se produzca por orden arbitraria de autoridad no judicial; (2) mientras la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos; (3) cuando, pese a existir una providencia judicial que ampara la limitación del derecho a la libertad personal, la solicitud de Habeas Corpus se formuló durante el período de prolongación ilegal de la libertad, es decir, antes de proferida la decisión judicial; (4) si la providencia que ordena la detención es una auténtica vía de hecho judicial...”

¹¹⁰ Artículo 88, inciso 1° de la Constitución Política este mecanismo está para proteger los derechos e intereses colectivos, dentro de los cuales se encuentran además de los consagrados en la Carta Política, los tratados internacionales y las disposiciones reglamentarias, relacionados con el goce de un ambiente sano, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, el goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, salubridad y seguridad públicos, la moral administrativa y la libre competencia económica

¹¹¹ Artículo 88, inciso 2° de la Constitución Política. éstas persiguen la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a un número plural de personas, de modo que se origina cuando el daño ya se ha consumado. Esta Acción debe ser presentada por un mínimo de 20 personas, que se encuentren en condiciones uniformes respecto de la misma causa y demás elementos que configuren la responsabilidad por los perjuicios individuales que se les ha causado.

La Corte Constitucional en Sentencia C-215 de 1999, Magistrado Ponente (€), Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, se pronunció respecto de las características de las acciones de clase o de grupo así: “(...) En concreto, las acciones de grupo tienen las siguientes características: i) No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial

conjunta de los afectados ; ii) En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios ; iii) Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel.”

En algunos países como Alemania, Suiza, España y Austria, la protección de los derechos subjetivos viene garantizada a través de especiales recursos a disposición de los particulares. Esta protección de los derechos subjetivos no sólo tiene lugar a través de la jurisdicción constitucional, siendo también asumida por el resto de la jurisdicción, en particular en un sistema de «judicial review». (WEBER, Albrecht. La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6. Núm. 17. Mayo-Agosto 1986. Págs.72,73).

En América Latina , el amparo mexicano, fue decisivo para que los demás países lo incorporaran a sus sistemas legales como un instrumento preferente de protección de los derechos y libertades fundamentales. En los demás países de América Latina, el recurso de amparo fue implementándose paulatinamente, el primer país que incorporó este recurso fue Guatemala en su constitución de 1879, posteriormente lo incluyeron Honduras, en 1894; el Salvador, en 1886; Nicaragua en 1911; Panamá en 1941 y Costa Rica en 1946. En Colombia se incorporó por primera vez en la Constitución Política de 1991, con el nombre de acción de tutela.

De manera general, el “amparo” en América Latina tiene una aplicación usual: es un instrumento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, excepto la libertad que es protegida por el Habeas Corpus, contra detenciones arbitrarias. Salvo en México, donde el amparo cubre todos los derechos y libertades fundamentales. (CARMARGO, Pedro Pablo. Manual de la Acción de tutela. Editorial Leyer. Cuarta Edición. 2005. Bogotá. Págs. 35- 41)

¹¹² Artículo 87 de la Constitución Política. es el derecho que tiene toda persona de acudir ante un juez, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En el caso que la acción sea favorable para quien la presentó, el fallo deberá ordenar a la autoridad renuente a que cumpla con el deber omitido.

¹¹³ Artículo 86 de la Constitución Política: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, siendo el instrumento procesal más valioso para la protección de los derechos y libertades fundamentales en toda la historia constitucional de Colombia. CAMARGO Pedro Pablo, Crítica a la Constitución colombiana de 1886, Editorial Temis, Bogotá, 1987, parte primera, “Trayectoria y características del derecho constitucional colombiano”. Págs.3 al 108

Posteriormente se dictó el Decreto 306 de 1992, tratando de reglamentar lo ya reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, pero que actualmente no se aplica por decaimiento administrativo, o sea por la extinción de ese acto jurídico producido en este caso, por la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4º de la Constitución Política). CARMARGO Pedro Pablo, Acciones constitucionales y contenciosas- administrativas, Editorial Leyer, 2ª edición, 2002, Págs.35-40.

Finalmente, se expidió un nuevo Decreto el 1382 de 2000, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela, modificando las reglas de competencia previstas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. La Corte Constitucional mediante la excepción de inconstitucionalidad, por ser manifiestamente una norma contraria

En Colombia a partir de 1991 nuestra Carta Magna consagró el mecanismo constitucional de la acción de tutela, el cual se ha convertido en la herramienta más efectiva para hacer cumplir los derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la salud, así cuando la persona enferma tiene que acudir a la tutela para que se le entregue un medicamento que la EPS se niega a autorizar por estar fuera del Plan Obligatorio de Salud, o cuando a una trabajadora embarazada después del parto el medico le ordenó la licencia de maternidad y la EPS no autoriza su pago, debido a que el empleador pagó extemporáneamente las cuotas de afiliación, entonces debe invocar la tutela para que se protejan sus derechos y los de su hijo recién nacido, ambas situaciones se han hecho recurrentes en nuestro sistema de seguridad social en salud.

3.1 ¿Cuándo procede?

3.1.1 Carácter subsidiario

La acción de tutela es procedente, para proteger el derecho a la salud, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. En este sentido, la tutela tiene un carácter subsidiario¹¹⁴, sin embargo, no se puede rechazar la procedencia de la acción por el solo hecho de existir otra acción o medio judicial. Para la protección de un

a la Constitución, resolvió inaplicar el artículo 1º del mencionado Decreto, y por lo tanto, el Gobierno dictó el Decreto 404 de 2001, suspendiendo la vigencia del Decreto por un año, sin embargo, actualmente esta vigente.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-134 de 1994: Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. "...la de ser subsidiaria, esto es, que su implementación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. Sobre el particular, ha dispuesto la Corte: "Dicha acción es un medio, porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, afectados de modo actual e inminente y no a otros, y conduce, previa la solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento..."

derecho fundamental, se debe tener en cuenta que el medio alternativo, sea idóneo, eficaz y atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante¹¹⁵. Para el caso de la salud, la tutela se constituye en el único instrumento eficaz para garantizar dicho derecho, por ejemplo cuando el accionante solicita al juez constitucional que ordene a la Entidad Prestadora de Salud le practique un examen ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad, el cual es indispensable para obtener un diagnóstico de la enfermedad, para posteriormente iniciar el tratamiento adecuado para el caso.

Ahora, la Corte ha definido como un medio idóneo *“aquel que garantiza la aclaración del derecho discutido y que en la práctica tiene la capacidad de asegurar la protección del derecho violado o amenazado. En otras palabras, un medio es idóneo cuando en la práctica, éste es el procedimiento adecuado para obtener el resultado de lo que se pretende”*¹¹⁶ Y con respecto a la eficacia la Corte ha sostenido que *“se debe valorar si el medio existente es adecuado para proteger instantánea y objetivamente el derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley”*¹¹⁷

3.1.2 Como mecanismo transitorio

¹¹⁵ Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-847-03, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 480/93, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. “En este caso la tutela es un mecanismo que consiste en brindar a una persona la posibilidad de acudir ante un juez sin mayores requerimientos formales para que se le protejan de manera inmediata sus derechos fundamentales, cuando éstos han sido amenazados, amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aún existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, logrando de esta manera se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. (art.2”.

No obstante, existir un mecanismo alternativo, la acción de tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio¹¹⁸ para evitar un perjuicio irremediable. La Corte jurisprudencialmente ha entendido por perjuicio irremediable, aquel ha de ser a.) inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente"; b.) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, la inminencia del evento exige una respuesta proporcionada a la prontitud; c.) requiere que el perjuicio sea grave, lo que corresponde a la "gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona"; d.) impostergable, pues requiere de una respuesta, adecuada, oportuna y eficaz para restablecer los derechos y garantías básicos para el equilibrio social¹¹⁹

En el evento que la acción se utilice como un mecanismo transitorio se le impone al demandante o accionante, la carga procesal de presentar la acción judicial ordinaria respectiva, dentro de los cuatro meses siguientes de dictado el fallo que la resuelva. En el caso que la sentencia sea favorable a las peticiones del accionante, el juez señalará expresamente en el fallo que su orden permanecerá vigente *"sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción"*

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-134-94: "Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancial de los derechos constitucionales fundamentales, pues *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Se establece así un sistema complementario de garantía de aquellos derechos constitucionales fundamentales que, con determinadas características de sumariedad, preferencia y efectividad, impida en dicho ámbito la ausencia de su protección judicial, pues el constituyente quiso superar con sus previsiones determinadas deficiencias de la organización del sistema judicial que, entre otras causas, por su carácter legislado, no garantizaba la plena, efectiva e integral protección de los derechos constitucionales fundamentales tan caros al Estado Social y Democrático de Derecho y al constitucionalismo en todas sus evoluciones..."

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 225 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

*instaurada por el afectado*¹²⁰. Como en el caso, de un trabajador con SIDA, ha sido despedido sin los requisitos legales, y a través de la tutela solicita al juez ordene se le reconozca la pensión de invalidez, el accionante dentro de los cuatro meses de dictado el fallo de tutela deberá presentar ante la jurisdicción ordinaria la correspondiente demanda.

Sin embargo, la Corte ha establecido que en el evento que no exista un procedimiento judicial alternativo o cuando la cuestión sea “meramente constitucional”¹²¹ el fallo de la tutela tendrá un efecto definitivo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.) que las circunstancias de hecho estén indudablemente claras y que sobre ellas no exista discusión; 2.) que las disposiciones jurídicas aplicables no ofrezcan duda; 3.) que no exista alguna controversia mayor que sólo pueda ser resuelta en un proceso ordinario; 4.) que la tutela transitoria tenga como único efecto un desgaste y congestión innecesario del aparato judicial.

3.2. ¿Contra quién procede?

3.2.1 Contra autoridades públicas

¹²⁰ARTICULO 8º, Decreto 2591 de 1991. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-117-03. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. “...En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para estos casos, la Corte ha señalado que la discriminación por omisión del deber de trato especial puede ser controvertida judicialmente por medio de este mecanismo, mientras no exista un procedimiento judicial alternativo o cuando la cuestión sea meramente constitucional, siempre que el juez se limite a verificar la omisión y a ordenar la inaplicación de la medida discriminatoria al caso concreto...”

En referencia al derecho a la salud, es procedente la acción de tutela en contra de Entidades del Estado, como las Entidades Prestadoras de Salud Subsidiadas (EPS-S), las Empresas Sociales del Estado (ESE), Hospitales del Estado.

Así, la acción de tutela se puede presentar en contra de cualquier servidor público¹²², llámese EPS-S, ESES u Hospitales del Estado, que en el ejercicio de sus funciones u omitiendo las mismas, viole o amenace los derechos fundamentales de cualquier persona. En este caso, la acción de tutela se creó como un mecanismo judicial para proteger a la persona del uso arbitrario del poder público que pueda vulnerar sus derechos fundamentales. Empero, la existencia de otros medios judiciales niega la posibilidad que en determinados casos señalados por la ley pueda ser utilizada la acción de tutela, como por ejemplo el Habeas Corpus, para proteger la libertad individual, las acciones populares para proteger los derechos colectivos y del ambiente, excepto cuando se afecten derechos fundamentales y se causen perjuicios irremediables; las acciones de grupo, para cuando el daño ocasionado se hubiere consumado; o cuando se trate de actos generales, impersonales y abstractos¹²³.

¹²² Ibíd. ARTICULO 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

¹²³ Ibídem. ARTICULO 6°, inciso 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus. 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

En consecuencia la tutela procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, ya que ni la norma constitucional ni legal hace distinción alguna¹²⁴.

3.2.2 Contra particulares

Es procedente la acción de tutela contra un particular, cuando esté prestando el servicio de salud, como las Entidades Prestadoras de Salud, (EPS), Instituciones Prestadoras de Salud, (IPS), conforme lo establece el inciso 5° del artículo 86 de la Constitución Política establece que: *"...la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."*

A su vez esta norma se encuentra reglamentada por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, cuando señala los casos en los cuales procede la acción de tutela contra particulares:

- 1) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación¹²⁵;

¹²⁴ Es procedente la tutela en contra de actos emanados de servidores pertenecientes a cualquier rama u órgano del poder público, incluyendo las corporaciones públicas de la rama legislativa. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 430 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo "Así, pues, considera la Corte que asiste la razón al accionante cuando afirma que también los actos producidos por la Rama Legislativa son susceptibles de esta acción. Tanto las cámaras como las comisiones permanentes que dentro de ellas se conforman de acuerdo con lo previsto por el artículo 142 de la Constitución y sus mesas directivas tienen aptitud efectiva para proferir actos o incurrir en omisiones por cuyo medio se vulnera o amenace vulnerar un derecho fundamental, siendo lógico entonces que éste sea protegido por la vía de la acción de tutela, de manera definitiva o al menos transitoria en orden a evitar un perjuicio irremediable..."

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-134 de 1994, Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Declaro exequible el numeral 2 del decreto 2591 de 1991, con la salvedad que: "Debe entenderse que la acción de tutela

- 2) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud¹²⁶;
- 3) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios¹²⁷;
- 4) Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión¹²⁸ con tal organización.
- 5) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar la prohibición de esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas¹²⁹.
- 6) Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data¹³⁰.

procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental".

¹²⁶ Ibidem, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-134-94.

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett: En este caso, la Corte considera procedente la acción de tutela "contra acciones u omisiones de particulares", cuando la amenaza o vulneración del derecho fundamental esta relacionada con una conducta u omisión del particular que se desarrolla en ejercicio de la prestación del servicio público. Así la procedibilidad de la acción de tutela depende de la clase del servicio público de que se trate y su relación con los derechos fundamentales, independientemente que el servicio sea prestado ya sea por entidades estatales o por particulares.

¹²⁸ Op. Cit. Sentencia C-134-94: "La situación de indefensión a que alude el numeral noveno del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra(...)"
"Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos (...)

¹²⁹ Artículo 17 de la Constitución Política

¹³⁰ Artículo 15 de la Constitución Política

- 7) Cuando se solicite a un medio de comunicación la rectificación de informaciones inexactas o erróneas, o no fueron rectificadas de manera idónea.
- 8) Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que se asigna a las autoridades públicas.
- 9) Cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

CAPITULO IV

4. ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

En el presente capítulo presentaré los conceptos, el régimen jurídico y pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de los diferentes servicios de salud, incluidos y no incluidos dentro de los planes obligatorios de nuestro sistema de seguridad social en salud.

4.1 Promoción y prevención del derecho a la salud

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la promoción de la salud se ha constituido en la *“Suma de las acciones de la población, los servicios de salud, las autoridades sanitarias y otros sectores sociales y productivos encaminados al desarrollo de mejores condiciones de salud individual y colectiva”*¹³¹.

En cuanto al concepto prevención de la enfermedad, *“es la aplicación de medidas técnicas que incluye aspectos médicos y de otras disciplinas que tienen como finalidad impedir la aparición de la enfermedad (prevención primaria curarla (prevención secundaria y devolverle las capacidades perdidas (prevención terciaria)”*¹³²

De acuerdo a los anteriores conceptos, cabe señalar las diferencias entre la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, la primera está ligada al bienestar y calidad de vida, es esencialmente protectora y de fomento de la salud, va más allá de la ausencia de enfermedad; mientras que la segunda, es esencialmente correctiva de problemas de salud y protectora frente a riesgos específicos.

¹³¹OMS/OPS Orientaciones estratégicas y prioridades programáticas para el cuatrienio 1991— 1994. Resolución XIII de XXIII Conferencia Sanitaria Panamericana OPS/CSP. 23/14, 1990. Pág. 25

¹³² VÉLEZ. Alba Lucía. Conceptos Básicos del Proceso Salud-Enfermedad. Monografías universitarias # 9. Manizales: Universidad de Caldas 1990. Pág.173

Igualmente existen diferencias desde los objetivos entre una y otra, así la promoción tiene como objetivos: a.) Desarrollar condiciones favorables para la salud y la vida, b.) Actuar sobre los determinantes de la salud y c.) Se enfocan en una dinámica positiva. Para la prevención de la enfermedad entre sus objetivos están: a.) Disminuir el nivel de los factores de riesgo o la probabilidad de que ocurra un evento de enfermedad. Se relacionan con los problemas de salud y son esencialmente correctivos¹³³.

El aseguramiento universal y la importancia en la promoción de la salud (PS) y prevención de la enfermedad (PE) son propósitos que se imponen en la mayoría de los sistemas de salud del mundo. Nuestro país en 1992 firmó la Declaración de la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud de Santafé de Bogotá, en la cual se hizo referencia a la problemática de los países del área (países en vía de desarrollo), y se enfatizó en las condiciones para lograr la equidad en salud¹³⁴

Colombia ha tomado los preceptos señalados en la Carta de Ottawa¹³⁵ para la promoción de la salud, la cual consiste en proporcionar los medios a la población para mejorar su salud, y para obtenerla requiere de ciertas condiciones de vida, la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad.

¹³³GARCÍA OSPINA. Consuelo y TOBÓN CORREA Ofelia. Artículo Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad, Atención Primaria en Salud y Plan de Atención Básica, ¿Qué los acerca? ¿Qué los separa? En Hacia La Promoción De La Salud. Editorial Universidad De Caldas, v.5 fasc. Diciembre 2000, págs.7 - 21.

¹³⁴ OPS. Conferencia Internacional de Promoción de la Salud de Santafé de Bogotá. 1992.

¹³⁵ CARTA DE OTAWA PARA LA PROMOCION DE LA SALUD de Noviembre de 1986. La primera Conferencia internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el día 21 de noviembre de 1986 emite la presente CARTA dirigida a la consecución del objetivo "Salud para Todos en el año 2000." Esta conferencia fue, ante todo, una respuesta a la creciente demanda de una nueva concepción de la salud pública en el mundo. Si bien las discusiones se centraron en las necesidades de los países industrializados, se tuvieron también en cuenta los problemas que atañen a las demás regiones. La conferencia tomó como punto de partida los progresos alcanzados como consecuencia de la Declaración de Alma Ata sobre la atención primaria, el documento "Los Objetivos de la Salud para Todos" de la Organización Mundial de la Salud, y el debate sobre la acción intersectorial para la salud sostenido recientemente en la Asamblea Mundial de la Salud.

También como miembro de la Organización Mundial de la Salud, también se ha adherido a la Carta de Bangkok ¹³⁶ para la promoción de la salud, esta Carta propone una nueva orientación para la promoción de la salud ponderando políticas coherentes, inversiones y alianzas entre los gobiernos, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y el sector privado a fin de asumir cuatro compromisos fundamentales a saber: a.) que la promoción de la salud constituya una pieza clave de la agenda de desarrollo mundial; b.) que sea una responsabilidad básica de todos los gobiernos; c.) que forme parte de las buenas prácticas institucionales; d.) que sea un foco de iniciativas de la comunidad y de la sociedad civil.

En aplicación a los compromisos adoptados por Colombia a través de ambas cartas, consagró en la Constitución de 1991 a la salud como un derecho¹³⁷ y en un servicio público a cargo del Estado¹³⁸, para alcanzarlo se debe garantizar a todas las personas, el acceso a los servicios de promoción, prevención, protección y recuperación mediante el aseguramiento universal de la salud¹³⁹.

¹³⁶ CARTA DE Bangkok PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD de Agosto de 2005. Se establecieron los principales retos, medidas y compromisos necesarios para abordar los determinantes de la salud en un mundo globalizado involucrando a numerosos agentes e interesados directos que son fundamentales para alcanzar la salud para todos.

¹³⁷ Constitución Política. Artículo 48

¹³⁸ Constitución Política. Artículo 49

¹³⁹ Ley 100 de 1993, 2° inciso del artículo 273. *“La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana”.*

¹³⁹ *Ibidem*. Artículo 152. Objeto. La presente ley establece el sistema general de seguridad social en salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente ley.

Así en desarrollo de estos preceptos constitucionales la ley 100 de 1993¹⁴⁰, precisó el objeto del sistema de seguridad social en salud, al indicar que la salud es un servicio público esencial, además crea condiciones de acceso de toda la población al servicio y en todos los niveles. De la misma forma introduce condiciones de acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en calidad, oportunidad, calidad y eficiencia, conforme a lo establecido en el Plan Obligatorio de salud (POS) y en el Plan de Atención Básica (PAB)¹⁴¹.

Las acciones de promoción y prevención en la atención individual se hará a través del POS, y estarán a cargo de las Empresas Promotoras de Salud (EPS), Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), hoy Empresas Promotoras de Salud Subsidiadas (EPSS), y de aquellas Entidades Adaptadas para el caso de los afiliados y de los Municipios en el caso de los vinculados. Así mismo el Plan de Atención Básica (PAB) complementa las acciones del POS y las acciones de saneamiento ambiental en lo relacionado con la información, educación y fomento de la salud, servicios que están a cargo del Estado, son de obligatorio cumplimiento, gratuitos, y de cubrimiento universal¹⁴².

¹⁴¹ Ibidem, artículo 154. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley; b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia; c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud; d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país; e) establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley; f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes; h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

¹⁴²Ibidem

Respecto de las acciones de prevención de la enfermedad, requieren de la ejecución de actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida¹⁴³, que estará a cargo de las EPS, Entidades Adaptadas¹⁴⁴, Transformadas¹⁴⁵ y las Administradoras del Régimen Subsidiado, cuya responsabilidad es hacer cumplir los mencionados servicios¹⁴⁶, para lo cual éstas Entidades deberán promover en sus afiliados la utilización de los servicios, previendo que éstos no los solicitaran directamente¹⁴⁷.

Entre las actividades, procedimientos e intervenciones de promoción previstas se encuentran: Protección específica¹⁴⁸, Detección Temprana¹⁴⁹, y atención de Enfermedades de Interés en Salud Pública, las cuales generan un alto impacto en la salud colectiva y requieren de una

¹⁴³ Hace referencia a la acción de organizar, incentivar y orientar a la población hacia la utilización de los servicios de protección específica y detección temprana y la adhesión a los programas de control.

¹⁴⁴ Decreto 1890 de 1995, Son aquellas que hacen parte del régimen de transición y tienen una existencia eminentemente transitoria la cual expira cuando se termine la relación laboral de los afiliados o el período de jubilación de los pensionados que tuvieron en el momento de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social en salud.

¹⁴⁵ Ibídem, artículo 1°. El presente Decreto regula el régimen de transformación en Entidades Promotoras de Salud, adaptación al Sistema de Seguridad Social o liquidación, de las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que el 23 de diciembre de 1993 prestaban servicios de salud amparaban a sus afiliados en los riesgos de enfermedad general y maternidad. Igualmente determina los requisitos para que las dependencias que presten servicios de salud de las cajas, fondos o entidades previsionales o entidades públicas con otro objeto social, puedan continuar prestándolas.

¹⁴⁶ Acuerdo 117 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, artículo 1°. Ejecución de las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento. Las EPS, Entidades Adaptadas y Transformadas y las Administradoras del Régimen Subsidiado son responsables del obligatorio cumplimiento de actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y la atención de enfermedades de interés en Salud Pública de que trata el presente Acuerdo en su población afiliada.

¹⁴⁷ Ibídem, artículo 12°. Estrategias de información a la población afiliada sobre las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento. Las EPS, Entidades Adaptadas y Transformadas y las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán desarrollar estrategias para promover en sus afiliados la utilización de los servicios descritos en el presente Acuerdo, así como facilitar el acceso a programas permanentes de atención de las enfermedades de interés en salud pública.

¹⁴⁸ Ibídem, artículo 5°. Actividades, procedimientos e intervenciones para Protección Específica: Vacunación según esquema del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI); Atención preventiva en Salud Bucal; Atención del Parto; Atención al recién nacido y Atención en Planificación Familiar a hombres y mujeres

¹⁴⁹ Ibídem, artículo 6°. Actividades, procedimientos e intervenciones para Detección Temprana de: Alteraciones del crecimiento y desarrollo (menores de 10 años); Alteraciones del desarrollo del joven (10 – 29 años); Alteraciones del embarazo; Alteraciones en el adulto (>45 años), Cáncer de cuello uterino; Cáncer seno y Alteraciones de la agudeza visual.

atención y seguimientos especiales de tal manera que garanticen su control y la reducción de las complicaciones evitables¹⁵⁰.

No obstante los esfuerzos que se han hecho hasta ahora, Colombia en desarrollo de la promoción de la salud ha sido muy limitado, debido a varios factores como la falta de políticas públicas, a la limitada ejecución de las mismas, a la falta de control del gobierno y la falta de información de los ciudadanos sobre sus derechos y deberes respecto a la salud¹⁵¹, más bien se ha hecho énfasis en la prevención de la enfermedad, tal como fue comentado previamente.

4.2 Protección a la salud de la mujer embarazada.

La Organización Mundial de la Salud considera que el cuidado materno es una prioridad¹⁵² que forma parte de las políticas públicas como estrategia para optimizar los resultados de los embarazos¹⁵³ y prevenir la mortalidad materna y perinatal.

Acorde con lo anterior nuestra constitución consagró una especial protección y asistencia a la mujer embarazada¹⁵⁴ por parte del Estado. Postulado que ha sido desarrollado a través de la

¹⁵⁰ Ibídem, artículo 7°. Entre las que se relacionan están las de alta prevalencia, infecciosas; alta transmisibilidad y poder epidémico, se señalan 21 enfermedades así: Atención de Enfermedades de Interés en Salud Pública: Las siguientes condiciones patológicas serán objeto de atención oportuna y seguimiento, de tal manera que se garantice su control y la reducción de las complicaciones evitables. Bajo peso al nacer, Alteraciones asociadas a la nutrición (Desnutrición proteico calórica y obesidad), Infección Respiratoria Aguda (menores de cinco años), Alta: Otitis media, Faringitis estreptococcica, laringotraqueitis, Baja: Bronconeumonía, bronquiolitis, neumonía; Enfermedad Diarreica Aguda / Cólera; Tuberculosis Pulmonar y Extrapulmonar; Meningitis Meningocóccica; Asma Bronquial; Síndrome convulsivo, Fiebre reumática, Vicios de refracción, Estrabismo, Cataratas; Enfermedades de Transmisión Sexual (Infección gonocóccica, Sífilis, VIH); Hipertensión arterial; Hipertensión arterial y Hemorragias asociadas al embarazo; Menor y Mujer Maltratados; Diabetes Juvenil y del Adulto; Lesiones preneoplasicas de cuello uterin; Lepra; Malaria; Dengue; Leishmaniasis cutánea y visceral; Fiebre Amarilla.

¹⁵¹ REALPE DELGADO, Cecilia. La Promoción y Prevención en el Sistema de Salud Colombiano. Artículo publicado en la Editorial Universidad De Caldas, v.7 fasc. p.7 - 12 ,2002

¹⁵² <http://www.slideshare.net/saludpublica/materno-infantil>

¹⁵³ Tomado de CACERES –MANRIQUE, Flor de María. El Control Prenatal, Una reflexión urgente. Artículo en la Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. Volumen 60 No.2, 2009, Pág. 165.

¹⁵⁴ CONSTITUCION POLITICA. Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de

ley 100 de 1993 cuando señala que el Plan Obligatorio de Salud deberá cubrir los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. De la misma manera, establece que las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario, para lo cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá implementar los planes y programas para tal fin¹⁵⁵.

Las principales referencias legales y jurisprudenciales sobre el tema, se relacionan con: la promoción de programas de prevención del embarazo no deseado y la protección especializada y apoyo prioritario a las madres adolescentes¹⁵⁶; creación de sitios de ayuda psicológica y de apoyo para las madres gestantes como proporcionarle los gastos del parto y post parto y período de lactancia, los cuales hacen parte de los alimentos¹⁵⁷; protección en materia laboral, siendo su preocupación el relacionado con la estabilidad con independencia del tipo de contrato celebrado.

especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹⁵⁵ LEY 100 DE 1993, artículo 166. Atención materno infantil. “El Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia...”

(...)

Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste

¹⁵⁶ Ibidem. ARTÍCULO 46, Inciso 8°. Obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:

8. Desarrollar programas para la prevención del embarazo no deseado y la protección especializada y apoyo prioritario a las madres adolescentes.

¹⁵⁷ Ley 1098 de 2006. artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. *Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.*

Cabe señalar, que el Estado protege también a las mujeres madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia que hacen parte de grupos vulnerables ya sea en la áreas urbanas o rurales que se encuentren afiliadas al Sistema Subsidiado en salud “SISBEN¹⁵⁸”,

El gobierno en desarrollo a la protección a las madres gestantes ha implementado proyectos sociales a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar(ICBF), creando Casas de Madres Gestantes y programas de asistencia y cuidado a mujeres con embarazos no deseados¹⁵⁹. Es así como el ICBF dicta los lineamientos técnicos y administrativos y los estándares para el funcionamiento del programa de atención especializada de Casas de madres gestantes¹⁶⁰. Cuyo objeto general es cumplir con el compromiso social de la protección integral a las adolescentes o mayores de edad en periodo de gestación y lactancia que se encuentren en situación de inobservancia, amenaza o vulneración de derechos solo cuando no cuentan con una red de apoyo familiar o que teniéndola esta no pueda brindarle las

¹⁵⁸ LEY 100 DE 1993. 2° inciso artículo 157: “...Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. *Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año...*” (Subrayado fuera del texto)

¹⁵⁹ Ibídem. artículo 60. Vinculación a programas de atención especializada para el restablecimiento de derechos vulnerados. Cuando un niño, una niña o un adolescente sea víctima de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, de su integridad personal, o sea víctima de un delito, o cuando se trate de una adolescente o mujer mayor de 18 años embarazada, deberán vincularse a un programa de atención especializada que asegure el restablecimiento de sus derechos.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expedirán la reglamentación correspondiente al funcionamiento y operación de las casas de madres gestantes y los programas de asistencia y cuidado a mujeres con embarazos no deseados de que trata el presente artículo, durante los 12 meses siguientes a la expedición de la presente ley.

¹⁶⁰ Resolución 4589 de Octubre 20 de 2009. ARTÍCULO 1o. Expedir el Lineamiento Técnico Administrativo y Estándares para el funcionamiento del Programa de Atención Especializada Casas de Madres Gestantes. ARTÍCULO 2o. Los Directores Regionales y Seccionales, los Coordinadores de Grupo, Asistencia Técnica y Zonales, y los servidores públicos de Centros Zonales, serán responsables de la difusión y aplicación del documento aquí aprobado. La Dirección Técnica y la Dirección de Evaluación verificarán el cumplimiento de esta responsabilidad.

condiciones básicas para su desarrollo integral. Como también se establecen sus objetivos específicos¹⁶¹.

De la misma manera el ICBF, dentro de las acciones de apoyo a la primera infancia, cuenta con el Programa de Hogares FAMI (familia-mujer-infancia) cuyo propósito es apoyar a las familias en desarrollo que tienen mujeres gestantes, madres lactantes y niños o niñas menores de dos años, realizando actividades que permitan mejorar su función socializadora y fortalezcan la participación del padre, madre y hermanos en el desarrollo del niño o niña, desde su gestación hasta los dos años de edad.

El ICBF en desarrollo de estos programas puede solicitar el apoyo y orientación a través de las Alcaldías Locales o Municipales o Secretaría de Salud, EPS donde esté afiliada la madre gestante o lactante, ya sea al régimen subsidiado o contributivo, Centros de Salud, Hospitales o Clínicas, quienes también pueden informarle sobre los programas en beneficio de las madres gestantes y lactantes.

Como se puede observar, el ICBF como autoridad administrativa competente le corresponde adelantar las acciones institucionales e interinstitucionales con el propósito de garantizar a las madres gestantes y lactantes, ya sean mayores o menores de edad, sus derechos.

De otra parte, en lo que corresponde con los derechos de la madre gestante trabajadora, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha protegido los derechos de la mujer

¹⁶¹ Entre los cuales se encuentran: (i) Otorgar un espacio físico y emocional en el que se satisfagan sus necesidades inmediatas y garantizar la vinculación al sistema general de seguridad social en salud, y atención, orientación y acompañamiento durante todo el proceso de gestación, parto y puerperio, (ii) Estimular la lactancia materna exclusiva hasta los seis (6) meses de edad, (iii) Promover la vinculación afectiva con su (s) hijo o hija (s) recién nacido (s) o por nacer y la comunicación e integración con su red psicoafectiva familiar y social, (iv) Brindar conocimientos en salud sexual y reproductiva, prácticas de auto cuidado que garanticen un sano proceso de gestación y lactancia y la planeación de nuevas gestaciones, (v) Acompañar la definición de un proyecto de vida autónomo que les permita desarrollar la aptitud de autodeterminación, toma de decisiones y autosostenibilidad, (vi) Potenciabilizar los factores de generatividad individuales y familiares para el desarrollo de prácticas de convivencia equitativa y armónica al interior de la familia y en la sociedad, (vii) Promover el conocimiento y ejercicio efectivo de sus derechos y los de sus hijos, hijas y los mecanismos para exigirlos.

embarazada trabajadora, al derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin importar la relación laboral que se tenga, la modalidad de contrato¹⁶² y sin importar que el patrono sea público o privado, pues la Constitución lo que busca es que la relación no se rompa de manera abrupta ya que el sustento de la trabajadora y el de su familia se vería afectado¹⁶³.

De esta forma la Corte ha dicho, que debido a la urgencia de protección derivada de la naturaleza misma del embarazo, el problema pasa del plano legal a convertirse en un asunto de relevancia constitucional, donde será por la afectación o no de derechos esenciales de la madre gestante y su hijo por nacer, que el amparo a los mismos deba ser denegado o concedido en acción de tutela, siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes presupuestos:

(i) Que la no renovación del contrato haya tenido lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

(ii) Que la no renovación del contrato sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique (justa causa);

(iii) Que no medie autorización del inspector respectivo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1003 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. Respecto de los contratos de prestación de servicios la Corporación ha dicho, que si bien no hay una relación laboral, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia para los contratos a término fijo, esto es, que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada, teniendo en cuenta que los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad están sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; dicha figura se aplica siempre que al momento de la terminación del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación.

¹⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-987 de 2008. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

(iv) Que la no renovación del contrato amenace el mínimo vital de la actora y/o su hijo por nacer¹⁶⁴.

En cuanto a la exigencia del requisito de la notificación formal del estado de embarazo al empleador, la Corte ha dicho que este requerimiento no es imperativo cuando por el avanzado estado de gestación de la mujer su estado de gravidez constituye un hecho notorio, o cuando la trabajadora por complicaciones en el proceso de gestación se ve obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad en la cual se señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad¹⁶⁵.

4.3 Derecho a la salud de los que están por nacer

La defensa de la vida del que está por nacer forma parte de la defensa de los derechos fundamentales y de la dignidad humana. Así los derechos del nasciturus se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre Derechos Humanos, que por disposición del artículo 93 de nuestra Carta Política rigen en Colombia. Así el numeral 1º del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1.992 dice:

"toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

¹⁶⁴ Entre otras sentencias: T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007.

¹⁶⁵ Ver Sentencias T-589/06, T-487/06, T-1008/07, T-1043/08, entre otras.

Igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1.989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1.991, establece en el Preámbulo que: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, *"el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

En nuestra Constitución la protección del que está por nacer se encuentra consagrada de forma directa en el Preámbulo¹⁶⁶ y en el artículo 11, derecho a la vida, y de forma indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. También en el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

Al proteger a la mujer embarazada se está garantizando la vida del nasciturus que depende de los cuidados que se prodiguen a la madre, quien demanda de un permanente control y vigilancia médico de manera que se le garantice una atención mínima y oportuna en el parto y se proporcionen los primeros cuidados al niño.

Desde el punto de vista legal, la Ley de Infancia y adolescencia¹⁶⁷, igualmente protege la vida del nasciturus, cuando en el artículo 17, establece que los niños y las niñas tienen derecho a la

¹⁶⁶ "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo..."

¹⁶⁷ Ley 1098 de 2006. artículo 17. Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación

vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano y “*este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud...*”

Igualmente la precitada ley establece unas obligaciones para el Estado de “*garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible*”, con agencia de responsabilidad familiar¹⁶⁸.

Respecto a la posición de la Corte frente a los derechos del nasciturus ha sido la de proteger sus derechos a través del amparo a los derechos de la mujer embarazada, pues toda amenaza o vulneración de éstos es también una amenaza o vulneración contra los derechos de su hijo, debido al vínculo tan estrecho que hay entre ambos, por lo cual la solicitud de protección mediante la acción tutela se debe hacer de manera inmediata por el Juez de Tutela¹⁶⁹

4.4 Situación de los menores de un año: atención gratuita

Los menores de un año, nuestra Carta Política determina que todo niño menor de un año que no este cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir

nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

PARÁGRAFO. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.

¹⁶⁸ *Ibidem*, numeral 11 del artículo 41: Obligaciones Del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.

¹⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-179 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, acentúa los derechos de los niños y obliga a las autoridades prestatarias en su protección, teniendo en cuenta la falta de madurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad.

Consecuente con lo consagrado en la Constitución, la ley 100 dispone que todo niño que nazca quede automáticamente como beneficiario de la EPS, a la cual la madre esté afiliada¹⁷⁰. Igualmente incluye dentro del plan obligatorio de salud para los menores de un año la educación, la información, el fomento de la salud y de la lactancia materna, la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, la prevención de las enfermedades - incluyendo inmunizaciones -, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia - incluidos los medicamentos esenciales -, además de la rehabilitación, cuando hubiere lugar¹⁷¹.

De la misma manera, no se podrá aplicar períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS, ya que el bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S¹⁷².

¹⁷⁰ Ley 100 de 1993, Parágrafo. 2º del artículo 163: "Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley".

¹⁷¹ Ley 100 de 1993, artículo 166 Atención materno infantil. "...El Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrir la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente Ley y sus reglamentos. Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

¹⁷² Decreto 806 de 1998, artículo 62, "...En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente..."

Dentro del régimen subsidiado, también se contempla que todo recién nacido quedará obligatoriamente afiliado a la EPS-S a la cual pertenezcan el padre o madre cabeza de familia¹⁷³.

4.5 Vacuna: Tipos de vacunas: bebés, Vacunas hasta los 5 años, caso del neumococo, vacunas para la mujer embarazada y personas mayores. Vacunas que se encuentran por fuera del pos: La del papiloma humano.

Una vacuna es esencialmente una solución de antígenos que se inyecta en la sangre para provocar la reacción inmunológica del organismo. Es decir, una inyección de virus o bacterias muertos o muy débiles, de modo que no puedan infectar al organismo. Su presencia en la sangre activa los métodos de defensa del cuerpo humano, que los reconoce como peligrosos y desarrolla los anticuerpos necesarios para neutralizar y acabar con dichos organismos extraños. De este modo se desarrolla la "memoria inmunológica", que hace al organismo inmune, resistente, en caso de ser infectado más tarde por virus o bacterias capaces de hacer enfermar al ser humano¹⁷⁴.

Con el fin de disminuir la morbilidad y la mortalidad causadas por enfermedades inmunoprevenibles, se creó el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), el cual es una acción conjunta de las naciones del mundo y organizaciones internacionales, tendiente a lograr una cobertura universal de vacunación¹⁷⁵.

¹⁷³ Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional en Seguridad Social en Salud, artículo 23. Afiliación de recién nacidos hijos de padres afiliados. Todo recién nacido, hijo de madre o padre afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, obligatoriamente quedará afiliado a la EPS-S a la que pertenezca el cabeza de familia, quien deberá informar la novedad a la EPS-S, anexando Registro Civil de Nacimiento. La EPS-S diligenciará el Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado, hará entrega del carné respectivo y registrará la novedad de nacimiento ante la BDUA de acuerdo a la norma vigente. La afiliación se entenderá a partir de la fecha de nacimiento y por tanto la cobertura de servicios se entiende desde el nacimiento.

¹⁷⁴ página <http://www.muyinteresante.es/>

¹⁷⁵ www.minproteccionsocial.gov.co/SALUD/Paginas/pai.aspx -

Así en mayo de 1974, la Organización Mundial de la Salud (OMS) instituyó el programa ampliado de inmunizaciones y en la Región de las Américas, fue establecido durante la XXV reunión del Consejo Directivo de la OPS en Septiembre de 1977¹⁷⁶.

En Colombia las acciones de vacunación se iniciaron en la década de los 60, ofreciendo las vacunas por demanda espontánea de la población. A partir de 1974, se creó el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI) con el propósito de fortalecer las estrategias de lucha contra las enfermedades prevenibles por vacunación (EPV). El esquema básico de vacunación definido en el PAI incluía la vacunación a los niños y niñas menores de 5 años contra 6 enfermedades: Tuberculosis, Poliomiélitis, Difteria, Tos Ferina, Tétanos y Sarampión¹⁷⁷.

Posteriormente la ley 100 de 1993 establece que la inmunización es una de las actividades de obligatorio cumplimiento del Plan Obligatorio de Salud -POS- de los regímenes contributivo y subsidiado. Complementariamente el Plan de Atención Básica (PAB) ¹⁷⁸ desarrolla las actividades de vigilancia de enfermedades previsibles por vacunación, promoción de la vacunación y vacunación por concentración (Jornadas Nacionales y Locales de Vacunación) para garantizar la inmunización en la población que por barreras geográficas, culturales o institucionales no ha tenido acceso a dichos servicios de salud.

Durante el transcurso de la última década, el esquema ha mejorando progresivamente con vacunas más seguras y eficaces, de tal forma que en la actualidad el programa prevé la vacunación contra 12 enfermedades incluyendo adicionalmente hepatitis B, meningitis e infecciones por Haemophilus influenza tipo B (HiB) en menores de un año, así como contra rubéola, paperas y sarampión (triple viral), fiebre amarilla en niños y niñas de un año y la última inclusión del programa Influenza en niños de 6 a 18 meses. Para el resto de la población el

¹⁷⁶ *Ibíd*em

¹⁷⁷ [http://spi.dnp.gov.co/App_Programa_Ampliado_De_Inmunizaciones - PAI](http://spi.dnp.gov.co/App_Programa_Ampliado_De_Inmunizaciones_-_PAI)

¹⁷⁸ Resolución 4288 de 1996

programa incluye la aplicación de refuerzos de las principales vacunas a los 18 meses y 5 años de edad.

Las vacunas del esquema antes mencionadas son completamente gratis y se pueden acceder a ellas en cualquier punto de vacunación de las Entidades de Salud (EPS), ya sea pública o privada.

Hay un especial énfasis en la vacuna de neumococo para tratar la meningitis bacteriana¹⁷⁹, con el fin de reducir en dos terceras partes, la tasa de mortalidad de los niños menores de cinco (5) años¹⁸⁰, por esta razón se establece que se incluirá dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal¹⁸¹, la cual se hará de manera gradual atendiendo entre otros criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria y la concordancia con el marco de gastos de mediano plazo, a partir de enero de 2010¹⁸².

Desde el año 2009, todos los niños nacidos en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Cauca, Vichada, Guainía, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Chocó, Putumayo,

¹⁷⁹ La Unicef Colombia indica que la meningitis bacteriana se manifiesta fundamentalmente en dos variedades: Meningitis Meningococcica y la Meningitis por Haemophilus influenzae, y para los dos tipos existen vacunas en el mercado.

¹⁸⁰ Documento Conpes Social 91 Metas y Estrategias de Colombia para el Logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio 2015, citado en las consideraciones de la Resolución 1736 de 2010.

¹⁸¹ Ley 1373 de 2010, parágrafo 1° del artículo 2°: El Ministerio de la Protección Social, o la entidad a que corresponda, a partir de la vigencia de la presente ley, actualizará el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). PARÁGRAFO 1o. Se incluirá dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal.

¹⁸² *Ibidem*, parágrafo 2° parágrafo 2o. La cobertura universal para el Neumococo se hará de manera gradual según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional atendiendo entre otros criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria y la concordancia con el marco de gastos de mediano plazo.

Guaviare, Vaupés, tienen derecho a la vacuna del neumococo, además de los menores que nazcan con un peso igual o menor a 2.500 gramos en el territorio nacional¹⁸³.

Así mismo se estableció que para los menores de tres (3) años con patologías que incrementen el riesgo de enfermar y morir por neumococo, entre otras, las siguientes: a.) Enfermedad de células falciformes, otras falciformías y asplenia; b.) Infección por VIH; c.) Inmunocompromiso por: i. Inmunodeficiencias congénitas o primarias, ii. Insuficiencia Renal Crónica o síndrome nefrótico, iii. Inmunocompromiso por cáncer o por quimio o radio terapia inmunosupresora, iv. Menores a ser transplantados, v. Menores a ser sometidos a cirugías del Sistema Nervioso Central; d.) Enfermedades crónicas: i. Cardiopatía congénita, ii. Enfermedad pulmonar crónica (de más de un mes de evolución), iii. Fístula de líquido cefalorraquídeo, iv. Diabetes, v. Enfermedad hepática crónica¹⁸⁴.

La Corte respecto de las vacunas que requiere un menor y que se encuentran fuera del POS, ha precisado que cuando no se suministra la vacuna ordenada por el médico tratante, se está afectando la integridad física y la salud de la menor, situación en la cual, la Corporación dice, que es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor. Sumado a que se está colocando al menor en un alto riesgo, frente a una enfermedad grave, en este caso, meningitis, que si bien con la vacuna no se cura la enfermedad de manera total, con la misma si se le estaría mejorando la calidad de vida a la menor, aliviándole sus dolencias¹⁸⁵.

¹⁸³ ACUERDO 406 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. artículo 2°, numeral 1°: Criterios de asignación y ejecución de los recursos. Para la ejecución de los recursos asignados en el presente acuerdo, se priorizará la vacunación de población infantil atendiendo los siguientes criterios: 1) Todos los niños menores de tres meses a quienes se les iniciará y completará el esquema de vacunación según PAI en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Cauca, Vichada, Guainía, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Chocó, Putumayo, Guaviare y Vaupés, y la población indígena en la zona de la Sierra Nevada de Santa Marta.

¹⁸⁴ Ibídem. Artículo 2°, numeral 3°

¹⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-903 de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

De acuerdo a la línea jurisprudencial fijada en diferentes casos, se puede afirmar que la Corte ampara el derecho fundamental a la salud de los niños, ordenando el suministro de vacunas excluidas del -POS-, siempre y cuando se ponderen los siguientes requisitos¹⁸⁶:

“(i) que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad; (ii) [que] los padres no cuenten con capacidad de pago; y (iii) la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la EPS se haya negado a suministrarla por vía de un derecho de petición”.

En cuanto a la aplicación de vacunas durante el embarazo tienen indicaciones y contraindicaciones. Las primeras se basan especialmente en evitar las enfermedades capaces de dañar al bebé que se está gestando. Las contraindicaciones, en cambio, se fundamentan en el daño potencial que posee cualquier droga o medicamento administrado durante el embarazo. Lo recomendable según la ciencia médica, es realizar una vacunación adecuada tres meses antes del embarazo, para mayor seguridad, como así mismo aconseja no aplicar vacunas que contengan virus vivos, como la rubéola, varicela, sarampión, y paperas, las cuales pueden ser aplicadas en el post parto y post aborto¹⁸⁷, y se encuentran dentro del POS.

Así mismo el Plan Obligatorio de Salud (POS) contempla la vacunación con toxoide tetánico durante el embarazo, para prevenir la Difteria, Tos Ferina y Tétanos. Esta vacuna elimina las posibilidades de estas enfermedades graves tanto para la madre como para el recién nacido. Su aplicación se realiza a partir del segundo o tercer trimestre de embarazo.

¹⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-977 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸⁷ Fuente: www.planetamama.com.ar. Edición: Carolina Arellano Villota/Dr. Mario Schapchuck. Fecha de Publicación: 2006-08-31

En cuanto los pronunciamientos de la Corte en referencia a este tema, reitera la protección especial que tiene la mujer gestante, no obstante que las vacunas indicadas a la mujer embarazada se encuentran contempladas dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Respecto a las vacunas para los adultos mayores, estos requieren especialmente de las vacunas contra la influenza y de neumococo. La vacuna contra la influenza está incluida en el POS a partir de 2008 para personas mayores de 60 años. Por ser uno de los grupos de edad más vulnerables a presentar enfermedades respiratorias agudas (ERA), siendo la segunda causa de muerte en el adulto mayor. Si bien la influenza se considera una patología simple cuando se da en personas sanas entre 6 y 50 años, es una enfermedad grave cuando afecta a mayores de 60 años o personas con enfermedades crónicas como cardiovasculares, diabetes, hipertensión, enfisema, bronquitis, asma, según el doctor Álvaro Morales, presidente de la Sociedad Colombiana de Neumología¹⁸⁸.

La vacuna de influenza debe ser aplicada cada año, ya que este tipo de virus cambia y debe ser elaborada especialmente al virus vigente.

La vacuna contra el neumococo, inmuniza frente a la bacteria que provoca varios tipos de neumonía y que es más agresiva en personas de tercera edad. Esta vacuna no se encuentra dentro del POS, por tanto, para acceder a este servicio a través de las EPSs contributivas o subsidiadas, se deberá acudir a la tutela, con el fin se protejan el derecho a la vida y a la salud.

Respecto a pronunciamientos de la Corte en relación a este tema, no se encontraron sentencias, sin embargo, es válido acudir a la acción de tutela, por una parte, por tener los adultos mayores una protección constitucional especial, y por otra, en aras de garantizar los derechos fundamentales a la vida y a la salud de esta población.

¹⁸⁸<http://www.periodicoelpulso.com/html/0710oct/general/general-11.htm>. El ministerio frente a la Influenza.

El Ministerio de Protección Social ha programado jornadas de vacunación dirigidas a menores y adultos mayores, en gran parte del territorio nacional, durante los meses de noviembre y diciembre del presente año, contra la influenza y el Pneumo 23 que se aplica en una sola dosis y su efecto es de 1 año para la primera y 5 para la segunda.

En referencia al virus del papiloma humano, según la Organización Mundial de la Salud, la infección genital por el virus del papiloma humano (VPH): "(...) es la infección viral más común del aparato reproductor, provoca prácticamente todos los casos (el 99%) de cáncer de cuello uterino. Cuarenta genotipos distintos del VPH pueden infectar los órganos genitales de hombres y mujeres, incluyendo la piel del pene, la vulva (zona que rodea la vagina) y el ano, así como las paredes de la vagina, el cuello de útero y el recto.

Se transmite a través de las relaciones sexuales sin protección y puede manifestarse con verrugas cutáneas (en la piel) y lesiones en los genitales internos y externos. También afecta las mucosas de los tractos anogenital, oral (boca, garganta) y respiratorio (faringe).

La vacuna en contra del papiloma humano es complementaria y no está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud y por lo tanto un tiene costo.

Es importante resaltar que en Colombia este tipo de cáncer, del papiloma humano, es la principal causa de muerte en las mujeres¹⁸⁹ que están en edad reproductiva, lo que equivale a una tasa de 9,4 por cien mil mujeres y 7.000 casos de cáncer de cuello uterino por año¹⁹⁰.

En datos entregados por el Instituto Nacional de Cancerología en su boletín institucional del mes de diciembre de 2009, destaca que de cada cien mujeres colombianas, más de dos

¹⁸⁹ Bravo M.M. Medina O. Melgarejo D., Serrano M.L. Infección por Virus de Papiloma Humano en una muestra de mujeres jóvenes con citología normal. Revista Colombiana de Cancerología, 2004,8(2): Págs. 5-10

¹⁹⁰ Op. Cit. Pág. 10.

padecen este cáncer antes de llegar a los 65 años de edad. Según este boletín, las mujeres que residen en los departamentos del Meta, Arauca, Tolima, Caquetá y Amazonas tienen el mayor riesgo de muerte debido a la falta de tecnologías disponibles que ya se están utilizando en el mundo.

Por lo anterior, se han presentado varios proyectos de ley mediante los cuales se plantea que la vacuna del papiloma humano sea incluida en el POS, pero hasta la fecha, no ha sido posible se apruebe su inclusión.

La Corte al respecto se ha pronunciado protegiendo el derecho a la sexualidad como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifestando que si la persona comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma. Así cuando el particular que viene siendo atendido por la EPS, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido ordenado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, puede alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud¹⁹¹, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado.

4.6 Insumos: pañales, sillas de ruedas y muletas

¹⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-143 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

Los insumos como pañales y sillas de ruedas, son necesarios para aquellas personas ya sea menores o mayores de edad que tiene un grado de dificultad debido a enfermedades padecidas desde el nacimiento o sobrevinientes, por lo cual requieren de esta clase de elementos, para tener una mejor calidad de vida, como lo ha manifestado la Corte en reiterados fallos, al indicar que el derecho a la vida implica también el tener garantizado unas condiciones aceptables de vida que permitan existir con dignidad. Por tanto, para su protección, no se requiere que la persona este frente a una amenaza de muerte, sino que presente una situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, por consiguiente, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona mayor no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna¹⁹².

El Plan Obligatorio de salud (POS), excluye el suministro de pañales desechables tanto para los menores como mayores de edad¹⁹³. Por consiguiente las EPS se niegan a entregarlos aduciendo que hacen parte del aseo personal, por ende deben estar a cargo de los familiares del paciente, pues *“no constituyen una atención médico – asistencial, ni hacen parte de ningún protocolo médico de atención, ni se encuentran registrados en ninguna guía terapéutica, por lo tanto no determinan un resultado al manejo de la patología y su cobertura no estaría dentro de los alcances de atención en salud y su no cubrimiento por parte del Sistema General de Salud no atenta contra ningún derecho fundamental”*¹⁹⁴

Así que aquellas personas que han requerido de este tipo de insumo han tenido que acudir a la tutela, para solicitar al Juez constitucional ordene a la EPS el suministro de los pañales, para lo cual el juez deberá verificar que el accionante cumple con los requisitos señalados por la

¹⁹² Al respecto y sobre tal protección ha reiterado tal jurisprudencia las Sentencias T- 829 de 2006, T-155 de 2006, T-1219 de 2003, T- 899 de 2002.

¹⁹³ Acuerdo 08 de 2009, artículo 54, numeral 14. Exclusiones en el régimen contributivo. el POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones: Pañales para niños y adultos.

¹⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

jurisprudencial constitucional¹⁹⁵, inaplicando las normas que establecen determinadas exclusiones, esto es, aplica de manera directa las normas constitucionales, con el fin de ordenar a la entidad accionada suministre los insumos requeridos por el afiliado.

De manera general dentro del POS¹⁹⁶ se encuentra autorizado el suministro en calidad de préstamo y con el compromiso que el paciente los devuelva en buen estado, salvo el deterioro normal, de aparatos ortopédicos como muletas, caminadores, bastones y otras estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados.

Conforme a lo anterior, las sillas de ruedas se encuentran fuera del Plan Obligatorio de salud, sin embargo, la Corte ha concedido el amparo solicitado ordenando la entrega de la silla de ruedas, con base en los mismos requisitos que se exige para el suministro de pañales, por una parte, que el servicio prescrito por el médico tratante es necesario y urgente que se le

¹⁹⁵ 1.) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; 2.) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente, 3.) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; 4.) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante

¹⁹⁶ artículo 15. utilización de prótesis, ortesis, aparatos y aditamentos ortopédicos o para alguna función biológica. Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamo en los casos en que aplique, con el compromiso de devolverlos en buen estado salvo el deterioro normal, en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.

Parágrafo: Se suministran prótesis, ortesis, aparatos y aditamentos ortopédicos, material de osteosíntesis, marcapasos, prótesis valvulares y articulares, fundamentalmente para el cumplimiento de alguna función biológica, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán: muletas, caminadores, bastones y otras estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados.

suministre al paciente¹⁹⁷ y por otra, que se cumplan los requisitos jurisprudenciales establecidos para inaplicar las normas legales que excluyen dicho insumo.

4.7 Urgencias: Definición y cobertura

El término urgencia se ha definido como: *"La alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva, tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte"*¹⁹⁸.

El anterior concepto es complementado cuando se define la urgencia como una alteración de la integridad física, mental pero se agrega la funcional, por cualquier causa y en cualquier grado que pueda comprometer la vida y que requiera de la intervención oportuna de los servicios de salud con el fin de conservar la vida y evitar futuras complicaciones¹⁹⁹.

De acuerdo con el concepto de urgencia, la atención de ella va hasta estabilizar el paciente en sus signos vitales, realizar una impresión diagnóstica y definirle el destino inmediato. Quien define si es una urgencia, es el médico que atiende²⁰⁰.

Existen diferentes tipos o clases de urgencias: a.) Atención de urgencias que se define como la prestación oportuna de servicios de atención en salud mediante actividades, procedimientos e intervenciones en una institución prestadora de servicios de salud, para la atención de usuarios

¹⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-514 de 2006, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹⁸. Decreto 412 de 1992 artículo 3°

¹⁹⁹ Acuerdo 08 de 2009, numeral 40 artículo 8° de la COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD: "la alteración de la integridad física, funcional y/o mental de una persona, por cualquier causa, con cualquier grado de severidad que comprometen su vida o funcionalidad y que requieren acciones oportunas de los servicios de salud a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas permanentes o futuras"

²⁰⁰ DEFENSORIA DEL PUEBLO. Derechos de los usuarios en el servicio de Urgencias. Bogotá, D. C., 2006 Pág.11

que cumplan con las condiciones definidas en el numeral 40 del presente artículo y en el capítulo 5 del presente Acuerdo²⁰¹ y b.) Atención inicial de urgencia, que se define como las acciones realizadas a una persona con patología que requiere atención de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y determinar el destino inmediato, de tal manera que pueda ser manejado, trasladado, remitido o diferido, para recibir su tratamiento posterior definitivo. La estabilización de signos vitales implica realizar las acciones tendientes a ubicarlos dentro de parámetros compatibles con el mínimo riesgo de muerte o complicación, no necesariamente implica la recuperación a estándares normales, ni la resolución definitiva del trastorno que generó el evento²⁰².

Algunos aseguradores y prestadores vienen utilizando el término "urgencia vital", pero legalmente este término no existe, menos como mecanismo para negar en algunos casos la atención de urgencia. Eso es ilegal. No existe la urgencia vital. Las negaciones sumarias son una violación a los derechos de los pacientes. Todo caso debe ser atendido por un médico.

Cabe señalar que la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas o privadas que presten servicios de salud²⁰³, a todas las personas, independientemente de su capacidad de pago, así mismo, establece que su prestación no requiere contrato ni orden previa²⁰⁴,.

²⁰¹ *Ibíd*em, numeral 5°.

²⁰² *Ibíd*em, numeral 6°.

²⁰³ Ley 100 de 1993, artículo 168, Resolución 5261 de 1994, artículo 10. La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados en salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia, en este sentido, todas las entidades o establecimientos públicos o privados que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la EPS

²⁰⁴ Ley 715 de 2001, artículo 67. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas a las entidades públicas o privadas que presten servicios de salud a todas las personas. Para el pago de los servicios no se requiere contrato u orden previa y el reconocimiento de su costo se efectuará mediante resolución motivada

Dentro de la atención inicial de urgencias esta contemplado que este servicio se garantizará a todas las personas residentes en nuestro territorio, los costos serán asumidos por la EPS ya sea pública o privada a la cual se encuentre afiliada la persona o al FOSYGA. Con lo cual los extranjeros deben ser atendidos por los servicios de urgencia²⁰⁵,.

A este respecto también la Superintendencia Nacional de Salud²⁰⁶ se ha señalado que la todas las entidades públicas o privadas están obligadas a prestar el servicio de atención de urgencias, a todas las personas sin interesar su capacidad económica.

En lo que corresponde con el tiempo que debe tener una persona afiliada al sistema de salud, tendrá una cobertura inicial de urgencias con todos los procedimientos médicos que ella conlleve²⁰⁷.

en caso de ser un ente público el pagador. La atención de urgencias en estas condiciones no constituye hecho cumplido para efectos presupuestales y deberá cancelarse máximo en los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura.

²⁰⁵ Decreto reglamentario 806 de 1998, artículo 16 "El sistema general de seguridad social en salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la entidad promotora de salud o administradora del régimen subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al FOSYGA en los eventos descritos en el artículo precedente".

²⁰⁶ Circular Externa 014 de 1995, primer inciso del numeral 4.1 "La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas o privadas que presten servicios de salud a todas las personas, independientemente de su capacidad socioeconómica. (Artículo 2 Ley 10 de 1990, artículo 2 Decreto 412 de 1992 y artículo 168 Ley 100 de 1993) y del régimen al cual se encuentre afiliado. No se requiere convenio o autorización previa de la entidad promotora de salud respectiva o de cualquier otra entidad responsable o remisión de profesional médico, o pago de cuotas moderadoras. (Artículo 168 Ley 100 de 1993. Artículo 10 resolución 5261 de 1994 Minsalud). Esta atención, no podrá estar condicionada por garantía alguna de pago posterior, ni afiliación previa al Sistema General de Seguridad Social en Salud".

²⁰⁷ Decreto reglamentario 047 de 2000 artículo 12."En concordancia con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, durante los primeros treinta días a partir de la afiliación del trabajador dependiente se cubrirá únicamente la atención inicial de urgencias, es decir, todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia consistentes en: a) Las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales; b) La realización de un diagnóstico de impresión, y c) La definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia tomando como base el nivel de atención y el grado de

Podemos concluir que el Sistema General de Seguridad Social en Salud determina que el servicio de atención inicial de urgencias se debe prestar teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1. Todo prestador de servicios de salud, se encuentra obligado a prestar la atención inicial de urgencias.
2. Siendo claro que para el pago de los servicios prestados no se requiere contrato u orden previa.
3. Por lo cual, el prestador deberá facturar la prestación de los mismos a la entidad responsable en el Sistema General de Seguridad Social.
4. Esto es: si se trata de un afiliado al régimen contributivo su prestación deberá facturarse a la respectiva EPS de afiliación del paciente atendido; si es afiliado al régimen subsidiado su facturación se efectuará a la EPS-S correspondiente y tratándose de la población pobre no cubierta con subsidios, teniendo en cuenta las competencias establecidas²⁰⁸ en materia de prestación de servicios de salud a dicha población, la atención inicial de urgencias se deberá facturar a la entidad territorial (Dirección Departamental; Distrital o Municipal) del lugar donde se encuentre domiciliado o resida el paciente objeto de la atención.

complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud. Las autoridades de inspección y vigilancia velarán por el estricto cumplimiento de esta disposición.

En ningún caso se podrá exigir contrato u orden previa para la atención inicial de urgencias. No obstante, conforme las disposiciones legales es deber de las entidades promotoras de salud a efectos de proteger a sus afiliados, velar por la racionalidad y pertinencia de los servicios prestados y garantizar el pago ágil y oportuno a la institución de salud a la cual ingresó el afiliado, expedir las correspondientes autorizaciones, cartas de garantía o documentos equivalentes, esenciales en el proceso de pago de cuentas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil. Una vez se establezca la persona". y se defina su destino inmediato, será requisito indispensable para la realización de los siguientes procedimientos la autorización por parte de la entidad promotora de salud.

PAR.-Los trabajadores independientes y sus beneficiarios tendrán derecho a partir de la fecha de su afiliación y pago a los beneficios señalados en el plan obligatorio de salud."

²⁰⁸ Ley 715 de 2001, artículos 43, 44 Y 45

Según la Corte, la atención inicial de urgencias puede ser definida como: *"El conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias"*. La Corte²⁰⁹ se refiere sobre un caso en particular que puede servir de ilustración para lo que piensa esta entidad acerca de quien debe ser el personal idóneo que atienda las urgencias médicas.

"(...) Es claro que la atención inicial de urgencia puede cumplirla un médico general, no especializado en anestesiología. Con mayor razón si se tiene en cuenta el artículo 4º del Decreto 3380 de 1981, cuyo texto es el siguiente:

ART. 4º-Con excepción de los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios por las siguientes causas:

- a) Si se comprueba que el caso no corresponde a su especialidad, previo examen general;*
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya sin su previo consentimiento, y*
- c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas, entendiéndose por éstas, no sólo la formulación de tratamientos sino también los exámenes, juntas médicas, interconsultas y otras indicaciones generales que por su no realización afecten la salud del paciente.*

4.8 Medicamentos: Dentro del POS, clases de medicamentos, medicamentos fuera del POS.

²⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280 de 1995. Magistrado Sustanciador: Jorge Arango Mejía

El Plan Obligatorio de salud²¹⁰ ha establecido un listado de medicamentos a los cuales tienen derecho sus afiliados, mediante un Manual de medicamentos y Terapéutica²¹¹. Estos medicamentos son considerados esenciales y deben ser entregados por cualquiera entidad (pública o privada) que preste servicios de salud o planes de beneficios dentro del sistema de Seguridad social, con criterios de calidad y oportunidad.

Los medicamentos se clasifican en:

- a.) *medicamento esencial*²¹², se define como aquel que reúne características de ser el más costo-efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbilidad de una comunidad y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país.
- b.) *Medicamento genérico*²¹³, se entiende como aquel que utiliza la denominación común internacional para su prescripción y expendio. Ejemplo. Ácido acetilsalicílico.
- c.) *Medicamento vital no disponible*, es aquel que es indispensable e irremplazable para salvaguardar la vida o aliviar el sufrimiento de un paciente o un grupo de pacientes y

²¹⁰ Ley 100, artículo 162, inciso 2°. "...Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud, será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica.

²¹¹ Es un listado de medicamentos considerados esenciales, los cuales deben ser entregados por cualquier entidad (pública o privada) que preste servicios de salud o planes de beneficios dentro del Sistema de Seguridad Social, con criterios de calidad y oportunidad. El Gobierno Nacional expide un acuerdo en el cual informa el listado para medicamentos conforme los diferentes tipos de enfermedad (para la lepra, tuberculosis, malaria, anticonceptivos, infecciones, diarrea, salud oral, vacunas, sueros, antihistamínicos, antibacterianos, antiparasitarios, antivirales, cardiovasculares, antiinflamatorios, diuréticos, laxantes, hormonales, para nariz, ojos, piel, corticoides, relajantes musculares, para el sistema nervioso, anestesia, cáncer, sida, trasplantes, etcétera)

²¹² Acuerdo 08 de 2009, artículo 39, numeral 4°

²¹³ *Ibidem*, numeral 5°.

*que por condiciones de baja rentabilidad en su comercialización, no se encuentra disponible en el país o las cantidades no son suficientes*²¹⁴.

*d.) Medicamento de marca es aquel que es comercializado con un nombre que lo distingue de propiedad o uso de un laboratorio farmacéutico determinado, Ejemplo: Aspirina, Asawin, entre otros, son marcas que corresponden al mismo principio activo Acido Acetil salicílico. En la mayoría de los casos, el nombre de los medicamentos de marca está todavía bajo la protección de las patentes, lo que significa que el fabricante es la única fuente para el producto, pero en muchos países este no es el caso, y una alternativa genérica es fácilmente disponible*²¹⁵.

En el evento que el médico tratante formule al paciente un medicamento que no esté dentro del listado oficial de medicamentos, las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité Técnico Científico²¹⁶ por el médico tratante de la EPS ya sea

²¹⁴ Decreto Número 481 DE 2004, artículo 2°

²¹⁵ <http://www.todoenmedicamentos.com/genericos-vs-marca>

²¹⁶ Resolución 3099 de 2008, artículo 7º. Procedimiento para la evaluación, aprobación y desaprobación. Las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento: a) La o las prescripciones u órdenes médicas y justificación en caso de ser un medicamento no incluido en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentadas por escrito por el médico tratante adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente, el nombre del medicamento en su denominación común internacional, identificar su grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día y cantidad autorizada del medicamento solicitado y el nombre del medicamento en su denominación común internacional del medicamento o de los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se rempazan o sustituyen, con la descripción de su principio(s) activo(s), concentración y forma farmacéutica, y el número de días/tratamiento y dosis equivalentes al medicamento autorizado, y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística. b) La o las prescripciones u órdenes médicas y justificación en caso de ser un servicio médico o prestación de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentada por escrito por el médico tratante adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente y la identificación del o los servicios médicos y prestaciones de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se rempazan o sustituyen, equivalentes al o los servicios médicos y prestaciones de salud autorizados, y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística. c) El Comité, dentro de la siguiente sesión a la presentación de la o las prescripciones u órdenes médicas y justificación por parte del médico tratante, deberá establecer su pertinencia y decidir sobre la petición presentada mediante la elaboración de la respectiva acta. d) Si se requiere allegar información o documentación adicional, en la misma sesión, el Comité la solicitará al

Contributiva como Subsidiada, justificando por escrito el haber ordenado el medicamento que se encuentra fuera del POS, adjuntando resumen de historia clínica del paciente, la identificación del o los servicios médicos y prestaciones de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se remplazan o sustituyen, equivalentes al o los servicios médicos y prestaciones de salud autorizados, y si es necesario, la información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística. Cuando el Comité requiera más información o conceptos de otros profesionales de la misma especialidad, deberá informar de esta situación al médico tratante, dentro de los dos días siguientes, de haber recepcionado la solicitud, debiendo pronunciarse dentro de un término de ocho días, teniendo en cuenta que el Comité debe reunirse por lo menos una (1) vez a la semana, para tramitar oportunamente las solicitudes, relacionadas con sus funciones.

No obstante haber tramitado la solicitud ante el Comité y las EPSs se niegan definitivamente a suministrar el medicamento, la Corte ha señalado que cuando esté de por medio la vida y la salud de una persona se deberá suministrar el medicamento así se encuentre fuera del listado de medicamentos del POS. En este caso, se ha pronunciado señalando los siguientes requisitos para que proceda mediante la tutela el suministro de los mismos: a) Cuando el medicamento que esta fuera del POS, a criterio del médico tratante, no puede ser sustituido por alguno que si está dentro del POS y es necesario para la atención adecuada del caso; b) Cuando el medicamento que esta dentro del POS, aunque esté indicado para tratar el caso,

médico tratante, quien debe suministrarla dentro de los dos (2) días siguientes. Así mismo, si se requiere conceptos adicionales al emitido por el médico tratante, se solicitarán entre profesionales de la salud de la misma especialidad en el término anteriormente establecido. El Comité, dentro de la semana siguiente, deberá decidir sobre la autorización o negación de la petición formulada. e) El Comité podrá autorizar tratamientos ambulatorios hasta por un máximo de tres (3) meses, tiempo que se considera pertinente para que el Comité Técnico-Científico nuevamente analice el caso y si la respuesta al tratamiento es favorable, determine la periodicidad con la que se continuará autorizando y suministrando el medicamento, el que en ningún caso podrá ser por tiempo indefinido.

tiene efectos desfavorables o contraproducentes para la salud del paciente que superan sus beneficios. c.) Cuando se han agotado las posibilidades terapéuticas de los medicamentos que se encuentran dentro del POS sin obtener resultados satisfactorios, y existe la posibilidad de que los resultados esperados si se logren con un medicamento que está fuera del POS, y no exista otra manera de proteger la vida y la salud de la persona²¹⁷.

4.9 Enfermedades de alto costo.

Son definidas como enfermedades de alto costo o de tipo catastrófico²¹⁸, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos: trasplante renal, diálisis, Neurocirugía-sistema nervioso, cirugía cardiaca, reemplazos articulares, manejo del gran quemado, manejo del trauma mayor, manejo de pacientes infectados por VIH, quimioterapia y radioterapia para el cáncer, manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos, tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas.

Se habló por primera vez de las enfermedades de alto costo en la Ley 100 de 1993²¹⁹, cuando se exigió el reaseguro a dichas enfermedades como garantía para el cumplimiento integral del Plan Obligatorio de salud, como mecanismo para hacer frente a los problemas de selección

²¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 741 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

²¹⁸ Decreto 5261 de 1994, artículo 117

²¹⁹ Ley 100 de 1993, artículo 162 Parágrafo 4º: Toda Entidad Promotora de Salud reasegurarán los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo.

adversa²²⁰ y de riesgos costosos²²¹ por parte de toda entidad Promotora de salud (EPS) ya sea pública o privada.

Al momento de vincular a una persona a una EPS, éstas Entidades no pueden rechazar a aquellos pacientes que padecen enfermedades de alto costo, aun cuando ellas si pueden hacer uso ciertas estrategias para evitar la selección adversa y la selección de riesgos, ya que la primera, perjudica la sostenibilidad financiera del sistema y la segunda atenta contra los derechos de acceso y de libertad de escogencia de los usuarios. Tales estrategias comprenden (i) el ajuste de la Unidad de Pago por Capitación para pacientes con enfermedades de alto costo²²², (ii) la imposición en cabeza de las administradoras de la obligación de suscribir contratos de reaseguro para el cubrimiento de los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo²²³, (iii) la restricción a la movilidad de los pacientes de alto costo²²⁴, (iv) el diseño de un mecanismo de redistribución de los afiliados que padecen de

²²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-797 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. la selección adversa hace alusión al problema que se deriva de la información privilegiada que tienen los individuos sobre su estado de salud, y se concreta en que las personas que tienen peor condición de salud son las que con mayor probabilidad buscarán aseguramiento, mientras que aquéllas que gozan de buena salud probablemente no contratarán un seguro de enfermedad, con lo que las compañías de seguro afrontarán una selección sesgada o adversa de los clientes y, si basan sus primas en la incidencia media de los problemas de salud poblacional, seguramente obtendrán pérdidas y, en el largo plazo, quebrarán.

²²¹ Ibídem. la selección de riesgos, hace referencia al comportamiento de las compañías de seguros de rechazar el aseguramiento de aquellos pacientes con un elevado riesgo de enfermarse o ya enfermos.

²²² Acuerdos 217 de 2001 y 227 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sobre esta norma dijo la Corte, en Sentencia T-10 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: *“Luego de varios años (en 2001) y ante la evidencia de que la restricción impuesta por el Decreto 1485 de 1994 era una herramienta insuficiente para controlar la concentración de los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) adoptó una nueva medida para solucionar el problema. Modificó el cálculo según el cual se establece el monto de dinero que debe entregar el administrador de los recursos del Sistema a las EPS y ARS, a título de cada una de las personas afiliadas, de tal forma que se tenga en cuenta “la desviación del perfil epidemiológico”. Esta segunda medida apuntó a la solución de los efectos inmediatos del problema, pues no pretende redistribuir los costos “altos” dentro del Sistema, sino reconocer la inequidad existente actualmente y tenerla en cuenta como un criterio para la distribución de los recursos (Acuerdos 217 y 227 de 2001 y 2002, respectivamente, del CNSSS)”*,

²²³ Ley 100 de 1993, artículo 162

²²⁴ Decreto 1485 de 1994, artículo 14.

enfermedades de alto costo entre las diferentes EPS para evitar su concentración²²⁵ y (v) la asunción de políticas de prevención de enfermedades de alto costo²²⁶ .

En este sentido la Corte ha manifestado que con el fin de evitar la selección adversa y la selección de riesgos, el Estado exige a las EPS que acrediten periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados, de manera que se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de diferentes grupos de riesgo. Adicionalmente, la ley prohibió la aplicación de preexistencias, a la vez que excluyó del sistema la posibilidad de rechazar las solicitudes de afiliación de los interesados, con lo que garantiza el derecho de acceso al sistema de salud²²⁷ .

Dentro del Sistema subsidiado en salud se establecieron mecanismos para evitar la selección adversa de usuarios²²⁸, estos comprenden (i) un listado de priorizados que debe actualizarse al menos dos veces al año y presentarse a todas las EPS-S cuya adecuación con las reglas de potenciales beneficiarios será objeto de vigilancia y control por parte de la personería municipal o distrital, y (ii) períodos mínimos de permanencia de afiliados a las EPS-S, cuando éstos hayan sido atendidos por enfermedades ruinosas o catastróficas.

La existencia de leyes y normas reglamentarias no permiten que una Entidad Prestadora de Salud rechace una solicitud de afiliación de una persona aduciendo que su aceptación constituye una selección adversa, en este sentido la Corte ha manifestado *que “no es dable*

²²⁵ El Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS. La política de alto costo de que trata el presente Acuerdo, tendrá los siguientes componentes: i) Redistribución del riesgo, ii) El control de la selección del riesgo, iii) El Modelo de atención, iv) Vigilancia Epidemiológica

²²⁶ Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

²²⁷ Op. Cit. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-797 de 2008.

²²⁸ Acuerdo 227 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Capítulo II.

aceptar dicha posición, como quiera que el Régimen de Seguridad Social ha diseñado instituciones de salvamento para asegurar la estabilidad financiera de los administradores y el acceso indiscriminado de los habitantes del territorio nacional al Sistema de Seguridad Social en Salud²²⁹.

Igualmente ha dicho que en caso de que una Entidad prestadora de salud ya sea del régimen contributivo o subsidiado de salud considere que la afiliación de un paciente de alto costo amenaza su sostenibilidad financiera y constituye una carga desproporcionada para su normal funcionamiento, y pretenda rechazar la solicitud de afiliación de una persona por tratarse de una selección adversa, *“deberá demostrar rigurosamente que todos los mecanismos institucionales referidos anteriormente resultan insuficientes para hacer frente a los efectos perversos de dicha vinculación y que, previamente ha objetado la lista de priorizados como dispone el parágrafo del artículo 10 del Acuerdo 227 de 2002 del CNSSS y que ha elevado la correspondiente queja ante la personería municipal o distrital”²³⁰.*

Por tanto, el rechazo de una solicitud de afiliación se constituye en una violación del derecho a la igualdad de las personas, al tiempo que atenta contra los derechos a la salud, la libertad de escogencia, la autonomía individual y la dignidad humana, por lo que aparece como una situación censurable constitucionalmente por comportar, en principio, una selección de riesgos del administrador del sistema de salud.

4.10 Trasplante: definición, normatividad: trasplantes que cubre y no cubre el POS y como se protege el derecho.

²²⁹ *Ibidem*. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-797 de 2008

²³⁰ *Ibidem*

Se entiende por trasplante el cambio de ubicación espacial de un órgano hacia un sujeto distinto del originario, con el fin de mantener las funciones del órgano desplazado, en el organismo receptor.

En Colombia la historia del trasplante comenzó en 1946 cuando se realizó el primer trasplante de córnea, en el Hospital San Juan de Dios; allí mismo se efectuó el primer trasplante de órgano (riñón) en 1966. Después del trasplante de córnea siguió el de válvulas cardíacas, de 1959, en la Clínica Shaio; el de huesos realizado en el Hospital San Ignacio, en 1986. Medellín es la ciudad pionera en trasplante hepático y cardíaco. Se realizaron en el Hospital San Vicente de Paúl (1979) y en la Clínica Santa María (1985). Tres años más tarde, en 1988, en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, tuvo lugar el primer trasplante de páncreas y en 1998, el primer trasplante de pulmón en Medellín en la Clínica Cardiovascular Santa María, en 2003 el primero de tráquea en el mundo y en el 2005 el primero de intestino, ambos en el Hospital San Vicente de Paúl de Medellín²³¹.

En el sistema de seguridad social de salud, la legislación sobre trasplantes es relativamente completa, así, los trasplantes de córnea y riñón están incluidos en el POS tanto del régimen contributivo como del subsidiado desde 1994; el de corazón aparece en el contributivo desde el mismo año según la resolución 5261 y en el subsidiado a partir de 1995; el de médula figura desde 1994; y en 2004 con el Acuerdo 282, se incluyó el trasplante de hígado para el régimen

²³¹ <http://www.slideshare.net/juanchoparra/extraccion-y-trasplante-de-organos-presentation>

contributivo. Sin embargo, esta inclusión en los Planes Obligatorios de Salud, no garantiza que los colombianos accedan a ellos con la fluidez que la ley permite²³².

En cuanto a las Entidades que se encuentran autorizadas para realizar trasplantes están aquellas Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que se encuentren debidamente habilitadas con programas de trasplante, ante las sedes de las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Transplantes de la respectiva jurisdicción²³³.

Para que la Corte ordene la práctica de un trasplante de órgano es necesario que sea la única alternativa de manejo de la enfermedad y se hace para conservar la vida del paciente²³⁴.

Respecto del criterio para decidir a quién se le trasplanta un órgano es el técnico, la Corte ha establecido algunas reglas a través de casos que constituyen precedentes así²³⁵:

1. En todos los eventos en los que por vía de tutela se solicita el trasplante de órganos, la Corte ha tenido como eje fundamental de la decisión el concepto del médico tratante y los protocolos existentes para la práctica de estos procedimientos, quienes tienen el

²³² elpulso@elhospital.org.co. Juan Carlos Arboleda Z. El drama de los trasplantes: incluidos pero no aprobados. Septiembre 2007.

²³³ Decreto 2640 de 2005, artículo 1° La presente resolución tiene por objeto: 1. Establecer los requisitos de inscripción de los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que se encuentren habilitadas con programas de trasplante, ante las sedes de las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Transplantes de la respectiva jurisdicción. 2. Reglamentar la designación y período de los representantes del sector privado en los Comités Asesores de las Coordinaciones del nivel nacional y regionales de la Red de Donación y Transplantes. 3. Determinar la ubicación de las sedes de las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Transplantes. 4. Asignar nuevas funciones a las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Transplantes. 5. Establecer condiciones para la definición de criterios técnico - científicos de asignación de componentes anatómicos. 6. Definir los requisitos para expedir la autorización de utilización de cadáveres no reclamados a las entidades que desarrollan actividades de docencia e investigación. 7. Establecer otras disposiciones sobre componentes anatómicos, tejidos, necropsias, transporte de órganos y otros componentes, transporte de tejidos, notificación de donantes potenciales y vigilancia epidemiológica.

²³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1131 de 2004. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

²³⁵ *Ibidem*.

conocimiento de la *lex artis*²³⁶, para decidir la conveniencia o no de un trasplante. De no constatarse la existencia de este tipo de valoraciones, conceptos y prescripciones, la Corte no ordena directamente la práctica del procedimiento sino la conformación de comités médicos y científicos que se encarguen de definir sobre la viabilidad y utilidad de un procedimiento que involucre un trasplante; si por el contrario, en el proceso de tutela aparece probado que el trasplante ya fue ordenado cumpliendo todos los requisitos legales y científicos para ello, y no es practicado por una razón diversa a la conveniencia que éste tiene para la salud del paciente, esta Corporación ha ordenado su práctica atendiendo la urgencia y gravedad que reviste la técnica de un trasplante.

2. Al estudiar el caso de una persona que requería de un trasplante de riñón, pero que no había realizado todos los procedimientos correspondientes al protocolo previo al trasplante renal ni los trámites pertinentes al interior de su E.P.S., la Corte ordenó a la entidad demandada realizar las gestiones necesarias tendientes a evaluar la viabilidad del citado procedimiento, pues reiteró que al juez de tutela no le es posible tomar este tipo de decisiones sin un soporte médico y científico que se lo permita. En este punto la jurisprudencia de esta Corporación²³⁷ ha sido enfática en precisar la oportunidad y eficacia de los procedimientos en salud que debe estar determinada por consideraciones médicas, que no le compete al juez constitucional, sustituir la valoración especializada del médico tratante y dar ordenes relativas a la realización de una cirugía en un hospital y ciudad determinada, sin orden médica que respalde tal actuación²³⁸.

²³⁶ La constituyen los criterios a partir de los cuales, se debe regir un facultativo médico, considerándose como mala praxis medica, los casos en los que la actuación del facultativo no se encuentre entre los mismos.

²³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-109 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

²³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1038 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

3. En otras situaciones, cuando se probó que ya se habían realizado todas las valoraciones médicas y los trámites encaminados a la realización de un trasplante y aún así éste era negado por razones diferentes a la conveniencia para el paciente o a su estado de salud, la Corte concedió la protección reclamada, ordenando a la entidad correspondiente la práctica del procedimiento quirúrgico prescrito por el médico tratante o por el equipo de médicos encargado de ello²³⁹.

En lo que respecta a la prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia, no hay diferencia de nacionalidad para decidir a quien se trasplanta. Los únicos criterios que se tienen en cuenta son los técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención²⁴⁰.

En Colombia si bien es permitido el trasplante de órganos, su comercialización se prohíbe, y se tipifica como delito su tráfico²⁴¹. De igual manera se prohíbe la remuneración o cualquier tipo

²³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 1069 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴⁰ Ley 919 de 2004, artículo 40. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRASPLANTE O IMPLANTE A EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA. La prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.

La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional.

²⁴¹ Artículo 1º: “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos.

de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido²⁴². En consecuencia se prohíbe el pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al Banco de Tejidos o de Médula Ósea, a la IPS, la EPS o a cualquier otra persona natural o jurídica.

En referencia al tiempo de espera para que una persona sea trasplantada, en el caso específico de trasplante hepático, según la Corte es de un promedio de 12 meses, sin embargo, hay casos en los cuales se ha superado dicho plazo, no obstante existir un fallo de tutela que ordenaba a la EPS la practica de dicho trasplante en un lapso de 15 días siguientes una vez se han obtenido los resultados de los exámenes médicos pre-trasplantes²⁴³.

Voces medicas autorizadas se han pronunciado en lo concerniente a como se manejan los trasplantes en el país. Así, el Doctor Álvaro Velásquez, pionero de los trasplantes en Colombia, manifiesta que nuestro país tiene una legislación muy avanzada comparada con

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación”

²⁴² Decreto 2640 de 2004, artículo 15. PROHIBICIÓN DE REMUNERACIÓN. Se prohíbe la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto, particularmente se prohíbe: 1. Gratificación o pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al Banco de Tejidos o de Médula ósea, a la IPS, la EPS, o cualquier otra persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos. 2. El cobro al receptor por el órgano trasplantado. 3. La publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. PARÁGRAFO 1o. Se exceptúa del presente artículo los costos ocasionados por la detección y mantenimiento del donante, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el trasplante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento. PARÁGRAFO 2o. La extracción y costos conexos no podrán cobrarse en ningún caso al donante vivo o a la familia del donante fallecido, pero podrán incluirse como parte de los costos del trasplante

²⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 568 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.”...Al respecto, es preciso recordar que de acuerdo con la información suministrada por las distintas fuentes consultadas por la Corte Constitucional, el tiempo promedio de espera en la lista para trasplante hepático, no supera los 12 meses. Sin embargo, en el caso de la señora Hilda María Daza García este límite temporal se ha sobrepasado por más de dos años. De acuerdo con lo informado por la Fundación Valle del Lili esto se pude explicar de la siguiente forma: “El tiempo no se puede determinar con certeza, sin embargo por su clasificación de gravedad de enfermedad hepática las posibilidades de complicaciones mayores en el siguiente semestre son bajas...”

Latinoamérica y otros países del mundo, pero ésta no se cumple: "El problema es que las EPS, a pesar de que estos trasplantes están en el POS, no los autorizan; ahora hay en el país 13.200 pacientes en diálisis, de los cuales el 70% se podrían trasplantar (unos 9.000 pacientes) y las EPS sólo autorizan números ínfimos, por ejemplo, 35 pacientes para un grupo de trasplantes; hay legislación, pero no política de salud, y el Estado colombiano no hace cumplir su propia legislación"²⁴⁴. La aprobación de un trasplante en Colombia no se relaciona en primera instancia con las necesidades médicas, ni a las exigencias de las tutelas, que en la mayoría de los casos son dilatadas en el tiempo; por el contrario: se organizan basadas en una lógica administrativa: "Las EPS determinan el capital que utilizarán en determinada vigencia para trasplantes, y dependiendo de esa cifra deciden el número de pacientes a trasplantar, independiente de cuantos pacientes lo necesitan", concluyó el doctor Velásquez. Debido a la escasez de órganos para trasplantes se ha pensado en una solución a partir de los xenotrasplantes, que según el profesor Robert Winston, estudioso durante años de esta posibilidad a partir de "cerdos de diseño", quien se muestra muy optimista con esta solución, pero que ha sido bastante cuestionado no solo por razones o problemas éticos y psicológicos que estos puedan representar para las personas trasplantadas sino también que el órgano puede ser rechazado por el sistema inmune, además en los xenotrasplantes el problema es aún más grave ya que todas las células mamíferas poseen marcadores que permiten que el sistema inmune los reconozca como foráneos²⁴⁵.

4.11 Cirugías: Cosméticas o Estéticas

²⁴⁴ elpulso@elhospital.org.co. ARBOLEDA Z, Juan Carlos. El drama de los trasplantes: incluidos pero no aprobados.

²⁴⁵ www.slideshare.net/.../extracción-y-trasplante-de-órganos-presentation - Estados Unidos.

Cuando se hace referencia a lo estético, cosmético o suntuario, según lo definido por la Real Academia de la Lengua Española, se alude a lo “artístico, de aspecto bello y elegante”; a un producto que “se utiliza para la higiene o belleza del cuerpo”, o a lo “perteneiente o relativo al lujo”, respectivamente.

La cirugía estética es definida como la “rama de la cirugía plástica, en la cual es objetivo principal el embellecimiento de una parte del cuerpo” (Resalta la Sala) y no la superación de una enfermedad²⁴⁶.

La cirugía plástica se ha dividido desde un punto de vista práctico en dos campos de acción²⁴⁷:

- a.) Cirugía reconstructiva o reparadora, que incluye a la microcirugía, está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, los defectos de una malformación congénita y de una resección tumoral u oncológica. Este tipo de cirugía hace uso de distintas técnicas: de osteosíntesis²⁴⁸, de traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas, etc.
- b.) Cirugía estética o cosmética, es realizada con la finalidad de modificar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente. En muchos casos, sin embargo, hay razones médicas, caso de: mamoplastia de reducción cuando hay problemas ortopédicos

²⁴⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 711 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

²⁴⁷ [es.wikipedia.org/wiki/Cirugía_plástica](https://es.wikipedia.org/wiki/Cirug%C3%ADa_pl%C3%A1stica)

²⁴⁸ es un tratamiento quirúrgico de fracturas, en el que éstas son reducidas y fijadas en forma estable. Para ello se utiliza la implantación de diferentes dispositivos tales como placas, clavos, tornillos, alambre, agujas y pines, entre otros. Inicialmente estos implantes estaban fabricados de acero de grado médico, pero al ir evolucionando se han sumado otros materiales más biocompatibles como aleaciones de titanio y polímeros bioabsorbibles como el PLLA (polímero de ácido poliláctico).

en la columna lumbar, o la blefaroplastia²⁴⁹ en casos graves de dermatocalasia²⁵⁰ que incluso impiden la vista.

Esta división ha sido marcada por la sociedad, y los servicios de salud pública y privados (compañías de seguros), pues los servicios de salud solo cubrirán los gastos de cirugía plástica que estén relacionados a enfermedades congénitas, adquiridas y a los accidentes. Pero no cubrirán los gastos de cirugía plástica asociados a la mejoría estética de la persona.

Existe una tercera clase de cirugía plástica es aquella cuyos fines son reconstructivos funcionales, es decir, buscan la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema²⁵¹, lo cual debe hacerse conforme lo establece el Manual de Actividades, procedimientos e intervenciones.

En relación a las limitaciones y exclusiones que se establecieron dentro del Plan Obligatorio de salud, se estipularon todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como “*cosméticos, estéticos o suntuarios*”, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en

²⁴⁹ Es una cirugía que tiene la finalidad de rejuvenecer la apariencia del rostro a través de la intervención de los párpados.

²⁵⁰ Es el exceso de la piel en los párpados superiores, causando la obstrucción de la visión. Por razones funcionales o estéticas, este padecimiento debe ser tratada quirúrgicamente por medio de la blefaroplastia

²⁵¹ Acuerdo 289 de 2005 del CNSS, artículo 1° Artículo 1°. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo. Cirugías Reparadoras de Seno; Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado; Tratamiento para gran quemado.

Los anteriores procedimientos se encuentran incluidos en los términos y condiciones de cada régimen establecidos en las normas que definen el plan de beneficios correspondiente, sin que en ningún caso implique un incremento en las coberturas actuales.

Salud, incluyendo la cirugía estética con fines de embellecimiento²⁵², con el fin de dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia establecidos en la ley 100 de 1993.

En conclusión las cirugías plásticas, cosméticas o suntuarias se encuentran excluidas, ya que no contribuyen al diagnóstico, tratamiento ni a la rehabilitación de la enfermedad²⁵³, porque el objeto de los servicios de salud contemplados dentro del POS, es el de resolver o mejorar las condiciones producidas por alguna enfermedad.

Así, en aras de proteger el derecho a la salud y a la vida digna, la Corte se ha pronunciado a favor de las personas que han requerido de una cirugía estética, pero cuyos fines son la recuperación funcional de algún órgano²⁵⁴, o tiene como objeto poner fin a dolores o afecciones dorsales como el caso: de la cirugía estética de “mamoplastia reductora²⁵⁵”

²⁵² Decreto 5261 de 1994, artículo 18. De Las Exclusiones Y Limitaciones Del Plan Obligatorio De Salud. “En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: a. Cirugía estética con fines de embellecimiento...”

²⁵³ Decreto 806 de 1998, artículo 10. Exclusiones Y Limitaciones. Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.

²⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Ibíd.*

²⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-119 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. En este caso se argumentó: “...en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional -cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales...” .

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a las exclusiones definidas en el Plan Obligatorio de Salud relacionadas con la cirugía estética o cosmética, justifica su exclusión, por una parte, atendiendo a que el sistema de seguridad social dispone de escasos recursos, por tanto, se debe hacer una buena administración de los mismos destinándolos a objetivos verdaderamente prioritarios o indispensables, cumpliendo así con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad contemplados en la ley. Por otra, al excluir las cirugías cosméticas o estéticas no se afecta los derechos fundamentales de quien solicita el servicio, ya que no conlleva efectos negativos a la salud²⁵⁶. Por consiguiente, dice la Corte, las cirugías estéticas que están excluidas del POS son aquellas que tengan fines de embellecimiento, no las que persigan alivio o solución a los padecimientos o afecciones físicas que sufran el afiliado o beneficiario²⁵⁷”

En conclusión para que se conceda el amparo del derecho a la salud, cuando se solicita una cirugía estética, es condición necesaria que guarde estrecha relación con la recuperación funcional de algún órgano, y que la exclusión o negación al tratamiento vulnere derechos fundamentales, pero además se deben cumplir con los requisitos establecidos por la Corte para que se pueda inaplicar la normatividad establecida en el POS, es decir: se debe constatar que: (i) la exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, según sea el caso, amenace los derechos constitucionales del afectado; que (ii) se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por otro que tenga la misma efectividad y que se encuentre incluido en el POS; (iii) el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema;

²⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-711 de 2008. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería

²⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-711 de 2008, T-1251 de 2000, T-389 de 2001, T-948 de 2004 y T-913 de 2005.

y que (iv) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el accionante²⁵⁸.

Así una vez el juez constitucional verifique que el tutelante cumple con estos requisitos podrá ordenar a la Empresa Promotora de Salud que suministre el tratamiento, medicamento o practique la cirugía, según el caso, excluido por el Plan Obligatorio de Salud y tendrá derecho de repetir contra el Estado -garante de los derechos del individuo- por la cuantía de éstos.

4.12 Terapias psicológicas: adicción: droga, alcohol, juego.

La salud no debe ser tenida en un sentido estricto, por el contrario se ha aceptado un concepto amplio del mismo, teniendo cabida la salud mental del individuo. En el entendido que las adicciones a las drogas, al alcohol se relacionan no solo con el aspecto físico sino también mental del individuo, a continuación haré un recuento de la forma en que tanto nuestro sistema de seguridad en salud como la Corte tratan estas enfermedades, a través de terapias psicológicas.

Se puede definir un tratamiento psicológico como una intervención profesional, basada en técnicas psicológicas, en un contexto clínico (Centro de Salud Mental, Hospital, consulta privada, Asociaciones de personas afectadas, etcétera). En ella un especialista, habitualmente un psicólogo clínico, busca eliminar el sufrimiento de otra persona o enseñarle las habilidades adecuadas para hacer frente a los diversos problemas de la vida cotidiana. Ejemplos de esto son ayudar a una persona a superar su depresión, la adicciones a las sustancias psicoactivas o reducir sus obsesiones, o enseñar a un adolescente a relacionarse con otros compañeros de modo más sociable y menos agresivo.

²⁵⁸ Op. Cit. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-711 de 2008

Los tratamientos psicológicos son aplicados por psicólogos clínicos, que son los especialistas en los problemas del comportamiento humano y que utilizan técnicas especializadas de evaluación (una entrevista, una historia clínica, tests y cuestionarios, etcétera), y de tratamiento, cuya eficacia ha sido contrastada en diversas investigaciones científicas²⁵⁹

Esta asistencia psicológica se ha enmarcado principalmente en la atención de las personas con problemas de adicción a las drogas y al alcohol. De este modo, en lo referido con la drogadicción/farmacodependencia²⁶⁰, distintos estudios médicos coinciden en definirla como “el estado psíquico y a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco, caracterizado por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprimible por tomar el fármaco en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos y, a veces, para evitar el malestar producido por la privación”²⁶¹. Cabe señalar que si bien el uso de sustancias con fines terapéuticos es uno de los grandes avances y logros en la medicina que ha logrado erradicar, controlar o prevenir muchas enfermedades, físicas o mentales y/o controlar sus síntomas, como el dolor, el insomnio o la ansiedad, el abuso en el consumo de algunos de ellos, se considera como una adicción que se define como farmacodependencia y representa un problema de salud pública, tanto por los daños sociales que provoca como por su origen²⁶².

Tanto la farmacodependencia y/o drogadicción, es considerada como una enfermedad biopsicosocial, que se caracteriza por un abuso de sustancias químicas que modifican el

²⁵⁹ www.gabinetedepsicologia.com La eficacia de los tratamientos psicológicos

²⁶⁰ La adicción a las drogas o drogadicción (farmacodependencia) es el uso compulsivo de una sustancia a pesar de los efectos negativos y algunas veces peligroso. <http://www.clinicadam.com/salud/5/001522.html>

²⁶¹ Definición de Farmacodependencia de la Organización Mundial de Salud OMS.

²⁶² <http://www.esmas.com/salud/saludfamiliar/adicciones/374226.html#>

estado de ánimo, capaces de provocar una compulsión irracional e irresistible para continuar con el uso de dichas sustancias y que genera inevitablemente un daño para el individuo y para la sociedad²⁶³.

De la misma manera la Corte ha considerado, que es posible afirmar que quien sufre de fármacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas, la atención en salud²⁶⁴ que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado²⁶⁵.

Por consiguiente, es responsabilidad del Estado realizar todas las acciones necesarias para que se preste la atención que requieran las personas fármacodependientes, con el fin se le suministren los tratamientos ordenados por los médicos tratantes ya sea a través de cualquiera

²⁶³ med.unne.edu.ar/cátedras/farmacología L.A.MALGOR-M.E.VALSECIA: Farmacodependencia – drogadicción. Capítulo 8

²⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 438 de 2009. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Se pronuncio respecto a los tratamientos para combatir la fármacodependencia y/o drogadicción, las investigaciones científicas revelan que estos son múltiples y que varían según factores como el tipo de sustancia de la que se abusa, el tiempo de consumo y las características particulares de cada uno de los pacientes. Sobre esto último, vale destacar que las personas que consumen sustancias psicoactivas no provienen del mismo nivel social y como consecuencia de su dependencia, pueden sufrir problemas mentales, laborales, físicos o sociales, que inciden en su comportamiento y que, por tanto, deben ser considerados al momento de tratar la enfermedad. Aún cuando, como se ha dicho, son variados los tratamientos para la drogadicción, estos por lo general, suelen desarrollarse a través de una fase médica (desintoxicación y abstinencia), una fase de terapia de comportamiento (asesoramientos, terapias cognitivas o psicoterapias), o a través de la combinación de ambas fases.

²⁶⁵ *Ibidem*.

de los dos regímenes contributivo y subsidiado, y así proteger el derecho a la salud tanto física como psicológica y demás derechos fundamentales que pueden verse amenazados²⁶⁶ .

En lo que corresponde con los tratamientos para la adicción a las drogas y al alcohol se encuentran excluidos del POS²⁶⁷. Por tanto, para tener acceso al tratamiento para la drogadicción o alcohol, se hace necesario acudir a la acción de tutela, si el servicio se requiere de manera urgente y el usuario no está en capacidad de asumir el costo del servicio. En forma reiterada, la Corte ha señalado que, como desarrollo del principio de la supremacía de la Constitución, consagrado en el artículo 4° Superior, resulta procedente la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que no se encuentren incluidos en el POS y que sean indispensables para garantizar la vida en condiciones dignas u otros derechos fundamentales, cuando el afiliado carezca de recursos económicos suficientes para sufragarlo²⁶⁸ y que el tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS, a la cual se encuentra afiliado el paciente.

Respecto al último requisito, la jurisprudencia de ésta Corporación ha señalado que el médico tratante es la persona que debe estar capacitada para decidir con base en criterios científicos, por ser quien conoce al paciente, el tratamiento o el medicamento que éste requiere.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Resolución 5261 de 1994, artículo 18. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que describen a continuación: I.) Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente Manual.

²⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Ver entre otras, Sentencia T-236 de 1998 M. P. Fabio Monroy Díaz; T-547 del 2002 M. P. Jaime Araujo Rentería.

Tal y como lo fija la regla jurisprudencial, se procede a autorizar un medicamento o tratamiento médico que se encuentre excluido del Plan Obligatorio de Salud, cuando el médico tratante se encuentre adscrito a la entidad demanda. Sin embargo, la misma jurisprudencia ha señalado recientemente, que, de forma excepcional, podrá reconocerse por vía de tutela el requerimiento de un medicamento o tratamiento médico No POS, aun cuando el médico tratante que prescribió el servicio no se encuentre adscrito a la entidad demandada²⁶⁹.

Así, la Corte, expresa que se podrá aplicar la excepción antes señalada, *“si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”*²⁷⁰. Ha precisado la jurisprudencia que, en tales casos, *“el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto”*²⁷¹, tomando en cuenta el concepto emitido por un médico adscrito a la EPS, o de la valoración que lleve a cabo el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado previamente la respectiva EPS²⁷². Es decir, se invierte la carga de la prueba a favor del paciente.

En referencia a la adicción al juego, ludopatía o juego patológico, como también se le ha llamado, es un desorden adictivo caracterizado por la conducta descontrolada en relación al juego de azar y a las compras. La inversión de tiempo, energía y dinero en las actividades de

²⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. *Ibíd.*

²⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-835 de 2005, T-151 de 2008 y T-760 de 2008.

juego aumenta con el tiempo y la persona se va haciendo más dependiente del juego para enfrentar la vida diaria²⁷³. En lo que concierne con el tratamiento para la adicción al juego, igual que para tratar la adicción a las drogas y al alcohol, se encuentra excluido del POS, por tanto, para acceder a un tratamiento a través del sistema de seguridad social en salud, se requiere de acudir a la acción de tutela. En relación a pronunciamientos de la Corte, si bien no se ha encontrado el tema del juego estudiado por esta Corporación, ello es un reto que se le impone al derecho de la salud, en tanto es necesario brindar una asistencia psicológica a las personas que padecen esta adicción.

4.13 Terapias ocupacionales y del habla y del lenguaje

Se define la terapia ocupacional como la ciencia o disciplina orientada a analizar e instrumentar las ocupaciones del hombre para tratar su salud; entendiendo a la misma como el bienestar biopsicosocial y no solo a la ausencia de la enfermedad.

Las metas del tratamiento se dirigen a ayudar a los individuos a lograr una actitud positiva hacia sus capacidades y modificar gradualmente su habilidad disminuida con vistas a una mayor independencia en sus actividades²⁷⁴.

La terapia del habla y del lenguaje es el tratamiento para la mayoría de los niños con discapacidades de comunicación. Las discapacidades en el habla se refieren a problemas con la producción de sonidos, mientras que los problemas con el aprendizaje del lenguaje son las dificultades al combinar las palabras para expresar ideas²⁷⁵

²⁷³ <http://www.adicciones.org/enfermedad/juego/>

²⁷⁴ <http://www.neurorehabilitacion.com/areasterapiaocupacional.htm>

²⁷⁵ http://kidshealth.org/parent/en_espanol/crecimiento/speech_therapy_esp.html

Si bien, las terapias ocupacional y del lenguaje, no se encuentran expresamente excluidas²⁷⁶ se pueden entender como parte de una exclusión más amplia cuando se señala que se exceptúan los que sean necesarios para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas, siempre y cuando se acredite la efectividad de su evidencia clínica. Es decir, tanto la terapia ocupacional como la terapia del lenguaje se excluyen del POS únicamente en los casos en los que sean parte de un proceso de rehabilitación y no sean necesarias estrictamente para el manejo de la enfermedad y sus secuelas y se garantice que hay certeza del respecto del tratamiento.

Así en el caso de una menor con un déficit del aprendizaje a quien le habían ordenado terapia del lenguaje, psicológica y ocupacional, las cuales fueron negadas por la EPS por considerar que se encontraban excluidas del POS. La Corte analizó el caso y encontró que estas exclusiones no eran absolutas sino que dependían del cumplimiento de ciertas condiciones que la EPS., no realizó ninguna evaluación que demostrara que la terapia requerida por la menor era superior a treinta días y por lo tanto se encontraba excluida del POS según la regla del artículo 18, sino que se limitó a negarla sin consideraciones adicionales y sin la evaluación del caso concreto. En cuanto a las terapias ocupacional y del lenguaje tampoco evaluó las condiciones del caso concreto para concluir si se trataba o no de un caso de rehabilitación y había por tanto lugar a la exclusión.

Concluye la Corte que en aquellos casos, en los que *“la exclusión depende de la constatación de la existencia de unas condiciones en el caso concreto, la E.P.S. tiene la obligación de adelantar dicha verificación antes de negar la prestación del servicio médico o del*

²⁷⁶ Acuerdo 08 de 2009, artículo 10, numeral 5° de la Comisión de Regulación en Salud. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral, con excepción de los necesarios para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas, siempre y cuando se acredite la efectividad de su evidencia clínica.

medicamento. Luego, si se presentan dudas acerca de sí un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona. Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio²⁷⁷.

4.14 Atención domiciliaria

La atención domiciliaria es un programa de atención que sin poner en riesgo la vida del paciente y bajo un modelo multidisciplinario brinda una solución a los problemas de salud de ciertos pacientes.²⁷⁸

La atención domiciliaria se le define en el sistema de seguridad social en salud²⁷⁹, como atención que se les brinda a los pacientes en su domicilio con el apoyo de diferentes profesionales de la salud y de la mano de la familia con el fin de mejorar la calidad de vida del paciente.

Este tipo de programa está dirigido a atender las necesidades, principalmente a aquellas personas mayores, con enfermedades crónicas y/o terminales de diagnóstico y tratamiento establecido o con discapacidades que les impidan el acceso a los servicios de salud por sus

²⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 037 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷⁸ OSPINA, Aguirre, Jorge Enrique, Atención domiciliaria integral. Área de Fomento y Protección de la Salud, Unidad de Servicios de Salud – UNISALUD. Universidad Nacional de Colombia

²⁷⁹ Acuerdo 08 de 2009, Artículo 8°. Atención domiciliaria: Se define como la atención que se brinda en el domicilio o residencia del paciente con el apoyo de profesionales, técnicos y/o auxiliares del área de la salud y la participación de su familia o cuidador.

propios medios. Normalmente la atención se brinda en el propio domicilio de la persona atendida, aunque no necesariamente²⁸⁰.

En el modelo de atención domiciliaria caben actividades que hace parte de los servicios de salud desde el fomento y la protección de la salud, la atención primaria, la prevención clínica, la hospitalización en casa con el uso domiciliario de equipos tradicionalmente hospitalarios, enfermedades de alto costo y procedimientos de rehabilitación.

Este programa se ha afirmado en los últimos años como una forma de atención extra hospitalaria que permite brindar servicios de salud humanizados y oportunos a la población, representando una mejoría importante en la calidad de vida de los usuarios y con un relativo menor costo comparado con la atención tradicional.

A este respecto, la Corte se pronunció en un caso en que la EPS se negó a la prestación de la atención médica domiciliaria²⁸¹, aduciendo que el médico que le había prescrito a la paciente que se le debía suministrar el servicio de salud en casa, no se encontraba inscrito en la EPS., pero cuyo concepto médico se obtuvo como consecuencia de la hospitalización que recibió la afiliada en un centro médico autorizado por la EPS. En esta ocasión expresó que estaba violando el derecho a la salud al negar la EPS, a suministrar el servicio de salud que requería la paciente con necesidad²⁸².

Ahora en relación con la prescripción del servicio médico, en este caso, de atención domiciliaria por parte de un profesional de la salud no adscrito a la EPS demandada, la Corte ha precisado

²⁸⁰ Acuerdo 08 de 2009, artículo 29. Cobertura de la atención de paciente crónico somático. El paciente crónico somático que sufre un proceso incurable, o con discapacidad que limite su acceso al servicio intramural, previo concepto del profesional tratante, podrá ser tratado en forma integral con el personal profesional, técnico y auxiliar calificado del sector salud, en su domicilio, con la participación activa del grupo familiar o su cuidador.

²⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1016 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

²⁸² Op. Cit. Sentencia T -760 de 2008. "Servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad(...) y que no pueda proveérselos por sí mismo".

que si bien, la persona competente para decidir en el Sistema de Salud cuándo requiere alguien un servicio de salud es el médico tratante, por estar adscrito a la entidad correspondiente, pues está capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. Sin embargo, esta regla tiene una excepción cuando: *“(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. En estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió”²⁸³.*

4.15 Transporte para el ejercicio del derecho a la salud, ambulancia, dinero para transportes dentro y fuera de la ciudad.

La Salud como un derecho fundamental no solo comprende la exigencia de cubrir el tratamiento necesario para proteger la vida en condiciones dignas, sino que también incluye ciertos elementos necesarios para que la prestación del servicio de salud se materialice, entre estos, está el tener acceso de manera real a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud que se prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPS), mediante la atención en clínicas, hospitales o centros de salud, con las cuales la Entidad Promotora de Salud (EPS) tiene convenio.

En consecuencia, la EPS está obligada a ofrecer al afiliado la posibilidad de escoger una IPS cercana a su domicilio, para que pueda recibir los servicios de salud contemplados dentro y fuera del Plan Obligatorio de Salud. A su vez el afiliado está obligado a hacer uso de la IPS que

²⁸³ Ibidem.

se encuentra dentro de la zona donde reside, sin embargo, excepcionalmente podrá remitirse a otra IPS distinta pero con una autorización previa de la EPS²⁸⁴.

En ciertas situaciones el afiliado, puede ser remitido a una IPS ubicada en una ciudad distinta al sitio de su residencia para recibir un tratamiento, ya sea porque el nivel de atención así lo exige y la EPS no cuenta con una IPS con la complejidad requerida, por consiguiente, en principio el paciente o su familia deberán asumir los costos del transporte, pero excepcionalmente la EPS, cubrirá los costos de traslado.

En referencia a esta situación la Corte se ha pronunciado diciendo que por regla general los costos de desplazamiento con el propósito que al afiliado se le realice cualquier tratamiento médico y que no pueda ser practicado en su lugar de residencia, corresponden al paciente o a su familia, y solamente en casos especiales, las EPS deberán suministrar los medios necesarios, para que el usuario tenga acceso integral a los servicios, los cuales no son ofrecidos en el sitio donde residen, en este evento el juez de tutela evaluará la pertinencia y viabilidad que se tiene y ordenará a la EPS facilite los costos del transporte al paciente.

Para los casos excepcionales la Corte²⁸⁵ ha fijado los supuestos que permiten determinar el deber de las EPS de proporcionar los costos del traslado del paciente en casos no comprendidos en la legislación, los cuales se resumen de la siguiente manera:

1. *“el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento y*

²⁸⁴ Resolución 5261 de 1994 artículo 3°: Utilización de servicios por municipio y zona de residencia. Todo paciente deberá utilizar los servicios con los que se cuente en su municipio o zona de residencia, salvo en los casos de urgencia comprobada o de remisión debidamente autorizada por la E.P.S.. Toda persona y su familia al momento de la afiliación a la E.P.S. deberá adscribirse para la atención ambulatoria en alguna de las I.P.S. más cercanas a su sitio de residencia dentro de las opciones que ofrezca la E.P.S., para que de esta manera se pueda beneficiar de todas las actividades de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad. El usuario podrá solicitar cambio de adscripción a la I.P.S. como máximo una vez por año.

²⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 942 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

2. *el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. (...)*”
3. *la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación”*

Así en el caso de un menor con síndrome de Down, cuya madre no tenía los recursos económicos para trasladar al menor a la IPS donde le estaban suministrando las terapias física, ocupacional y del lenguaje, ordenadas por el médico tratante, la Corte tuteló el derecho a la salud y a tener una vida digna del menor, garantizándole así la continuidad y efectividad del tratamiento requerido. En consecuencia, las EPS, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, no pueden negar el suministro de gastos de transporte a sus afiliados o beneficiarios en aquellos casos excepcionales donde se presentan situaciones de debilidad manifiesta.

Las entidades al negarse a proveer los costos de transporte, vulneran el derecho fundamental a la salud, pues limita el acceso al tratamiento médico del paciente, quien no puede trasladarse por carecer de los ingresos económicos para sufragar los costos de transporte, lo cual pone en riesgo la vida y afecta el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. La Corte ha afirmado, que el derecho a la salud incluye necesariamente la accesibilidad al servicio, más aún tratándose de escenarios de vulnerabilidad²⁸⁶.

4.16 Odontología

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 391 de 2009, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

En materia de salud oral dentro del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, en lo relacionado con las coberturas del servicio que ofrece el Plan Obligatorio de Salud (POS), el sistema determina los servicios de salud que debe prestar la EPS a sus afiliados, entre estos se encuentran la atención odontológica²⁸⁷ que comprende la consulta odontológica general y especializada y la atención de urgencias odontológicas.

Así mismo, señala exclusiones y limitaciones²⁸⁸ en la prestación de los servicios como son: las actividades, los procedimientos, las intervenciones, las cirugías y los medicamentos, entre otros, que no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, o cuando se trata de procedimientos considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios²⁸⁹. En lo concerniente a la atención odontológica no se encuentran contemplados dentro del POS, la rehabilitación Oral ni la Periodoncia²⁹⁰, tampoco prótesis, ortodoncia y tratamiento periodontal.

²⁸⁷ Resolución 5261 de 1994, artículo 98. Atención odontológica, incluye actividades de educación, motivación y prevención, las cuales serán de carácter obligatorio y se brindarán a todo paciente que inicie su atención. Tales actividades serán ofrecidas por el Odontólogo y una auxiliar de higiene oral de la EPS directamente o de las IPS con las cuales tenga contrato o convenio.

²⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia. T- 662 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. “En lo concerniente al régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, esta Corporación ha reconocido que tales restricciones son constitucionalmente admisibles, toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta de los recursos escasos para la provisión de los servicios que éste contempla.”

²⁸⁹ *Ibíd*em, artículo 18. De Las Exclusiones y Limitaciones del Plan Obligatorio De Salud. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

k. Prótesis, ortodoncia y tratamiento periodontal en la atención odontológica.

²⁹⁰ Es la ciencia odontológica que se ocupa del estudio, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades que afecta a los tejidos que rodean y soportan los dientes en los maxilares: La encía, tejido blando que rodea los dientes; el hueso alveolar, que forma parte de los maxilares y cuya función es acoger y anclar los dientes; el cemento, capa calcificada que reviste la superficie de las raíces de los dientes; y el tejido periodontal, sistema de fibras que anclan el hueso alveolar al cemento radicular.

En referencia a estas exclusiones la Corte Constitucional ha señalado que “toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando requiere el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir.”²⁹¹

Así en el caso, de una persona que el médico tratante le había ordenado el servicio de periodoncia, pero que la paciente carecía de recursos económicos para pagar el costo del tratamiento por estar excluido del POS, la Corte manifestó que “una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespetar su derecho a acceder a éstos servicios, si le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación. La entidad tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.”²⁹²

Sin embargo, hay casos en los cuales la Corte ha negado el acceso a los servicios odontológicos, porque no constituyen una violación al derecho fundamental a la salud²⁹³, incluso en casos de menores de edad²⁹⁴, empero, en aquellos casos en los que se ha

²⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

²⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-159 de 2009. Magistrado Ponente: Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez

²⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, En Sentencia T-343 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte negó una cirugía periapical (tratamiento bucal) por cuanto no amenazan la vida e integridad personal del actor ni ha sido ordenada por el médico tratante.

En sentencia T-1276 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Negó un tratamiento odontológico a un hombre que sufrió un accidente y perdió 11 dientes del maxilar inferior. Esta Corporación adujo como el actor no aportó ninguna prueba que demostrara su incapacidad económica para costear el suministro solicitado, se consideró que en el presente caso no se cumplen con los presupuestos fijados por esta Corporación para hacer viable la procedencia de la acción de tutela.

²⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-985 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

considerado que la persona requiere el servicio, se han tutelado los derechos de la persona y garantizado el acceso al servicio en cuestión.

En Colombia se encuentra establecida normativamente la atención preventiva en Salud oral²⁹⁵, empero, los problemas de salud bucal continúan siendo una de las primeras causas de consulta en todos los grupos de edad, a pesar de los grandes esfuerzos que ha desarrollado el Estado desde el año 1996 al formular el primer Plan Nacional de Salud Bucal y el segundo en el año 2006. Así el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010²⁹⁶, plantea como uno de sus objetivos mejorar la salud oral de los colombianos estableciendo metas, estrategias²⁹⁷ y responsabilidades a las entidades que ejercen funciones de entidades promotoras de salud – EPS de los regímenes contributivo y subsidiado frente al Plan Nacional de Salud Pública, empero, las EPSs sólo cumplen con las funciones de educación, la prevención y el diagnóstico de las enfermedades bucales, conforme lo establece el Plan Obligatorio de salud, lo cual va en contravía de lo dispuesto por el Ministerio de Protección Social, cuando uno de sus objetivos es mejorar la salud oral de la población, para lo cual prioriza el componente de la salud oral como una de las prioridades nacionales en salud, señalando además que son de estricto

²⁹⁵ Resolución 00412 DE 2000, artículo 8°. Protección específica. Adoptarse las normas técnicas contenidas en el anexo técnico 1-2000 que forma parte integrante de la presente resolución, para las actividades, procedimientos e intervenciones establecidas en el Acuerdo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud enunciadas a continuación: a.)... b) Atención Preventiva en Salud Bucal.

²⁹⁶ Decreto número 3039 de 2007 Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010

²⁹⁷ Plan Nacional de Salud Pública. Línea de política número 1. Promoción de la salud y la calidad de vida

a. Promover en el hogar ámbitos escolares e instituciones como guarderías y hogares de bienestar hábitos higiénicos de salud bucal como rutina de cuidado diario desde el nacimiento, primera infancia y edad escolar; b. Promover en los padres y cuidadores factores protectores para la salud bucal tales como: no usar chupos y biberones, establecer hábitos higiénicos orales y resaltar la importancia del cuidado del sexto molar y del control por odontólogo; c. Vigilancia de la estrategia de fluoración de la sal y fortalecer las acciones de vigilancia, prevención y control de la fluorosis; d. Promover en los ámbitos laborales los hábitos higiénicos en salud oral y el ejercicio de los derechos y deberes de los usuarios a los servicios de salud bucal.

cumplimiento en la Nación, en los planes de salud territoriales y en los planes operativos de las entidades promotoras de salud - EPS, en coherencia con los perfiles de salud territorial²⁹⁸.

²⁹⁸ Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010. Capítulo V. Prioridades Nacionales en Salud

CONCLUSIONES

Una vez revisado y analizado el material constitucional, legal y jurisprudencial que regula el derecho a la salud en Colombia, podemos observar que el paso de nuestro Estado de un Estado de Derecho (Constitución 1886) a un Estado social de derecho, con la expedición de la Carta de 1991, marcó un gran avance en el reconocimiento de derechos y garantías de unos mínimos estándares de salud.

Es así como el derecho a salud se consagra en la Constitución de 1991 dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, empero, este derecho ha evolucionado jurisprudencialmente hasta alcanzar ser reconocido como un derecho fundamental. Inicialmente se le reconoce que es fundamental cuando se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales, segundo, cuando el tutelante es un sujeto de especial protección, como menores, discapacitados y adultos mayores; y la tercera, cuando se afirma que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, más no es absoluto.

Igualmente al consagrarse el derecho a la salud como un servicio público y cuya prestación está a cargo del Estado, por tanto, hace que su acceso sea universal, esto es, que a todas las personas residentes en nuestro país, se les debe garantizar este derecho sin discriminación alguna, ya sea a través de cualquiera de los dos regímenes en salud existentes, el contributivo o el subsidiado. Los regímenes especiales (Fuerzas Militares Policía, magisterio y trabajadores de Ecopetrol), están cubiertos por los planes de beneficios propios de cada entidad.

Cabe resaltar que la salud debe ser tenida en un sentido amplio, es decir, teniendo cabida la salud no solo física, sino mental y emocional del individuo.

No obstante, que el derecho a la salud se reconoce como un derecho fundamental, su protección y garantía en la práctica requiere necesariamente que los usuarios acudan a la tutela para acceder a los servicios de salud, ya sea para la realización de cirugías, exámenes, procedimientos, entrega de medicamentos o insumos, vacunas, atención de urgencia, trasplantes, atención domiciliaria, odontología, los cuales tienen un denominador común, es que estando contemplados dichos servicios dentro del Plan Obligatorio de salud, son negados por las EPS tanto del régimen contributivo como subsidiado, aduciendo que los servicios se encuentran fuera del POS. A continuación me referiré muy brevemente al desarrollo legal y jurisprudencialmente de algunos de los servicios de salud que se encuentran o no contemplados en el Plan Obligatorio de salud y la forma se están implementando actualmente.

Respecto a la promoción y prevención de la salud, estos servicios están consagrados tanto en la Constitución como en la ley, para que las EPS tanto contributivas como subsidiadas, desarrollen actividades de promoción, procedimientos y atención de enfermedades de interés de salud pública, entre sus afiliados para que utilicen los servicios, sin embargo, las EPSs en ejercicio de sus responsabilidades lo que hacen es evitar la aparición inicial de la enfermedad, lo cual indica que hay una prevención de la enfermedad, más no una promoción de la salud, la cual implica que los afiliados tengan conocimiento de los servicios y como deben ser utilizados, qué derechos y deberes tienen frente al sistema de salud, pero que generalmente desconocen, lo cual hace que la promoción de la salud resulte fallida.

En cuanto al derecho a la salud en la mujer embarazada, si bien goza de una protección constitucional especial y legal bastante amplia, ya que contempla la prestación de los servicios salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. Sin embargo, es frecuente ver que las

madres gestantes son despedidas ya sea durante el embarazo o durante la lactancia, como consecuencia de su condición, lo cual afecta no solo su derecho a la salud, sino también el de su hijo que está por nacer. La Corte se ha manifestado sobre este tema reiteradamente protegiendo el derecho de la mujer gestante sin importar la forma como fue contratada la trabajadora.

En cuanto a las vacunas cabe destacar que de acuerdo al Plan de Salud Pública Infantil, se amplió la cobertura de las vacunas para los menores, ya que a partir del año 2010 se incluyeron 9 vacunas (3 combinadas) para el control de 14 enfermedades²⁹⁹, sin embargo, también se presentan casos en los cuales las EPS niegan el suministro de las vacunas, no obstante que los menores son sujetos de protección especial tanto constitucionalmente como jurisprudencialmente.

Respecto a las vacunas que requieren los adultos mayores, como la del rotavirus, la influenza y neumococo, ésta última no está incluida dentro del POS, pero que los entes territoriales han desarrollado campañas de vacunación donde la incluyen para aquellos adultos mayores que se encuentren dentro de los niveles I y II del Sisben. Sin embargo, por ser los adultos mayores sujetos de protección especial, en el caso, que han requerido del suministro de vacunas que no se encuentran dentro del POS, y la EPS ha negado el servicio se ha accedido a la protección del derecho a la salud a través de la tutela.

En cuanto a la vacuna del papiloma humano, se encuentra fuera del POS, por lo cual se han presentado varios proyectos de ley para que sea incluida dentro del POS, sin embargo, no ha sido posible se apruebe ningún proyecto hasta la fecha. Ahora en el evento que la afiliada a

²⁹⁹Tuberculosis, Difteria, Tosferina, Tétanos, Hepatitis B, Meningitis por Haemofilus, influenza tipo B, Poliomieltis, Fiebre amarilla, Sarampión, Rubéola, Parotiditis, Influenza viral niños (2007), Neumococo a niños de riesgo (2007) y universal para 10 departamentos de riesgo (2009), Rotavirus (2009) e Influenza viral 60a(2009).

una EPS, ya sea contributiva o subsidiaria, niegue el suministro de la vacuna, la Corte ha protegido los derechos manifestando que se limita el derecho a la sexualidad en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, pues no solo se está afectando la salud sino que también se afectan otros derechos fundamentales como la intimidad, a la familia e incluso la vida misma.

En referencia a los insumos como pañales y sillas de ruedas, que requieren aquellas personas ya sea menores o mayores de edad que presentan un grado de dificultad para su locomoción, el POS no contempla este tipo de insumos, empero, la Corte reiteradamente se ha pronunciado protegiendo los derechos de las personas que necesitan este tipo de elementos, por tratarse de sujetos de protección especial constitucional, pero siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la misma Corporación, esto es, que con la negación del servicio se atente contra derechos fundamentales, que no haya otra alternativa que se encuentre dentro del POS o que existiendo no sea lo suficientemente efectiva y finalmente que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS.

En referencia a la urgencia la cual se ha sido definida de una manera muy amplia como una alteración de la integridad física, mental, funcional, ya sea por cualquier causa y en cualquier grado que pueda comprometer la vida y que requiera de la intervención oportuna de los servicios de salud con el fin de conservar la vida y evitar futuras complicaciones de la persona, por tanto, su prestación tiene el carácter de obligatoria y se deberá prestar a todas las personas en nuestro territorio nacional, independientemente de la capacidad de pago del afiliado. Además que su prestación no requiere contrato ni orden previa, cuyos costos serán asumidos por la EPS ya sea pública o privada a la cual se encuentre afiliada la persona o al FOSYGA. Si bien queda claro todo lo anterior, en la práctica hemos escuchado que las IPS,

niegan el acceso al servicio de urgencia de pacientes, aduciendo falta de disponibilidad de camas o simplemente por no tener afiliación alguna, sometiéndolas al llamado “paseo de la muerte”, violentando de esta forma los derechos fundamentales de la persona, frente a la omisión y negligencia tanto de las autoridades que tienen a su cargo la vigilancia y control de las IPS, como de los dirigentes de los entes territoriales, alcaldes y gobernadores.

En cuanto a los medicamentos el Plan Obligatorio de salud mediante un Manual de medicamentos y Terapéutica ha establecido un listado de medicamentos a los cuales tienen derecho sus afiliados, sin embargo, en reiteradas se niega la entrega de medicamentos que están fuera del POS pero que fueron ordenados por el médico tratante adscrito a la EPS, por lo cual se requiere del lleno de un Formato de suministro de medicamentos y/o servicios No POS, por parte del médico tratante, justificando la prescripción del medicamento y/o servicio, que en muchas ocasiones el galeno no tramita en debida forma, por consiguiente, la EPS niega aduciendo falta de documentación o información, dando inicio a un trámite que si bien está en cabeza del medico tratante, termina el afiliado asumiendo funciones administrativas que no le corresponden, quien frente a la necesidad del servicio se ve obligado a continuar con el trámite más de dos veces, ya que en la segunda contestación, la EPS manifestará que no aprueba la entrega de los medicamentos ya que no está la vida del afiliado no está en peligro, obligando al paciente a acudir a otros mecanismos para que se protejan sus derechos.

Respecto de la enfermedades de alto costo, si bien, aquellas personas que tengan una condiciones que tienen peor condición de salud son las que con mayor probabilidad buscarán estar afiliadas a una Entidad prestadora de salud, ésta no puede rechazar la vinculación del paciente al sistema de salud, aduciendo la enfermedad catastrófica, ya que por ley se prohibió la aplicación de preexistencias, así mismo, excluyó del sistema la posibilidad de rechazar las

solicitudes de afiliación de los interesados, garantizando con esto, el derecho de acceso al sistema de salud. Igualmente la Corte se ha señalado que en caso que la EPS pretenda rechazar la vinculación de un paciente de alto costo, ya sea del régimen contributivo o subsidiado por considerar que dicha afiliación afecta su sostenibilidad financiera y constituya una carga desproporcionada para su funcionamiento, deberá demostrar de manera rigurosa que todos los mecanismos institucionales consagrados en la normatividad son insuficientes para hacer frente a los efectos perversos de dicha vinculación y que, previamente ha objetado la lista de priorizados como dispone para ello la ley.

En relación con los trasplantes, la legislación existente es bastante avanzada y amplia, ya que el POS contempla los trasplantes de córnea y riñón, el de corazón, estos últimos tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, el de médula y el de hígado para el régimen contributivo. Además que los servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, no hay diferencia de nacionalidad para decidir a quien se trasplanta. Los únicos criterios que se tienen en cuenta son los técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.

Empero, estas inclusiones en los Planes Obligatorios de Salud, no garantiza que los colombianos accedan a ellos con la fluidez que la ley permite, pues ha surgido un nuevo problema, el cual es el tiempo de espera para que una persona sea trasplantada que supera muchas veces el promedio estipulado, no importando si existe un fallo de tutela ordenando el trasplante.

Lo anterior, nos indica la falta de intervención del Estado, para hacer cumplir las normas existentes y de una política clara al respecto.

En referencia a las cirugías cosméticas o estéticas, se encuentran fuera del POS, sin embargo, se ha establecido que se cubrirán los servicios de cirugía plástica cuando estén relacionados a enfermedades congénitas, adquiridas y a los accidentes, o cuando tenga fines reconstructivos funcionales, es decir, se busca la reparación de la capacidad de funcionar con el fin de corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema. La Corte se ha pronunciado a favor de quienes han requerido una cirugía estética, siempre que haya que se necesite para la recuperación funcional de un órgano o cuando sea para poner fin a afecciones o dolores.

En cuanto a las terapias psicológicas las cuales deben ser implementadas para el manejo de adicciones como a la droga, al alcohol y el juego, se encuentran fuera del Plan Obligatorio de salud, por tanto, si una persona requiere de un tratamiento para atender cualquiera de las adicciones deberá acudir a la tutela para que se proteja su derecho fundamental a recuperar su salud, para lo cual deberá cumplir con los requisitos señalados por la Corte para suministrar el servicio fuera del POS.

Las terapias del habla y del lenguaje necesarias para aquellas personas que presentan discapacidades en la comunicación, es decir, problemas en la producción de sonidos como dificultades para combinar palabras para expresar ideas, si bien no se encuentran expresamente excluidas del POS, únicamente se excluyen en los casos en los que sean parte de un proceso de rehabilitación y no sean necesarias estrictamente para el manejo de la enfermedad y sus secuelas y se garantice que hay certeza del respecto del tratamiento. En la práctica, si bien las EPS autorizan la terapias no hay un criterio claro respecto del tiempo de duración de las mismas, pues está supeditado a la organización administrativa de la EPS, más propiamente del Comité Técnico Científico, desconoce muchas veces el concepto del médico

tratante, disminuyendo el número de sesiones en el mejor de los casos o indicando de manera injustificada que el paciente no necesita más del tratamiento, a lo cual la Corte se ha pronunciado señalando por una parte, que el Comité tiene funciones administrativas y por lo tanto, no está facultado para desconocer el concepto del médico tratante, que de no estar de acuerdo, debe demostrar científicamente su decisión, frente a lo cual, se somete al paciente a una serie de valoraciones médicas, dilatando el tratamiento hasta por meses, hasta que el paciente se doblega ante las exigencias de la EPS o decide acudir a la tutela para exigir la protección de su derecho.

La atención domiciliaria está dirigida a atender las necesidades, principalmente a aquellas personas mayores, con enfermedades crónicas y/o terminales de diagnóstico y tratamiento establecido o con discapacidades que les impidan el acceso a los servicios de salud por sus propios medios. Este servicio se encuentra incluido dentro del POS, sin embargo debe ser prescrita por un médico tratante adscrito a la EPS, a lo cual en la práctica no siempre los médicos acceden, pues consideran que debe demostrarse que el servicio requerido es necesario, por tanto, el paciente o familiar deberá tramitar la solicitud de servicio No POS, a través del Comité Técnico Científico con la justificación del médico tratante, quedando el afiliado en un estado de total indefensión frente a la EPS, por consiguiente se deberá acudir a la tutela para que un juez de la República analice el caso y ordene a la EPS, preste los servicios que requiere el paciente.

De manera muy similar las EPS actúan frente a la solicitud de los servicios de transporte para que la prestación del servicio se materialice, en los casos que las condiciones físicas mentales o emocionales del paciente no permiten su traslado a una IPS de manera normal, por ejemplo, un afiliado con una enfermedad mental (esquizofrenia), requiere de un transporte especial, o

cuando no existe en la ciudad donde se están prestando los servicios, una IPS del nivel de complejidad que requiere el enfermo. En estos eventos, la norma establece que los gastos de desplazamiento deberán ser asumidos por el afiliado, pero sino cuenta con los recursos económicos ni él ni su familia, se verá avocado a presentar una tutela mediante la cual el juez evaluará la pertinencia y viabilidad que se tiene y ordenará a la EPS facilite los costos del transporte al paciente, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos por la Corte para tal fin.

En cuanto a los servicios de odontología, el POS comprende la consulta odontológica general y especializada y la atención de urgencias odontológicas, dejando por fuera la rehabilitación oral, ortodoncia, tratamiento periodontal y las prótesis, en consecuencia si un afiliado requiere de manera indispensable para su salud tanto física como emocional de cualquiera de estos últimos servicios, pero no puede asumir los costos que demandan, como se ha explicado ampliamente y reiteradamente el afiliado podrá acudir al mecanismo de la tutela para que sus costos sean asumidos por la EPS y ésta a su vez repita contra el FOSYGA.

Como se puede observar, se hace evidente primero que los afiliados al sistema de seguridad social en salud, para acceder a los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, están sometidos a una serie de trámites que la misma norma ha señalado como responsables de su consecución a las EPS, pero terminan imponiéndose a los usuarios del sistema, quienes muchas veces desconocen su diligenciamiento, lo cual es aprovechado por las EPS para dilatar de manera injustificada la prestación del servicio, cirugía, entrega de medicamento, imponiendo al ciudadano acudir necesariamente a la tutela para la real eficacia del derecho fundamental a la salud dentro del marco del estado social de derecho.

Lo anterior, ha sido ratificado por la Defensoría del Pueblo³⁰⁰ cuando señala que la tutela se ha constituido en el mecanismo indispensable para acceder a los servicios de salud, indicando que la tercera parte de las tutelas que se interponen en el país son para solicitar servicios de salud que para el año 2008 representó el 41.5%. Así mismo afirmó que el 78.1% de las tutelas se interponen contra las EPS que administran los regímenes contributivo y subsidiado, seguido en una menor proporción de los entes territoriales, los cuales agrupan en conjunto el 14.3% de las EPS.

Como colorario de esta situación, podemos manifestar que a pesar de existir una amplia legislación en el área de la salud, las Entidades Prestadoras de salud no cumplen con las normas, sin que las Entidades encargadas de su control y vigilancia tampoco actúen, dejando en manos de la Corte Constitucional para que a través de los fallos de tutela, ordene a las EPS cumplir con el deber de prestar los servicios de salud de manera oportuna, eficiente, eficaz de calidad y de manera integral a los afiliados tanto del régimen contributivo como subsidiado. Además que la falta de control por parte del Estado, también ha generado que la Corte sea la que señale las políticas públicas que el Estado debe desarrollar, lo cual se evidenció en la Sentencia T.760 de 2008, cuando impuso al Gobierno una serie de obligaciones, entre otras la de adoptar medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos; Unificar los planes de beneficios (POS y POSS), primero en el caso de los niños y, luego, progresivamente en el caso de los adultos teniendo en cuenta su adecuada financiación; ampliar las competencias del Comité Técnico Científico de cada EPS para que también se pronuncie sobre si aprueba o niega solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos en cualquiera de los regímenes y; adoptar las medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS. que hasta la fecha aún no se han cumplido,

³⁰⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008.

BIBLIOGRAFÍA

BRAVO M.M. Medina O. MELGAREJO D., SERRANO M.L. Infección por Virus de Papiloma Humano en una muestra de mujeres jóvenes con citología normal. Revista Colombiana de Cancerología, 2004.

BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936, El Estado y las políticas sociales en Colombia, Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, No. 33, 2006

CACERES –MANRIQUE, Flor de María. El Control Prenatal, Una reflexión urgente. Artículo en la Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. Volumen 60 No.2, 2009,

CAMARGO Pedro Pablo, Crítica a la Constitución colombiana de 1886, Editorial Temis, Bogotá, 1987, parte primera, “Trayectoria y características del derecho constitucional colombiano”.

CARMAGO Pedro Pablo, Acciones constitucionales y contenciosas- administrativas, Editorial Leyer, 2ª edición, 2002,

CARMARGO, Pedro Pablo. Manual de la Acción de tutela. Editorial Leyer. Cuarta Edición. 2005. Bogotá.

Carta De Otawa para la Promoción de la Salud de Noviembre de 1986.

Carta de Bangkok para la Promoción de la salud. Agosto de 2005.

COPETE, RIZARRALDE, Álvaro, en El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones. Colección de Textos de aquí y de ahora, Primera Edición: ILSA, Bogotá, Colombia, 2003.

DE CURREA – LUGO, Víctor, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en La Salud esta grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000.

DE CURREA – LUGO, Víctor. El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones. Colección de Textos de aquí y de ahora, Primera Edición: ILSA, Bogota, Colombia, 2003.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, El Derecho a la Salud: En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales. Serie DESC, Bogotá, 2003.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Derechos de los usuarios en el servicio de Urgencias. Bogotá, D. C., 2006.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008.

Documento Conpes Social 91 Metas y Estrategias de Colombia para el Logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio 2015, citado en las consideraciones de la Resolución 1736 de 2010.

GARCÍA OSPINA. Consuelo y TOBÓN CORREA Ofelia. Artículo Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad, Atención Primaria en Salud y Plan de Atención Básica, ¿Qué los acerca? ¿Qué los separa? En Hacia La Promoción De La Salud. Editorial Universidad De Caldas, v.5 fasc. Diciembre 2000.

HERNANDEZ ALVAREZ, Mario, “El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización”, en la Salud esta grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo – Provea, Bogotá, 2000.

JARAMILLO PÉREZ, Iván. El Futuro de la Salud en Colombia, editado por Fescol, Corona, FES y Restrepo Barco. Bogotá, enero de 1999.

MIRANDA, CANAL Néstor, OBREGON Diana, HERNANDEZ, ALVAREZ Mario Esteban, La Organización Panamericana de la Salud y el Estado Colombiano: Cien años de Historia, 1992-2002. En Colombia 2002. Ed. OPS/OMS.

OMS/OPS Orientaciones estratégicas y prioridades programáticas para el cuatrienio 1991—1994. Resolución XIII de XXIII Conferencia Sanitaria Panamericana OPS/CSP. 23/14, 1990.

OSPINA, Aguirre, Jorge Enrique, Atención domiciliaria integral. Área de Fomento y Protección de la Salud, Unidad de Servicios de Salud – UNISALUD. Universidad Nacional de Colombia.

REALPE DELGADO, Cecilia. La Promoción y Prevención en el Sistema de Salud Colombiano. Artículo publicado en la Editorial Universidad De Caldas, v.7 fasc. p.7 - 12 ,2002.

RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia” en GIRALDO, Juan Carlos, (Compilador), Ejercicios del Derecho a la salud en Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000.

SARMIENTO, Libardo (compilador). Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas. Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, PNUD, 1995.

URIBE VARGAS, Diego, Evolución política y constitucional de Colombia, Universidad Complutense de Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1996.

VÉLEZ. Alba Lucía. Conceptos Básicos del Proceso Salud-Enfermedad. Monografías universitarias # 9. Manizales: Universidad de Caldas 1990.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

<http://www.memo.com.co/fenonino/aprenda/historia/republica-liberal2.html>. Condiciones internacionales: La Gran Depresión de 1930, en Nuestra Historia, Nuestra vida.

<http://www1.umn.edu/humanrts/index>. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 19, El derecho a la seguridad social (art. 9) (Treinta noveno período de sesiones, 2007), Doc. ONU. E/C.12/GC/19 (2008).

http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

<http://www.slideshare.net/saludpublica/materno-infantil>

<http://www.muyinteresante.es/>

<http://www.minproteccion-social.gov.co/SALUD/Paginas/pai.aspx> –

http://spi.dnp.gov.co/App_Programa_Ampliado_De_Inmunizaciones_PAI

<http://www.planetamama.com.ar>. Edición: Carolina Arellano Villota/Dr. Mario Schapchuck. Fecha de Publicación: 2006-08-31

<http://www.periodicoelpulso.com/html/0710oct/general/general-11.htm>. El ministerio frente a la Influenza.

<http://www.todoenmedicamentos.com/genericos-vs-marca>

<http://www.slideshare.net/juanchoparra/extraccion-y-trasplante-de-organos-presentation>

elpulso@elhospital.org.co. Juan Carlos Arboleda Z. El drama de los trasplantes: incluidos pero no aprobados. Septiembre 2007.

elpulso@elhospital.org.co. ARBOLEDA Z, Juan Carlos. El drama de los trasplantes: incluidos pero no aprobados.

[Http// www. es.wikipedia.org/wiki/Cirugía_plástica](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Cirug%C3%ADa_pl%C3%A1stica)

www.gabinetedepsicologia.com La eficacia de los tratamientos psicológicos

<http://www.esmas.com/salud/saludfamiliar/adicciones/374226.html#>

[med.unne.edu.ar/catedras/farmacología](http://med.unne.edu.ar/catedras/farmacologia). L.A.MALGOR-M.E.VALSECIA:

farmacodependencia – drogadicción. Capítulo 8.

<http://www.adicciones.org/enfermedad/juego/>

<http://www.neurorehabilitacion.com/areasterapiaocupacional.htm>

http://kidshealth.org/parent/en_espanol/crecimiento/speech_therapy_esp.html

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSULTADAS::

Sentencia T-533 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T- 484 de 1992, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-499 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron

Sentencia 430 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia T- 597 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T- 597 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T- 225 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-480 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia T-179 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-134 de 1994: Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia C- 225 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-280 de 1995. Magistrado Sustanciador: Jorge Arango Mejia

Sentencia SU -225 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T- 395 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-236 de 1998 M. P. Fabio Monroy Díaz;

Sentencia T-260 de 1999. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-215 de 1999, Magistrado Ponente (€), Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano,

Sentencia T-119 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia T-1276 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia T-1081 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia T-850 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C- 671 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia T-547 del 2002 Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería;

Sentencia T-227 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-859 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia T-847 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-109 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Sentencia T-343 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia T-117 de 2003. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-1131 de 2004. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T-1038 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia T- 1069 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T-143 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-903 de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T-977 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia T-212 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería
Sentencia T-514 de 2006, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia T- 568 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia 037 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T- 662 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil
Sentencia T-1003 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería
Sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil;
Sentencia C-463 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia T- 760 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.
Sentencia T-987 de 2008. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández
Sentencia T- 741 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T-797 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
Sentencia T-711 de 2008. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería
Sentencia T- 711 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia T-985 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T-1016 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T- 942 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Sentencia T- 391 de 2009, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia T- 438 de 2009. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Sentencia T-159 de 2009. Magistrado Ponente: Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez