

**ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES DE LA SALUD COMO UNA
CONSECUENCIA DE LA LEY 1751 DE 2015**

Médica: Esther J. Orozco Sánchez

Docente Asesor: Gilberto Hernán Zapata Bonilla

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO

Cali- Colombia

2019

**ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES DE LA SALUD COMO UNA
CONSECUENCIA DE LA LEY 1751 DE 2015.**

STATUS OF UNCONSTITUTIONAL HEALTH RIGHT THINGS AS A CONSEQUENCE
OF LAW 1751 OF 2015

Esther J. Orozco Sánchez: “Médico General, en la actualidad cursa la maestría en derecho médico con la Universidad Santiago de Cali”.

Resumen El presente artículo, plantea una revisión de tema al evaluar jurisprudencialmente el estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015; a su vez, pretende definir los contenidos teóricos y conceptuales que se desarrollan desde los análisis jurisprudenciales dentro del mecanismo de protección constitucional de tutela frente al desarrollo del derecho a la salud y sistematizar los alcances en la afectación de Derechos Constitucionales con la Reforma a la Salud que se plantea desde el Congreso de la República dentro del plan decenal de salud pública 2012 – 2021.

Palabras Claves: Reforma, Salud, Inconstitucional, Tutela, Mecanismo.

Abstract: This paper proposes a review of the subject when assessing jurisprudentially the state of unconstitutional health issues in Colombia as a consequence of statutory law 1751 of 2015; At the same time, it intends to define the theoretical and conceptual contents that are developed from the jurisprudential analysis within the mechanism of constitutional protection of tutelage against the development of the right to health and systematize the scope in the affectation of Constitutional Rights with the Health Reform which is proposed by the Congress of the Republic within the decennial public health plan 2012 - 2021.

Keywords: Reform, Health, Unconstitutional, Guardianship, Mechanism.

Introducción

Cuando en un Estado de derecho, se cumple con el desarrollo de los principios para sus cohabitantes, se está ante la garantía inmediata de los fines esenciales del Estado, los cuales, se encuentran plasmados desde la Constitución Política de Colombia en el Artículo Segundo, y se exalta, el principio de la prosperidad general, porque sin él, no existirían políticas por parte de los gobernantes con relación a las tres contingencias básicas de las personas, descritas así por Sergio Pignuoli, en su artículo resultado de investigación acerca de las contingencias humanas como sistemas, de las cuales se exaltan, la Educación, la Salud y la Vivienda (Pignuoli, 2013).

La salud en Colombia es un reto ministerial, así lo ha manifestado en diferentes oportunidades el exministro Alejandro Gaviria (2016) y quien en su libro “alguien tiene que llevar la contraria”, estableció que los desarrollos en el sector salud se dan en la medida en que las políticas públicas sean adecuadas y se encuentren en sintonía con un entorno de discreción en los gastos y en la inversión inteligente de los recursos.

Por otro lado, considerando que aquellas comunidades que no están de acuerdo con la medicina que actualmente se aplica en el país, tienen la oportunidad de participar en las decisiones tomadas por el Estado relacionadas con los servicios de salud, podrían solicitar al mismo la generación de mecanismos que propendan la validación de los procedimientos de su medicina para que sean tenidos en cuenta dentro del sistema. Esto implicaría el uso de diferentes métodos de investigación que contribuyan a darle validez científica a los mismos.

Dentro de los principios del derecho fundamental a la salud se enuncia el de accesibilidad. En este principio se determina que al sistema deba ser accesible para todos; esto implica el de tener servicios de salud hasta en las zonas más apartadas del país; las implicaciones de este principio

tocan a otros entes del Estado ya que se requeriría para ello, en razón de la oportunidad de los servicios, buenas vías de acceso, la presencia de prestadores de salud en sitios estratégicos de Colombia, y lo que es más importante, la garantía de que todos los pobladores del país de verdad tienen el derecho a la prestación del servicio, mediante la afiliación de las personas al régimen contributivo o subsidiado. Este solo hecho podría permitir que iniciativas privadas llegaran a estos sitios apartados ya que se les estaría garantizando el pago de sus servicios por parte de las EPS o ARS que tienen afiliados a dichos usuarios.

El gobierno debe entonces utilizar mecanismos más activos que permitan el acceso a los servicios de salud de todos los habitantes del país ya que según esta ley, la misma no solo aplica a los que tienen la nacionalidad sino también para aquellos que no la tienen, de acuerdo al principio de universalidad adoptado en la Ley 1751 de 2015.

A su vez, teniendo en cuenta la definición de Nelson Mandela con relación a que la grandeza de una Nación y su progreso moral pueden medirse por la forma en que tratan a sus habitantes; en el país, son diversos los pronunciamientos de las altas Cortes que permiten inferir un tratamiento especial a las personas frente al manejo de la salud, como la sentencia de la (Corte Constitucional, T-468 de 2013) la cual, abrió en el país el debate del mal llamado paseo de la muerte, donde un paciente con serias complicaciones de salud, es sometido a un sinnúmero de actividades mediante las cuales se deteriora su vida al buscar una ayuda útil. El presente artículo, pretende analizar la sentencia que modifica dicha condición en el transporte público colombiano.

Ahora bien, salud pública es sinónimo de progreso, desarrollo y organización, cuando se deriva de un gobierno eficiente y garantista de las condiciones mínimas establecidas por los principios legales y constitucionales.

En Colombia, el derecho a la Vida está instituido como fundamental en el artículo 11 (Const., 1991) y es el núcleo de protección de la reforma de la Salud en el país que se orientó en 3 direcciones en el año 2015; la desmonopolización de la seguridad social en salud para los trabajadores del sector privado al brindarle a todos los asalariados la opción de elegir la entidad que les preste el servicio de salud; la presencia del sector privado como opción adicional al Instituto de Seguros Sociales y la aparición de un sector subsidiado que se sustenta en la creación de un Fondo de Solidaridad y Garantía, y que brinda aseguramiento a la población pobre del país.

Como recuento de Marco legal, se tiene, la Constitución Política de Colombia de 1991: es la norma suprema donde se desprenden la demás normatividad del país sin que puedan pasar por encima de esta, allí encontramos definidos los derechos fundamentales, económicos sociales y culturales y colectivos y del medio ambiente; también los mecanismos para interponer recursos y hacer defender estos derechos. Artículo 11. (Const., 1991) El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Artículo 48. (Const., 1991) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. Artículo 49. (Const., 1991) La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Así como la (Ley 100, 1993) por el cual se reglamenta y se crea el sistema de seguridad social integral en Colombia, el (Decreto 2591, 1991) por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 (Const., 1991), así como el Congreso de la República por medio de la (Ley 1122, 2007) tuvo como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en 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.

A su vez, se tienen en cuenta, la Sentencia T-760 de 2008: esta jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoció para nuestro ordenamiento jurídico, que el derecho a la salud en Colombia es un derecho fundamental y no es un derecho de segunda generación, trajo consigo y hasta la fecha grandes cambios, donde los ciudadanos pueden exigir a sus EPS el reconocimiento de tratamientos médicos y atención oportuna a sus enfermedades,

“La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social.”
(Corte Constitucional, T760, 2008)

A su vez, la sentencia T-039 de 2013: La Corte unifica varias acciones de tutela para dar un pronunciamiento frente a temas similares en salud y manifiesta entre otras cosas lo siguiente: La Corte ha reconocido que el derecho a la salud posee una doble connotación:

(I) Como un derecho fundamental y (II) como un servicio público. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la

regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos(...)”. (Corte Constitucional, T039, 2013)

A su vez, con el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021: “El Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021, es un conjunto de políticas y acciones transectoriales, sectoriales y comunitarias que permiten el despliegue de recursos individuales y colectivos para el disfrute de la vida cotidiana estableciendo relaciones interpersonales basadas en el respeto, la solidaridad y el ejercicio de los derechos humanos para el logro del bien común y el desarrollo humano y social”. se pretende lograr “la equidad en salud y el desarrollo humano”(Gobierno de Colombia, 2012). de todos los colombianos y colombianas mediante ocho dimensiones prioritarias y dos transversales, que representan aquellos aspectos fundamentales que por su magnitud o importancia se deben intervenir, preservar o mejorar, para garantizar la salud y el bienestar de todos los colombianos, sin distinción de género, etnia, ciclo de vida, nivel socioeconómico o cualquier otra situación diferencial. Para desarrollar el estudio que consta de un análisis jurisprudencial y el desarrollo de diferentes conceptos que soportan la sentencia, se aplicó la metodología expuesta por el tratadista Diego Eduardo López Medina en el texto “El Derecho de los Jueces” teniendo en cuenta las partes básicas de la sentencia en especial la ratio decidendi. En este sentido, se utilizaron varias fases con el fin de dar un orden estricto al trabajo para que el lector pueda comprender todas las etapas.

Todo lo anterior, que pareciera solo un tema de economía, dejo de lado lo más importante, la dignidad humana, y es allí donde la Honorable Corte Constitucional a través de reiterados fallos de amparo a las ciudadanos vía acción de tutela y pronunciamientos de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, incluyendo la misma Ley 100 de 1993 y sus múltiples

reformas, que dispuso la verdadera esencia y alcance en la protección al derecho fundamental a la salud, que de a poco y progresivamente viene presentando problemas en las condiciones en que se presta, calidad en el servicio y en general serias falencias en los tres componentes básicos: los servicios, las políticas de salud pública y la relación con todos los sectores públicos y privados.

Se consideran que el gobierno en Colombia, al carecer de sistemas propios de información ha quedado en manos de lo que el sector privado le quiera informar, lo que en últimas empeora los servicios en: gestión, financiación y atención. Bajo este contexto se han planteado grandes discusiones en el nivel ejecutivo y legislativo, proponiendo desde reformas integrales al sistema, pasando por actos legislativos que permitan derogar la Ley 100 de 1993 que se le acusa de sólo haber estimulado la financiación, mientras que a los demás le ha restado importancia y progreso, pero que a la fecha después de múltiples debates se llegó a la Ley Estatutaria 1751 de 2015, frente a un Estado de Cosas Inconstitucionales en materia de Salud.

Surgen entonces, cuestionamientos jurídico, pues una norma de tal naturaleza, siendo extensiva de la Constitución, debe tener por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección, en lo posible en forma autónoma de la voluntad del sector privado, pues se trata de un derecho irrenunciable en lo individual y en lo colectivo de los colombianos y no de un negocio con mercaderes del mejor postor, por lo que se analiza con este artículo, fueron los aspectos sustanciales en la regulación debe estar a cargo del Estado y que fundamenta en tres pilares, que hasta ahora se han mostrado débiles: información, recurso humano y reglas claras, que se traducen en una mejor atención del servicio público esencial en salud.

Por tanto, se formuló la siguiente pregunta ¿Existe una influencia del estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015 en los fallos de la Corte que impacten al municipio de Santiago de Cali frente a la garantía de la salud?

Para este fin, se propone evaluar jurisprudencialmente el estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015. A su vez de definir los contenidos teóricos y conceptuales que se desarrollan desde los análisis jurisprudenciales, analizar el mecanismo de protección constitucional de tutela frente al desarrollo del derecho a la salud y sistematizar los alcances en la afectación de Derechos Constitucionales con la Reforma a la Salud (Ley 1751, 2015).

Por este motivo, se estableció que el sistema general de seguridad social de Colombia integral vigente, está reglamentado por la Ley 100, expedida en 1993 y desde su entrada en vigencia en el año 1994, ha surtido un sinnúmero de reformas y modificaciones observadas desde las 33 anotaciones de vigencia: “Las notas de vigencia, son una guía adoptada en la técnica jurídica colombiana, que permite la actualización de los propósitos legislativos, desde la expedición de nuevas leyes que modifican, aclaran, derogan, reestructuran una Ley de carácter principal o general”. destacándose la modificación de la Ley 1438 de 2011, publicada en el Diario Oficial No 47957 de 19 de enero de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud” (Ley 1438, 2011). que buscaba fortalecer el sistema, pero que según se avizora con la nueva reforma y los múltiples problemas denunciados a través de los medios de comunicación, no fueron efectivos, tan sólo leves soluciones de un problema coyuntural que requería de un análisis más profundo como el que se pretende con el presente trabajo.

Las razones que sustentan la importancia, pertinencia y conducencia del trabajo de investigación a desarrollar, estuvieron soportadas en los criterios políticos y de reflexión jurídica que el programa de Maestría en derecho médico ofrece, siendo un tema que atañe a toda la población, máxime cuando se encuentra en pleno desarrollo legislativo, en donde los medios de comunicación masiva solo muestran un panorama contextualizado con la noticia y no desde el derecho, lo que amerita un aporte desde la academia, para que llegue de manera más depurada a la gente del común y se puedan develar aspectos de fondo y los intereses económicos que puedan estar en juego tanto para el sector público como el privado, utilizando para ello los instrumentos propios de la construcción del conocimiento y los modelos de investigación, en especial los deductivos.

La novedad del escrito, radicó en que se puede ayudar a comprender lo que está sucediendo con un servicio público esencial y con ello tomar verdadero partido con criterios y argumentos sustentables en defensa de la comunidad en general, y porque no convertirse en veedores que contribuyan con ideas y opiniones reflexivas ante este coyuntural en el país.

Siempre es necesario indagar las posiciones anteriores que existen frente al desarrollo de los temas que se plantean en las etapas iniciales de estudio, por tal motivo, la presente investigación desarrolla si existe la evaluación jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015 en este orden de ideas, se tienen los siguientes textos, que organizan consecucionalmente para identificar los elementos principales del tema principal de la investigación.

El Estado Social de Derecho, de acuerdo con la conformación constitucional del país, denota un desarrollo sistemático de reconocimiento de derechos fundamentales que son llevados a

normas de carácter procedimental y que como explican los tratadistas, como es el caso de Juan Carlos Esguerra Portocarrero, se entabla la “constitucionalización de los procedimientos administrativos”(Esguerra, 2014) tal y como se entabla la teoría organicista del Estado, planteada por Libardo Rodríguez a través del estudio de la ley 489 de 1998, donde se conjuga la operatividad del Estado Social, cuando el mismo actúa en “procura de la garantía de los derechos fundamentales” (Rodríguez, 2006).

Es oportuno traer a colación algunos aspectos referenciados en el Informe de Ponencia para segundo debate Proyecto de Acto Legislativo No. 040 de 2012 Cámara “Por el cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a Derecho Fundamental a la salud de todos los colombianos” (AL40, 2012).

En ese Acto Legislativo, se explica claramente que en la Constitución colombiana no existen jerarquías de derechos constitucionales, ni derechos absolutos, sino que de acuerdo con la teoría de Robert Alexy los derechos como mandatos de optimización “se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (AL040, 2012).

A su vez, se estableció que los derechos sociales pueden ser entendidos como fuente de normas de los fines del Estado, es decir tienen la estructura de normas de programación final, que se caracterizan porque a diferencia de las normas condicionales las típicas del derecho, prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios (Bernal, 2005).

Así las cosas, el constituyente del 1991, consagró el derecho a la salud como lo define Rodolfo Arango como un “derecho social fundamental que se distingue de otros derechos

fundamentales por ser derechos de prestación en sentido estrecho, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado” (Arango, 2005).

Continúan los ponentes afirmando que bajo este entendido el derecho a la Salud, si bien es cierto requiere una contraprestación económica por parte del Estado para garantizar su efectividad, es un derecho fundamental toda vez que es un presupuesto substancial de la dignidad humana, como lo ha establecido la Corte Constitucional, tal como se aprecia en la sentencia T-760-08, donde se hace un recuento jurisprudencial de la posición de las Corte Constitucional sobre el derecho a la salud (T760, 2008).

Es indiscutible que la Salud en Colombia es un derecho fundamental de prestación, que doctrinariamente se denomina derecho social fundamental, es decir un derecho que requiere la acción positiva del Estado, “en el plano del titular del derecho todas las personas son portadoras de derechos sociales fundamentales, pero los obligados son exclusivamente los Estados Democráticos modernos. En el plano de la fundamentación filosófica, los derechos sociales fundamentales son derechos humanos cuyo carácter ideal de validez moral se ha fortalecido mediante su positivización (Arango, 2005).

Se deja en entredicho entonces, que elementos como la falla en el servicio entonces, se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente, ocasionado entre otros elementos, un desequilibrio económico que debe ser visto desde las esferas administrativas, como una fuente dentro del desarrollo de la nación.

Es importante señalar que en Colombia existe la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, y en ese sentido, se evaluaron las consideraciones que el director Juan Carlos Giraldo,

tuvo sobre cómo ha cambiado el rol de los médicos en el país con la ley estatutaria de salud, la principal conclusión de su ejercicio de disertación, es que, en Colombia se debe establecer un sistema único e integral de salud. No más régimen subsidiado y contributivo, ni tampoco un sistema fragmentado que, a la larga, porque eso sólo provoca limitaciones y restricciones para los ciudadanos que necesitan y tienen derecho a un buen servicio. Hay muchas entidades que no son compatibles y en vez de facilitar las cosas lo que hacen es contener y restringir. Por eso hay que eliminar las barreras y definir el núcleo del derecho a la salud, crear el presupuesto necesario y garantizar su sostenibilidad.

En el marco de los dos años para su implementación. Como una prioridad del Ministerio de Salud y aunque según la entidad ha habido importantes avances, no ha sido una tarea fácil porque abarca casi todos los componentes del sistema de salud, entre ellos la regulación del ejercicio de los profesionales de la salud.

Indicó el señor Juan Carlos Giraldo, que el plazo para la implementación es prudencial y que sirvió para tener un acercamiento al corazón de la ley estatutaria e hizo ver cuáles son sus alcances y límites. Indica, que se está en una etapa de transición que se va a prolongar más de lo esperado y terminará el día en que el ciudadano de a pie sepa cuál es el núcleo fundamental del derecho a la salud (Giraldo, 2017).

No obstante, recuerda Giraldo, que el derecho a la salud, no se inventó con la ley estatutaria, como algunos piensan. Es algo que se ha venido construyendo con el tiempo, desde la Constitución Política de 1991, la ley 100 de 1993, el ejercicio de la tutela del artículo 86 de la constitución política y, sobre todo, con el trabajo de la Corte Constitucional. El problema es que cada cual interpreta las cosas según su conveniencia y esto hace que se esté inmerso en un

mundo de interpretaciones donde el médico ha recobrado su autonomía.

Pero, la autonomía es uno de los componentes fundamentales del profesionalismo. Mucho más en el caso de la profesión médica. De tal forma que una ley no me puede devolver la autonomía como médico. Este es uno de los principios éticos que cada profesional de la salud debe tener (Giraldo, 2017).

Frente a este punto valga la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello el Estado tiene responsabilidad directa, sin perjuicio de que con posterioridad contra los funcionarios se ejerzan las debidas acciones de repetición.

Es necesario mencionar en este momento, por qué hablar de “Estado Constitucional” y para ello, Zagrebelsky, propone al Estado Constitucional como un “auténtico cambio genético” (Zagrebelsky, 2008). respecto de los postulados del Estado de Derecho. A diferencia de García Pelayo, quien afirma que el Estado Constitucional perfecciona al Estado de Derecho, y que existe una natural relación de continuidad entre ellos (García, 1997). En efecto el Estado de derecho, organiza políticamente al Estado, y somete el poder al derecho de manera formal, atendiendo al conjunto de disposiciones tendientes a garantizar el control jurídico del poder, tales como, separación de poderes, principio de legalidad, control judicial, reconocimiento de derechos, y de manera sustancial, atendiendo propiamente a los contenidos normativos que condicionan el actuar del poder, sus derechos y obligaciones.

Es importante señalar que la diferencia entre el Estado Constitucional y el Estado de Derecho, se da de manera relevante en el alcance que se confiere a los mecanismos de control del poder,

todas ellas enmarcadas en un ideario político, sin alcance ni fuerza normativa, un texto político propio del Estado de Derecho. Por su parte el Estado Constitucional leído en las disposiciones constitucionales de la Constitución Política de Colombia de 1991, se fundamenta de la soberanía y de la democracia, compatibles en todo caso con la limitación del poder de las mayorías.

Por otra parte, llena de contenido normativo a sus disposiciones en la medida en que dispone a la Corte Constitucional, como el defensor de la constitución y con ella a todo el cuerpo de jueces que actúa en su momento como juez constitucional, dejando de lado ese texto muerto, y dándole poder vinculante a la totalidad del texto constitucional. Colombia se presenta constitucionalmente como un Estado Social de Derecho, y es importante señalar aquí que el carácter social, pretende hacer compatibles la libertad y la igualdad, lo cual supone la adopción de medidas públicas a favor de grupos sociales en desventaja, basados en criterios de igualdad sustancial.

En primer lugar, se tiene “ensayos de derecho administrativo” del tratadista Carlos Botasi, donde se explica en uno de sus escritos que los actos de gobierno son de bases francesas y por tanto, refiere un interesante marco histórico (Botasi, 2010). A su vez se encuentran, coincidencias temáticas de desarrollo en el texto de Ricardo Rivero, denominada “igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo, explicando las diferencias que existen entre un acto político y un acto de gobierno”. En este orden de ideas, se resalta otro antecedente importante como la perspectiva del derecho administrativo en el siglo XXI del tratadista Jorge Fernández Ruiz para la universidad nacional de Colombia explicando que existe dentro del ordenamiento jurídico un elemento base que se desarrolla a través del control de diferentes actos en el núcleo esencial de estudio.

El fundamento epistemológico planteado en este artículo se basa principalmente en lo preceptuado de la escuela Crítico-Social, toda vez que se tendrá en cuenta la relación del sujeto con el objeto, siendo el sujeto cognoscente parte de la realidad social, relación que se da a partir de la pertenencia, la identidad cultural y condiciones sociales similares, aquí el sujeto y el objeto establecen una relación horizontal, de diálogo.

Respecto a los supuestos teóricos, se referirá básicamente a los elementos de la teoría social que permiten interpretar las condiciones jurídicas, en este sentido, se determinará la evaluación jurisprudencial del estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015.

Para obtener una muestra de carácter local, se plantearon como técnicas de investigación el análisis de jurisprudencia, que hace parte de todo el documento en cuanto a la consulta de la jurisprudencia y la práctica de peticiones a los juzgados del municipio de Cali - Valle, para lograr un alcance explicativo de la investigación debido que se quiso establecer un sentido de entendimiento hacia la viabilidad para identificar la evaluación jurisprudencial del estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015, para cuando había necesidad de calificar las decisiones políticas del rey, y se manejaban las relaciones con el régimen parlamentario, cuando se carece de cualquier control judicial. El enfoque propuesto es el enfoque cualitativo, el cual, en concordancia con (Hernández, 2010) su finalidad es profundizar y comprender la evaluación jurisprudencial del estado de cosas inconstitucionales de la salud en Colombia como una consecuencia de la ley estatutaria 1751 de 2015.

Discusión y Conclusiones

Se tiene según Rodrigo Uprimny que “en Colombia la judicialización de la política parece haber adquirido una intensidad mayor que en muchos países del Tercer Mundo en los cuales se ha generalizado el protagonismo judicial.” (Uprimny, 2007) según lo anterior, “basta indicar que se tradujo en un profundo desprestigio del Congreso y de la llamada clase política, que ha posibilitado un mayor protagonismo de los jueces, y en especial de la Corte Constitucional. En efecto, en muchas ocasiones, lo que ocurre no es que ese tribunal se enfrente a los otros poderes, sino que ocupa los vacíos que éstos dejan; y esa intervención aparece legítima ante amplios sectores de la ciudadanía que consideran que al menos existe un poder que actúa en forma progresista y ágil.” (Uprimny, 2007)

En este orden de ideas, la “expedición de la Constitución de 1991, que tiene una amplia carta de derechos, y con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional en 1992, la situación cambió profundamente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo” (Jacob, 1996) se explica entonces la tesis de Juan Carlos Sotelo quien indica que “de un lado, la Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces vía tutela constitucional, en virtud de la doctrina de la conexidad” (Sotelo, 2000). como una explicación de las tendencias a la judicialización de la política no es fácil, por cuanto las interpretaciones no coinciden plenamente. En tal sentido, Carlos Bernal Pulido, manifiesta que esta constitucionalización interna del derecho converge con el fortalecimiento relativo (Bernal, 2016).

Se corroboró el estudio de la jurisprudencia y el análisis de las tutelas que con el plan decenal de salud pública 2012 - 2021 que con la ley estatutaria 1751 de 2015 se tiene que con este

proyecto de ley los colombianos podrán acceder a un servicio de salud oportuno y con calidad.

En este orden de ideas, la Ley plantea una ruta hacia un nuevo modelo de salud más eficiente y sencillo que asegure que a nadie se le niegue un servicio de salud, acabe con la intermediación financiera y sea más transparente.

El proyecto de Ley incluye cuatro grandes fórmulas como es el caso de los artículo 23 y siguientes, donde se tiene en cuenta la creación de un fondo único que administre todos los recursos del sistema de salud, transparente y bien vigilado, también un plan de beneficios único para todos, que incluya todas las patologías y también los gestores de servicios de salud: que se encargarán de acompañar a los ciudadanos por su paso por el sistema de salud, que respondan por la salud de sus afiliados y no por los rendimientos financieros. A su vez un sistema de prestación de servicios organizado por áreas de gestión sanitaria, con redes de servicios que estén cerca de los ciudadanos.

Indicando también que el ministerio de salud está trabajando con la superintendencia nacional de salud y la defensoría del pueblo en una estrategia de divulgación de derechos y deberes en salud. Igualmente, las EPS e IPS tienen la obligación de informar a sus usuarios sobre sus derechos y deberes. Parece una buena idea condicionar la obtención de una parte de los excedentes de los gestores a sus resultados en salud. Sin embargo, se debe escoger indicadores en salud que cumplan algunos criterios muy precisos para no fomentar más la selección de riesgos. En efecto, si los indicadores en salud están mal diseñados pueden generar incentivos a los gestores para seleccionar los riesgos de sus afiliados con el fin de presentar buenos indicadores. La recomendación sería entonces que estos indicadores se focalicen en aspectos de medicina preventiva.

La evolución de la concepción del derecho a la salud está reflejada en el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha tenido frente a procedimientos quirúrgicos en personas que padecen de cáncer, este es un elemento diferencial tenido en cuenta dentro de la elaboración de las políticas públicas en el país.

Por consiguiente, de acuerdo con las estadísticas de la Corte Constitucional, las sentencias del 2007, 2008 y 2014 toman una postura similar frente a la posibilidad de la Relatoría de la Corte Constitucional es una dependencia que tiene como función principal difundir la información sobre las providencias en control abstracto de constitucionalidad y acción de tutela que profiere la Corporación. Con ese fin, desde la creación en el año 1992, se ha logrado la sistematización completa de toda la jurisprudencia y al realizar cirugías estéticas que en principio están excluidas del POS, se encuentran dentro de la sombra decisional, o espectro dentro del cual la jurisprudencia puede moverse sin que se configure un cambio en el precedente.

Sin embargo, la sentencia de 2008 dentro de su ratio decidendi, indica que el derecho a la salud es un derecho autónomo y fundamental. Esta argumentación trae consigo una posición más garantista por parte de la Corte, puesto que eleva el derecho a la salud a un rango de derecho fundamental, permitiendo así que este sea defendido de manera autónoma por medio de mecanismos como la tutela.

Es por esto que, en este caso, aunque la decisión no cambia frente a las anteriores providencias, sí es procedente mover la sentencia más hacia el sí puesto que la Corte busca blindar aún más el derecho a la salud. La sentencia de 2009 hace un desarrollo sobre la posibilidad de que un médico particular sea partícipe en un procedimiento quirúrgico de cáncer, aunque este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud del afiliado. En esta

ocasión, la Corte adopta una posición más garantista e impone una carga mayor a la EPS buscando salvaguardar el derecho a la salud del ciudadano.

A su vez, se evaluó el análisis de Jorge Enrique Pérez Cárdenas en la revista Biosalud en el año 2017, donde indica que en lo que va transcurrido del año 2017, ha habido mucha publicidad por la aplicación de la ley 1751 del 2015 relacionada con definir o confirmar los derechos y deberes de la población que vive en Colombia, en lo relacionado con los servicios de salud.

Las noticias relacionadas con la aplicación de esta ley solamente han resaltado la importancia de por medio de la misma se ha acabado el plan obligatorio de salud que regía antiguamente en Colombia; sin embargo, como ley estatutaria, es un conjunto de directrices y normas que establece los derechos y deberes no solo de los usuarios de este sistema, sino también de los agentes prestadores con el fin de acabar con una serie de inequidades y seguramente del uso del mecanismo de la tutela para exigir el cumplimiento del sagrado derecho constitucional de acceso a una prestación digna y oportuna de los servicios de salud de los colombianos.

A pesar de la promulgación de esta ley, en algunas EPS se siguen presentando problemas para el acatamiento de la misma al someter a sus afiliados a dilaciones en la prestación de los servicios a pesar de que en el contenido de la misma se define que el derecho a la salud se debe obtener de manera "oportuna y eficaz". Es claro que los entes territoriales de salud, mediante sus inspecciones periódicas, están al tanto de las quejas y reclamos por la mala prestación de atención a los usuarios, y por lo tanto, este último recurso debe ser el utilizado por las personas para enterar al gobierno del incumplimiento por parte de las EPS. (Pérez, 2017)

En el artículo 6 de la Ley se establece el principio de la aceptabilidad en el cual se menciona

que en la aplicación de los servicios de salud se debe, respetar "las particularidades socioculturales y la cosmovisión de la salud de los usuarios de este sistema"; este principio plantea un problema con algunas comunidades como la indígena, que no aceptan la medicina occidental para el tratamiento de sus dolencias; lo cual implicaría además que el sistema de salud debería tener personas para la atención personalizada de estos individuos, que les garanticen la prestación de la salud de acuerdo con sus normas y principios.

Pero otro problema adicional es que en esta ley se prohíbe el uso de procedimientos y medicamentos no validados científicamente que demuestren su eficacia en el tratamiento de alguna patología; esta prohibición ya sería un argumento para la negación de los servicios de salud a aquellas personas que no aceptan los procedimientos científicamente validados a menos que el mismo paciente, a pesar de sus principios, renuncie a los mismos y acepte las indicaciones médicas prescritas para diagnosticar y atender las patologías que lo aquejan.

Es un hecho que los programas de prevención de la enfermedad y de promoción de la salud son una parte importante del sistema, ya que de esta manera se evitan sobrecargas en el mismo por enfermedades que se podrían haber prevenido. La preservación de la salud es un deber de todos los actores del sistema de acuerdo con esta ley; sin embargo, los mecanismos efectivos para el logro de este importante objetivo son muy incipientes en nuestro medio; puedo estar equivocado, pero no conozco, al menos en mi EPS, las estrategias de promoción y prevención que de manera activa incidan en cada uno de sus afiliados. El Estado debería normar este aspecto para que las EPS y ARS no sigan aplicando pañitos de agua tibia, sino que de verdad entren en esta estrategia que traería muchos beneficios al país.

Por último, hay dos aspectos finales que me parecen bastante importantes. El primero es la

definición de que en la prestación de los servicios de salud debe prevalecer la rentabilidad social y no la económica. Este aspecto implica que el estado debe garantizar la supervivencia de las EPS y ARS privadas, pero, además también debe vigilar estrechamente a las mismas para evitar el lucro de los promotores de estas iniciativas, tal como ha ocurrido anteriormente. Si el Estado aplicara con rigurosidad esta vigilancia, me pregunto: ¿cuántas de las EPS que actualmente tenemos en Colombia permanecerían?

La ley garantiza la autonomía profesional relacionada con el diagnóstico y tratamiento de los pacientes, aspecto que a veces es limitado por las directivas de las empresas prestadoras y que seguirá siendo limitado mientras existan las condiciones de contratación que no garantizan una estabilidad laboral de los profesionales de la salud, pauperizando su ejercicio profesional de acuerdo con aquellos lineamientos soterrados dados por los entes que los contratan, dentro de los que se cuentan no solo prestadores privados, sino también públicos, que son los que deberían dar ejemplo en la aplicación de esta ley.

De acuerdo con la Sentencia 650/11: “Es claro que la atención inicial de urgencias constituye una prestación cierta, que se encuentra expresamente consagrada en el Plan Obligatorio de Salud como un derecho que le asiste a todos los beneficiarios de dicho plan. Pero, además ello implica la efectividad del derecho a la salud como derecho fundamental” (Corte Constitucional T659, 2011). A su vez, la Sentencia T-594/07: “El derecho fundamental a la salud en relación con las prestaciones establecidos en el P.O.S., tiene dos dimensiones: (I) en primer término, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico incluido en el P.O.S. y, (II) en segundo lugar, la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos” (Corte Constitucional T594, 2007).

Por su parte, la Sentencia C-112 del 25 de marzo de 1998: “Cuando se presentan casos de urgencia se obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente, pues ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de "alto costo", necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios” (Corte Constitucional C112, 1998).

Como conclusión general de este análisis, podemos expresar que el reconocimiento jurisprudencial de la obligación, por parte de las entidades prestadoras, de ofrecer un servicio y no negarse a su prestación han sido elevados a rango legal, a través de esta ley estatutaria. Por lo que el derecho a la salud nutre su contenido, primero, al elevarse como derecho fundamental autónomo; y segundo, al reconocerse la prerrogativa inherente que le asiste a toda persona de ser atendida; bien se deba porque estamos frente a una urgencia, o por cumplimiento de los derechos que le otorga la ley; o en su defecto, por la toma de decisiones en observancia de los principios aquí contenidos.

Proyectando aquí lo dicho a la práctica, no debería haber inconvenientes como los llamados paseos de la muerte (remisión del paciente desde una entidad a otra), que tantas víctimas ha cobrado en nuestro país. Más, en la mayoría de las ocasiones, los problemas no son de la ley, sino del hombre que la ejecuta.

Se sugiere, por tal motivo y dentro de un marco de regulaciones a las entidades pertenecientes al sistema de salud, dentro del marco normativo y jurisprudencial adoptado dentro de la administración de la salud colombiana:

a) Dar estricto cumplimiento al plan decenal de salud pública, en especial con lo relativo a la ley 1751 de 2015, teniendo en cuenta el desarrollo de los preceptos de la tutela como un mecanismo para afrontar de manera sumaria las violaciones a los derechos fundamentales.

b) Adecuación de las instalaciones de tal forma que se cumplan las finalidades de atención de urgencias y con esto, reducir de manera notoria las necesidades apremiantes de tutelas, entre otros mecanismos de reclamación de derechos fundamentales, con ello se reduciría el índice de estado de cosas inconstitucionales que ya se encuentra planteado en la Corte Constitucional a partir de la masiva violación del derecho a la salud de los usuarios reclamantes.

c) Llevar a cabo una mejor metodología en el tiempo de ejecución de la materia toda vez que se realiza en la culminación o terminación de un procedimiento quirúrgico implica que la persona debe sobrellevar otros tratamientos y todos aquellos procedimientos con los cuales mejore de manera óptima, su salud.

d) Llevar a cabo un acompañamiento constante en la Institución Prestadora de Salud en capacitación y cumplimiento de los fines de la norma, de tal manera que las que se puedan recoger todas las dudas que presenten en el momento de la atención a los pacientes.

e) Modificar las partes concernientes al manejo de administración de las EPS, planteados en la Ley 100 de 1993, de tal modo, que el Estado administre y tenga un control directo sobre este tipo de entidades para reducir ostensiblemente, los casos de violación de derechos fundamentales.

Referencias.

Alonso, M. E., Vázquez, Enrique y Varela C. (2011) Formación ética y ciudadana, Julio 2014

Recuperado el 12 de junio del 2015, de:

Arboleda, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda edición.

Arnaiz Sánchez, Pilar y Azorín Abellán, Cecilia Ma. (2012, Julio). El edublog como herramienta de aprendizaje para todos en el entorno virtual. Recuperado el 09 de julio del 2015, de:<http://www.raco.cat/index.php/DIM/article/viewFile/269826/357351>

Banco de la República, Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango, libros mecanismos legales para la protección y desarrollo de los derechos humanos y ciudadanos afrocolombianos ley 649 de 2001. Circunscripción nacional especial en la cámara de representantes para la comunidad afrocolombiana. Recuperado el 06 de junio del 2015, de:
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/sociologia/movimiento/movimiento10.htm>.

Barriga Arceo, F. D., Hernández Rojas, G. (México, 1999) ESTRATEGIAS DOCENTES PARA UN APRENDIZAJE SIGNIFICATIVO, Una interpretación constructivista. Recuperado el 16 de junio del 2015, de:
http://www.urosario.edu.co/CGTIC/Documentos/estategias_docentes.pdf.

Botasi Carlos, el derecho a la salud. Acto Legislativo No. 02. Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles, Publicado en el diario oficial 44.893, del 7 de agosto del año 2002. Colombia: Recuperado el 05 de junio del 2018, de:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/norma>

Camargo pedro pablo. Los Estados De Excepción. Centro Educativo Indígena Unuma.

Aprendiendo sobre democracia con las tic. Página Web Institucional, Julio 2014.

Recuperado el 12 de junio del 2015, de: <http://www.eduteka.org/est/2/22608>.

Carlos Bernal Pulido, evaluación del Acto Legislativo N° 040 Cámara, 2012, p.2).

Colombia Aprende, La Red del Conocimiento. En el Valle: conectados con las TIC. Página Web

Institucional, Julio 2014. Recuperado el 13 de junio del 2015, de:

<http://www.colombiaaprende.edu.co/html/home/1592/article-84106.html>.

Consejo Nacional Electoral. Todos los Derechos Reservados 2011 CNE - Avenida Calle 26 # 51-

50 - Edificio Organización Electoral - CAN (Bogotá - Colombia). Página Web

Institucional, Julio 2014. Recuperado el 07 de junio del 2015, de: www.cne.gov.co/.

DAPRE, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (2014). Plan De

Participación Ciudadana Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Recuperado el 13 de junio del 2015, de:

<http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/Documents/Planeacion/DAPRE-Plan-Participacion-Ciudadana-2014.pdf>.

Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, derecho administrativo colombiano.

García De Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Ed. Cuadernos Civitas,

Madrid (España), 1974

García Pelayo, el desarrollo hermenéutico

Gaviria, Alejandro, Ministro de Salud, disertaciones en su texto acerca del apalancamiento de la

salud.

http://repositoriorecursos-download.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=39bd0e4e-a2f5-4fd4-8f18-bd44ad2bf3ec.

Mandela, Nelson Fuente: Discurso de la Unión 1989

Moreno Daza Jorge (2017). Vol 1 Ed 9 » Omnia » Análisis de la ley estatutaria de salud, en materia de prohibición de la negación de prestación de Análisis de la ley estatutaria de salud, en materia de prohibición de la negación de prestación de servicios.

Fundamento jurisprudencial

Parra Jaramillo, I.D & Toro Ramírez, R.D (2010) Fundamentos epistemológicos de la investigación y la metodología de la investigación cualitativa/cuantitativa. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT

Pignuoli Ocampo, Sergio. (2013). Doble contingencia y orden social desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Sociológica (México), 28(78), 7-40. Recuperado en 07 de marzo de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000100001&lng=es&tlng=es.

Penagos, Gustavo, El acto administrativo. Tomo II. Parte especial. 7a edición Varios Autores. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa. 2a Edición 2009.

Pérez Cardenas, Jorge Enrique. (2017). ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEY 1751 DEL 2015 QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. Biosalud, 16(1), 5-6. <https://dx.doi.org/10.17151/biosa.2017.16.1.1>

Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Rodríguez, M. (2010) En: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010.

Rivero Dromi, Análisis de la acción de tutela.

Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos xv Herbert Jacob et al., *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 396 y ss.

Rodríguez. Juan Carlos. Derecho de tutela.

s/Normal.jsp?i=5562

Sentencia de la Corte constitucional T-468 del 2013

Sentencia de la Corte Constitucional T-760-08

Sentencia 650/11: “Es claro que la atención inicial de urgencias constituye una prestación cierta, que se encuentra expresamente consagrada en el Plan Obligatorio de Salud como un derecho que le asiste a todos los beneficiarios de dicho plan. Pero además, ello implica la efectividad del derecho a la salud como derecho fundamental”.

Sentencia T-594/07: “El derecho fundamental a la salud en relación con las prestaciones establecidos en el P.O.S., tiene dos dimensiones: (i) en primer término, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico incluido en el P.O.S. y, (ii) en segundo lugar, la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos”.

Sentencia T 309/11 4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Primera, consejera ponente María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de Julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 47001-23-31-000-2006-00829-01.

Sentencia C-112 del 25 de marzo de 1998: “Cuando se presentan casos de urgencia se obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente, pues ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de "alto costo", necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios”.

T-307 de 2007

Sentencias: T-949 de octubre 7 de 2004, Sentencia T 760 del 2008, T-873 de octubre 19 de 2007.

Sentencia T- 760 del 2008. T 730-91.

Strauss, A & Corbin, J (2002) Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia

Zagrebelsky, los órdenes constitucionales.