...si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo C - 004 de 1992

Bogotá., 16 de febrero de 2010.

Magistrada y Magistrados

Corte Constitucional

E. S. D

Referencia: Intervención ciudadana contra el decreto 4975 de 2009 por el cual se declara el estado de emergencia social. Expediente: RE0000152.

Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Rafael Barrios Mendivil, Presidente de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Yesid Hernando Camacho Jiménez, Presidente de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, -ANTHOC- Germán Hernández, Presidente del Sindicato de Trabajadores del Hospital Militar Central, Esperanza Morales Correa Presidenta de la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia ANEC, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes, abogadas del área de acciones públicas del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, identificados(as) como aparece al pie de nuestras firmas, ciudadanos(as) en ejercicio, así como los siguientes ciudadanos en formato de suscripción adjunto: Oneida Giraldo Camargo Presidenta de Humanidad Vigente Corporación Jurídica, Omar Fernández Obregón, Comisión Interfranciscana de Justicia, Paz y Reverencia con la Creación, Jesús Alberto Franco Giraldo, Director de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Luis Carlos Bonilla Rico Director del Comité Permanente por la Defensa de Derechos Humanos, Ana Lucía Casallas Murillo Directora de la Corporación para la Salud Popular GRUPO GUILLERMO FERGUSSON y Luis Alfonso Ruíz Alegría nos dirigimos ante uds., para presentar intervención ciudadana con el fin de solicitar la declaración de inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009 por el cual se declara el estado de emergencia social, conforme a los siguientes cargos y de acuerdo con el orden presentado a continuación.

Tabla de contenido:

0. Introducción.....	3
1. Norma acusada de inconstitucionalidad	5
2. Alcance del Decreto 4975 de 2009.	5
3. Normas constitucionales violadas y fundamento de los cargos de inconstitucionalidad.....	8
3.1 Control constitucional de los estados de emergencia económica, social y ecológica...8	
3.1.1 Regulación de los estados de excepción en la Constitución Política de 1991.....8	
3.1.2 Rasgos distintivos del estado de emergencia económica, social y ecológica.....10	
3.1.3 Alcance del control constitucional del estado de emergencia.....11	
3.2 Cargos de inconstitucionalidad contra el decreto 4975 de 2009.....16	
3.2.1 Examen constitucional de los requisitos establecidos para declarar la emergencia social.....16	
3.2.1.1 El presupuesto fáctico.....16	
3.2.1.2 El presupuesto valorativo	26
3.2.1.3 El juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias.....32	
3.2.2 Violación de los artículos 1, 2, 13, 49, 83, 215 y 350 de la Constitución Política, los artículos 2.1, 2.2, 3, 4 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), los artículos 1, 2, 3, 5 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 11.1 lit f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los artículos 1.1, 2, 24, 26 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 4 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el artículo 57 de la ley estatutaria de estados de excepción, por incumplimiento de los requisitos exigidos para la declaración de emergencia.....38	
3.2.3 El derecho fundamental a la salud y las obligaciones internacionales vulneradas con el decreto 4975 de 2009.....46	
3.2.3.1 Alcance del derecho humano fundamental a la salud.....46	
3.2.3.2 Violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente al derecho fundamental a la salud, por el decreto 4975 de 2009.....48	
a) Violación de las obligaciones internacionales de respeto, protección y garantía de los de derechos sociales.....48	
b) Violación de las obligaciones de satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud y de progresividad efectiva de este derecho.....53	
c) Violación de los contenidos de disponibilidad, acceso, no discriminación, acceso físico y económico, acceso a la información, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud.60	
4. Pretensiones.....	61
5. Pruebas.....	62
6. Competencia.....	62
7. Notificaciones.....	63

Introducción

Por medio del decreto 4975 de 2009 el Gobierno Nacional ha decidido declarar la emergencia social en el territorio nacional, con base en consideraciones económicas sobre la sostenibilidad financiera de las EPS e IPS. Sin embargo, esta decisión se da en un contexto que de acuerdo con el derecho internacional de derechos humanos sólo podría dar lugar a la adopción de medidas excepcionales para proteger el derecho fundamental a la salud.

De una parte, existe una situación de violación masiva del derecho a la salud, lo cual, se encuentra documentado en un sinnúmero de acciones de tutela en las cuales los jueces, mediante un proceso reglado y preestablecido, han declarado reiteradamente la violación de este derecho por parte de esas entidades que hoy obtienen medidas excepcionales del Estado para proteger sus ingresos envés de ser sancionadas conforme a la ley.

De otra, se da en la época para la que el Gobierno debería haber cumplido con la integridad de las órdenes emitidas en la sentencia T- 760 de 2008 de la Corte Constitucional en la cual se estudió de fondo y desde una perspectiva integral de derechos, la situación del sistema de salud. A la fecha el Gobierno debería haber satisfecho, entre otras obligaciones, la cobertura del derecho a la salud para la población colombiana, sin embargo, ha dejado de lado sus compromisos internacionales y ha decidido favorecer a un sector específico con medidas especiales, sin que exista una justificación constitucionalmente razonable para ello.

Finalmente, la emergencia social es declarada en el escenario de un modelo del sistema de salud guiado por las reglas del mercado controlado que genera ventajas y riesgos, y es elegido libremente por las entidades prestadoras de salud bajo esas condiciones, sin que exista fundamento alguno para validar en un Estado Social y Democrático de derecho la intervención estatal, al menos, no antes de satisfacer las necesidades de la población en relación con el derecho fundamental a la salud.

En la presente intervención ciudadana solicitamos a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable del decreto 4975 de 2009 por considerarlo contrario a la carta política. Consideramos que la declaración de emergencia social no satisface los requisitos constitucionales previstos por el artículo 215 de la carta política y que no fue declarada para proteger el derecho a la salud sino los intereses del EPS e IPS. El Gobierno expresa la ocurrencia de hechos irregulares que estarían generando sobrecostos injustificados sin demostrar cuáles son esas irregularidades, en contravía con el postulado constitucional de buena fé. También desarrolla en su informe ante el Congreso una crítica a la presentación masiva de acciones de tutela por violación del derecho a la salud y la utiliza como justificación para adoptar la emergencia social, como si el ejercicio de un derecho

fundamental fuera una situación irregular para validar un estado de excepción y como si la violación masiva del derecho fundamental a la salud fuera atribuible a la población y no a las EPS e IPS. Por esta circunstancia distintos sectores de la sociedad han solicitado a la Corte Constitucional la declaración de un estado de cosas inconstitucional en materia de protección del derecho a la salud, precisamente por la comprobación de la violación masiva de este derecho. Sin embargo, con la emergencia social no se atienden las dificultades de la población para acceder a los medicamentos ni tratamientos necesarios para garantizar su salud sino que protege a las EPS e IPS.

Los hechos expuestos por el Gobierno en las consideraciones del decreto 4975 de 2009 distan además de ser sobrevinientes y extraordinarios como lo exige la Constitución Política. Se trata de una situación crítica, especialmente para la población colombiana, que se viene presentando desde la definición del modelo del sistema de salud incorporado en la ley 100 de 1993. Distintos estudios y sentencias de la Corte Constitucional dan cuenta del carácter permanente y estructural de los problemas del sistema de salud. Por lo demás, con la declaración de emergencia social el Gobierno alega su propia culpa porque luego de 7.5 años de gobierno no había adoptado las medidas necesarias para enfrentar las dificultades del sistema.

La declaración de la emergencia social sin el cumplimiento de los requisitos necesarios exigidos por la carta política genera la violación de distintas normas del derecho internacional de los derechos humanos relacionadas con el contenido de diferentes derechos, especialmente del derecho a la salud, y de varias obligaciones internacionales en la materia.

En consecuencia, a continuación realizaremos nuestra exposición sobre la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009 para lo cual presentaremos (i) la norma acusada, (ii) el alcance de la declaración de la emergencia social y (iii) las normas constitucionales violadas. En este último punto, describiremos las normas vulneradas y los cargos de inconstitucionalidad sobre los requisitos exigidos por la Constitución Política para declarar la emergencia social, las normas del bloque de constitucionalidad desconocidas por la norma acusada y las obligaciones internacionales del Estado colombiano respecto del derecho humano fundamental a la salud que han sido vulneradas por el decreto 4975 de 2009.

1. Norma acusada de inconstitucionalidad

La norma acusada de inconstitucional es el decreto 4975 de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”, que aportamos en copia simple para su debida identificación.

2. Alcance del Decreto 4975 de 2009.

Mediante decreto 4975 de 2009 el Gobierno Nacional declaró el *estado de emergencia social*, con base en los artículo 48, 49 y 215 de la Constitución Política (de la C.P). Dentro de las consideraciones expuestas por el Gobierno se destacan los siguientes elementos:

- Reconoce el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud pero que es susceptible de limitaciones, según el Gobierno, “con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado”¹.
- Recuerda que el sistema de seguridad social en salud creado por la ley 100 de 1993, (modificado ley 1122 de 2007), está compuesto por los regímenes contributivo y subsidiado, establecidos para prestar el servicio de salud.
- Manifiesta que el sistema de salud está suministrando medicamentos y servicios por fuera del plan obligatorio de salud (POS) con cargo al fondo de solidaridad y garantía y las entidades territoriales y que el Estado no cuenta con mecanismos para controlar los abusos en la demanda de esos servicios.
- Afirma que como los servicios no previstos en el plan obligatorio de salud no fueron regulados ni planeados económicamente, se está poniendo en riesgo el equilibrio del sistema por la generalización de esos servicios de manera sobreviniente e inusitada.
- Concluye que los gastos de los servicios y medicamentos no incluidos en el POS compromete los recursos de aseguramiento, generando la iliquidez, por una parte, de las entidades promotoras de salud y de las instituciones prestadoras de servicios y de otra, del sistema de seguridad en salud, lo cual, según el Gobierno, pone en riesgo la prestación del servicio y la protección del derecho a la salud y la vida.
- Responsabiliza de incentivar esta situación a algunos agentes y reguladores del sistema de salud, por lo cual, se aumentan los gastos del sistema.
- Aporta cifras sobre el supuesto incremento desde el año 2007 (hace tres años) al 2009, del gasto de servicios y medicamentos por fuera del POS, con un aumento del 239%.

---

¹ Decreto 4975 de 2009.

- Afirma que el sobrecosto generado por servicios y medicamentos por fuera del POS produce una supuesta situación de inequidad entre las personas afiliadas al régimen contributivo, sin aclarar el alcance de esta declaración.
- Señaló la existencia de supuestos problemas de corrupción dados en el mayor valor pagado en el recobro, respecto del precio oficial de los medicamentos y en la mayor cantidad de medicamentos reportados por el FOSYGA.
- Destaca que el régimen subsidiado también tiene incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el POS.
- Indica que las entidades territoriales han reportado el incremento del gasto en el régimen subsidiado por cuenta del incremento de la demanda en servicios y medicamentos no incluidos en el POS, generando un grave déficit para prestar el servicio a la salud y también para atender *otros* servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas.
- Afirma que por cuenta de esa situación las entidades territoriales tienen un déficit por sobregastos del 116%.
- Señala que el déficit de las entidades territoriales ha tenido un “efecto directo” en las entidades promotoras de salud y en las instituciones prestadoras de servicios de salud, que tienen cuentas por cobrar con el Estado sin que se señale alguna pérdida de dinero.
- Manifiesta que los procedimientos y mecanismos para el manejo de recursos para el pago de los servicios y medicamentos por fuera del POS son insuficientes y esto genera la ineficiencia e iliquidez de las entidades promotoras de salud.
- Informa que según lo expresado por las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud se ha agravado su situación financiera, nuevamente, sin indica alguna pérdida de recursos.
- Destaca que la cartera hospitalaria se ha incrementado
- Reafirma que las instituciones prestadoras del servicio de la salud han manifestado el incremento de la cartera.
- Expresa que por cuenta de la territorialidad del aseguramiento la población del régimen subsidiado tiene una barrera para acceder a la salud.
- Afirma que las EPS e IPS enfrentan problemas adicionales de liquidez por causa de la falta de mecanismos para incorporar recursos económicos disponibles para el sistema de seguridad social y para resolver los conflictos generados entre ellas.
- Destaca la información proveniente de los informes de las agencias de control sobre la destinación diferente de algunos recursos del sistema de salud sin aclarar el alcance de esta circunstancia.
- Conceptúa que dada la situación anterior los mecanismos ordinarios no son suficientes para enfrentarla
- Expresa que los recursos económicos que ingresan al sistema de salud no son suficientes para atender los servicios fuera y dentro del POS, ni para

atender las prioridades del sistema que según su concepto se reduce a la ampliación de la cobertura.

- Prevé que de mantenerse el ritmo de gasto actual, los recursos del FOSYGA se acabarán el primer semestre del año 2010.
- Estima probable además que lo anterior, se generen cierres de hospitales, quiebra de EPS e IPS, inviabilidad financiera de las entidades territoriales, cesación de pagos y la parálisis del sistema.
- Considera que el orden social está amenazado por causa de la inviabilidad financiera del sistema de salud y por ende que está riesgo la protección del derecho a la salud.
- Señala que la parálisis del sistema de salud puede llevar a una catástrofe social.
- Afirma que para superar la situación es necesario adoptar medidas en el sistema de salud.
- Indica que a pesar de los cambios de la ley 1122 de 2007 no fueron suficientes.
- Destaca que las medidas administrativas adoptadas, tampoco han sido suficientes.
- Recuerda que el Congreso y el Gobierno decidieron inyectar \$300.000 millones para enfrentar la supuesta situación de crisis.
- Aclara que las medidas por adoptar son necesarias para regular la “forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos” en el POS.
- Afirma que en el presente escenario son necesarias facultades para unificar el Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes.
- Reitera la necesidad de adoptar medidas para “procurar” el acceso oportuno y efectivo de la población, especialmente la más pobre, a la salud.
- Expresa que las medidas por adoptar también son necesarias para lograr una “mayor equidad y oportunidad en la distribución, asignación y flujo de los recursos” del sistema, para “reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y [sus] fuentes de financiación” y para “optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos”.
- Expresa que es necesario además establecer un marco regulatorio y fortalecer la Comisión de Regulación de Salud.
- Establece como prioridad regular la actividad de los médicos para impedir que decidan autónomamente los tratamientos, a través de “criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnica científica”.
- Indica que resulta procedente “revisar y racionalizar” la actuación de los diversos reguladores y agentes del sistema”.

- Señala la necesidad de medidas adicionales para “que los recursos del Sistema que, por múltiples razones, no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema” y para “fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas” y mejorar los controles en el sistema.

De acuerdo con estas consideraciones el Gobierno Nacional declaró la emergencia social en todo el territorio nacional por 30 días contados a partir del 23 de diciembre de 2009.

3. Normas constitucionales violadas y fundamento de los cargos de inconstitucionalidad.

3.1 Control constitucional de los estados de emergencia económica, social y ecológica.

3.1.1 Regulación de los estados de excepción en la Constitución Política de 1991

La Constitución Política en sus artículos 212 y ss., establece tres tipos de estados de excepción en el país, esto es, el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica. En general, la declaración de cualquier estado de excepción requiere la firma del Presidente y sus ministros, el ejercicio de las facultades reconocidas al ejecutivo debe estar dirigido estrictamente a conjurar las causas de la perturbación, no se pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, no se puede alterar el normal funcionamiento del Estado, el Presidente y los ministros son responsables cuando declaren un estado de excepción sin justificación y la declaración del estado de excepción debe ser motivada por hechos reales y sobrevinientes que pongan en riesgo o amenacen un orden social determinado. El Gobierno Nacional debe remitir a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos sobre el respectivo estado de excepción.

El estado de excepción es permitido dentro de un estado de derecho, si y solo si cumple una serie de requisitos constitucionales, entre ellos, la sujeción del gobernante a los controles políticos y jurídicos en relación con las decisiones que adopta en el marco del estado de excepción y la limitación temporal a la restricción de las libertades y derechos que en todo caso, tiene condiciones adicionales.

De acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH), durante los estados de excepción son susceptibles de limitación algunos derechos humanos, salvo, el derecho a la vida, la personalidad jurídica, la integridad personal, la prohibición de esclavitud, el principio de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley penal, la libertad de conciencia y religión, la familia, el

nombre, los derechos de la niñez, el nombre, la nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías judiciales necesarias para defender estos derechos, (Art. 27 N° 2 CADH), de manera que hablamos de una lista explícita de derechos que no pueden ser restringidos o suspendidos durante el régimen de excepción.

En relación con los derechos humanos en general, la declaración de un estado de excepción implica que ninguna medida adoptada puede ser incompatible con las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, ni debe representar discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (Art. 27 N° 1). Además, la decisión del estado de excepción debe ser notificada a los estados partes de la CADH por medio de la secretaría general de la OEA.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece unas condiciones precisas para la declaración y desarrollo de los estados de excepción. En su artículo 4 el referido Pacto, prevé requisitos semejantes a los señalados por la Convención Americana ya que prohíbe todo tipo de suspensión en relación con los derechos a la vida, la integridad personal, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de sancionar con medida privativa de la libertad por deudas, la legalidad e irretroactividad penal y la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Asimismo, el Estado parte del pacto también debe dar cuenta de la declaración y levantamiento del estado de excepción a los demás estados partes.

Un limitación adicional ha sido la establecida por la carta política y desarrollada por la Corte Constitucional, en el sentido de prohibir que las medidas del estado de excepción vulneren el núcleo esencial² de los derechos, incluidos aquellos respecto de los cuales la Convención Americana y el Pacto, permiten la restricción, es decir, aún los derechos limitados no pueden ser desconocidos en su núcleo esencial y por ello, establece un límite adicional, un “límite a la limitación de los derechos fundamentales bajo el régimen de excepción: que, ni siquiera en aquéllos cuya restricción está permitida, se vulnere su núcleo esencial”³.

En relación con la justificación de las medidas adoptadas por el gobierno durante el estado de excepción, tenemos que deben tener conexidad directa con las causas

---

² “El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. ....Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose”, referencia de la Corte Constitucional, sentencia C - 179 de 1994. M.P Carlos Gaviria Díaz, citando Sentencia T-426/92 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional, sentencia C - 179 de 1994. M.P Carlos Gaviria Díaz.

que dieron origen a la declaración del régimen excepcional, este, “es un requisito constitucional de ineludible cumplimiento”⁴.

El marco jurídico de los estados de excepción reconoce mayores facultades al ejecutivo en el ejercicio de sus competencias, sin embargo, los poderes discrecionales que establece la Constitución Política para estas situaciones están sujetos a distintos tipos de controles políticos y jurídicos y la limitación de los derechos paradójicamente solo tiene como objetivo restablecer el ejercicio pleno de los mismos⁵. Fuera de estas condiciones, todo estado de excepción resulta inconstitucional.

3.1.2 Rasgos distintivos del estado de emergencia económica, social y ecológica.

El artículo 215 de la Constitución Política regula el estado de emergencia económica, social y ecológica que puede ser declarado por el Gobierno Nacional ante hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social o ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública y que sean diferentes a los que originan los otros dos tipos de estados de excepción. Deben cumplirse además los siguientes requisitos:

- a) La declaración de la emergencia debe ser motivada y las medidas adoptadas deben orientarse exclusivamente a conjurar la crisis.
- b) Los decretos expedidos a partir de la declaración de la emergencia, deben contener materias que tengan una relación directa y específica con la situación que se pretende superar.
- c) El Congreso debe ejercer control político sobre la declaración de la emergencia y puede modificar los decretos legislativos dictados en el marco del estado de emergencia.
- d) El Gobierno no puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos de emergencia.
- e) La tutela procede aún durante los estados de excepción, por tanto, su trámite no puede ser restringido salvo la expedición de una ley estatutaria (art. 57 LEEE).

En ese sentido, el estado de emergencia económica, social y ecológica tiene unos elementos esenciales característicos que debe reunir al momento de ser declarado por el Gobierno Nacional. La jurisprudencia constitucional los ha sintetizado como

---

⁴ *Ibíd*

⁵ *Ibíd*

los elementos de *hechos causales, objetivos específicos y medidas adoptadas para superar la emergencia*⁶.

Los hechos “no sólo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, *sobrevinientes*”⁷; el objetivo debe “conjurar de manera inmediata la crisis económica, social o ecológica, y a detener o minimizar la extensión de sus efectos”⁸; y las medidas adoptadas “tienen que estar dirigidas exclusivamente a esos objetivos que justificaron la declaración de emergencia [y deben ser] conducentes y eficaces para enfrentar la situación coyuntural”⁹.

En términos concretos, la emergencia económica, social o ecológica se define por una “situación de hecho que perturba o amenaza perturbar de manera grave, inminente o intempestiva, el orden económico, social y ecológico”¹⁰, de manera que la gravedad de la situación puede evaluarse respecto de la ocurrencia de hechos que perturban efectivamente el orden social o que sencillamente amenazan con hacerlo con la misma gravedad.

3.1.3 Alcance del control constitucional del estado de emergencia.

En relación con los requisitos para la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica, la Corte Constitucional ha señalado que de acuerdo con la Constitución Política de 1991, (en adelante la C.P) el Presidente de la República tiene una discrecionalidad limitada para hacer la declaración porque los supuestos fácticos en los cuales se basa deben ser diferentes de los hechos que dan origen a los demás tipos de estados de excepción y, en especial, deben ser *sobrevinientes* y deben ser de una gravedad tal que atenten contra el orden económico y social o constituyan una calamidad pública¹¹.

Adicionalmente, la C.P., establece que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional deben dirigirse estrictamente a superar las causas de la declaración del estado de emergencia económica y social. Esta facultad del Presidente de adoptar medidas es restringida por dos razones: “por un lado impedir un uso excesivo de las atribuciones excepcionales -lo que guarda relación con el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas bajo los estados de excepción-, en

---

⁶ Corte Constitucional, sentencia C -216 de 1999 M.P Antonio Barrera Carbonell, título VI punto 3.1

⁷ *Ibíd*

⁸ *Ibíd*.

⁹ *Ibíd*.

¹⁰ *Ibíd*, 3.2

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

segundo lugar proscribir el empleo de atribuciones que no sean necesarias para conjurar la crisis –lo que a su vez se relaciona con el principio de necesidad”¹².

Otro de los requisitos previstos para los estados de emergencia económica y social consiste en la limitación de las materias reguladas en los decretos legislativos porque su contenido debe tener “relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción”¹³.

Además las atribuciones del Presidente en el marco de la declaración del estado de emergencia deben respetar los principios de “proporcionalidad, el principio de necesidad, el principio de intangibilidad de derechos humanos, el principio de temporalidad y el principio de legalidad”¹⁴.

El principio de proporcionalidad indica la necesidad de demostrar la imposibilidad de establecer medidas menos gravosas, que son las idóneas para superar la emergencia, que la situación no puede ser atendida a través de medidas ordinarias y la inexistencia de alternativas que afecten en menor grado la protección de los derechos humanos¹⁵.

El principio de temporalidad exige la delimitación en el tiempo de la declaración del estado de excepción, el principio de legalidad demanda el respeto por parte de las normas del estado de excepción, tanto de las disposiciones internas, como del derecho internacional de los derechos humanos.

También se debe observar el principio de declaración pública del estado de excepción que obliga al Estado a notificar a los órganos de los sistemas universal y regional de derechos humanos sobre el alcance de las medidas, su necesidad y la justificación en la restricción de derechos.

De otra parte y de forma especial, la C.P en el artículo 215 prevé la prohibición explícita de desmejorar los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores por causa de los decretos de la respectiva emergencia económica, social o ecológica¹⁶. Entre los derechos sociales, establecidos para favorecer a los grupos sociales, que están protegidos en el estado de emergencia se encuentran los derechos a la seguridad social, la salud, el trabajo y la educación:

“Los derechos sociales son ... aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales

---

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

¹⁶ *Ibíd.*

podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno”¹⁷.

Asimismo, el Presidente debe decidir qué tipo de estado declara, esto es, si declara un estado de emergencia económica, social, ecológica o de calamidad, o varias de estas modalidades con la justificación plena sobre la necesidad de cada una de ellas.

En suma, los presupuestos para declarar un estado de emergencia económica, social, ecológica o de grave calamidad pública son:

“(1) el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria, el cual debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública; (2) el supuesto valorativo en cuanto la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social o ecológico ha de ser grave e inminente o debe tratarse de una grave calamidad pública y, finalmente, (3) un juicio sobre la suficiencia de los medios en cuanto que la grave perturbación del orden el orden económico, social o ecológico o la grave calamidad pública que origina la declaratoria no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales. Si bien este último requisito no está señalado expresamente por el artículo 215 constitucional, a diferencia de lo previsto por el artículo 213 de la Carta para el estado de conmoción interior, a juicio de esta Corporación se deriva directamente de los principios de proporcionalidad y de necesidad que rigen la declaratoria de los estados de excepción”¹⁸.

En ese sentido, como en cualquier estado de excepción, los decretos legislativos de la emergencia deben llevar la firma del Presidente y todos los ministros, deben ser motivados, deben aclarar su alcance territorial y señalarse el termino de vigencia (art. 215 de la C.P). Tampoco se pueden suspender los derechos humanos entendidos en el marco del bloque de constitucionalidad según el cual existen derechos intangibles (art. 27 de la Convención Americana y 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y en casos de restricción o limitación de otros derechos humanos debe cumplir una serie de requisitos tales como demostrar la necesidad de la limitación, no afectar el núcleo esencial de cualquier derecho, justificar expresamente la limitación de cada derecho y garantizar que la limitación se circunscribe expresamente a superar la respectiva emergencia¹⁹.

---

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

¹⁹ *Ibíd.*

Entre los derechos intangibles se encuentran las garantías judiciales necesarias para proteger los derechos humanos (art. 27 de la Convención Americana), por ejemplo, como la acción de tutela, ya que “no le es permitido al legislador ordinario o extraordinario en ninguna época restringir, limitar o suspender el derecho a ejercer la acción de tutela”²⁰.

Otros derechos humanos, inicialmente no previstos como intangibles pueden serlo si cumplen alguna de las siguientes condiciones:

“La primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno, sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda.

La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto.

Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de hábeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. En torno a este punto, si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción no hizo referencia expresa a los artículos 7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos”²¹.

Los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia económica, social o ecológica, tienen el efecto jurídico de modificar la legislación hasta que el Congreso proceda a derogarlos o reformarlos, salvo los relacionados con tributos que rigen sólo hasta la siguiente vigencia fiscal:

“Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”²².

---

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 179 de 2009, M.P Carlos Gaviria Díaz.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

²² Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P Carlos Gaviria Díaz.

Todos los requisitos exigidos por la Constitución Política para declarar el estado de emergencia, son objeto tanto de un control político como jurídico ejercidos por el Congreso y la Corte Constitucional, respectivamente. El control constitucional del estado de excepción se ejerce teniendo como referente la C.P, la ley estatutaria de estados de excepción (ley 137 de 1994) y los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de un control jurídico de carácter automático, integral, definitivo y participativo.

El examen constitucional formal se realiza entonces en relación con el cumplimiento de los requisitos de procedimiento para declarar la emergencia, tales como la firma del Presidente y de todos sus ministros, la exposición de motivos, el límite temporal y la definición del ámbito territorial de aplicación de las medidas, entre otros. La revisión material de los decretos que regulan la emergencia, se realiza a partir del estudio de tres elementos principales: “(i) presupuesto fáctico, (ii) el presupuesto valorativo y (iii) el juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias”²³.

El estudio del *presupuesto fáctico* implica la labor de verificación por el tribunal constitucional sobre la existencia o no de los hechos presentados por el Gobierno como justificación de la declaración de la emergencia y del carácter sobreviniente de los mismos, en tanto extraordinarios y de la gravedad suficiente para generar un riesgo inminente de orden económico, social, ecológico, etc. Además, los hechos alegados como presupuesto de la emergencia deben ser diferentes de las circunstancias que dan origen a una conmoción interior o guerra exterior. En suma, el presupuesto fáctico exige que los hechos sean sobrevinientes, diferentes a los relacionados con los otros estados de excepción, extraordinarios y que sean de una intensidad tal que perturben o amenacen perturbar el orden social, económico o ecológico etc.²⁴

De otra parte, el *presupuesto valorativo* conlleva el examen constitucional de proporcionalidad sobre la gravedad e inminencia de la perturbación alegada por el Gobierno como justificación del estado de emergencia, con el fin de determinar “si se incurrió en una apreciación arbitraria o en un error manifiesto al realizar tal valoración”²⁵ y el *juicio de suficiencia* se realiza sobre las herramientas ordinarias con que cuenta el Gobierno para superar la crisis, que deben revelarse como insuficientes para justificar la declaración del estado de excepción.

---

²³ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

²⁴ Ver en este sentido, Corte Constitucional, sentencia C- 366 de 1994. M.P Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 135 de 2009, M.P Humberto Sierra Porto. Título VI.

Con estos reajustes están saliendo a ganar las EPS y los demás empresarios, como bien lo expresa la complacencia de la ANDI y de ANIF con los decretos. Se trata de una financiación del déficit con cargo a los presupuestos familiares en lugar de tocar los excedentes empresariales ...De este modo, la reducción del gasto público no servirá sino para mantener el negocio del aseguramiento privado, que es el verdadero causante de la quiebra del sistema de salud, mantener el pago de la deuda externa, que ya alcanza cerca de los 50 mil millones de dólares, y sostener el gasto de la fuerza pública cuyo monto es uno de los más grandes del mundo, entre el 5 y 6% del PIB.²⁶

3.2 Cargos de inconstitucionalidad contra el decreto 4975 de 2009

Con el fin de demostrar la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, por incumplimiento de los requisitos establecidos para declarar la emergencia social y la consecuente violación del bloque de constitucionalidad, pasaremos a realizar (i) el examen de la declaración de emergencia social, siguiendo los tres pasos establecidos por la Corte Constitucional para el ejercicio del control constitucional en la materia, (ii) señalaremos las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos incorporadas en el bloque de constitucionalidad que han sido violadas por el decreto 4975 de 2009 y finalmente (iii) indicaremos cuáles de las obligaciones internacionales del bloque de constitucionalidad fueron vulneradas por el decreto.

3.2.1 Examen constitucional de los requisitos establecidos para declarar la emergencia social.

3.2.1.1 El presupuesto fáctico:

Para declarar el estado de emergencia social el Gobierno Nacional ha asumido un conjunto de premisas para justificar la decisión de adoptar medidas de excepción. Al respecto ha considerado básicamente que (i) supuestamente están presentándose una serie de sobrecostos en el sistema de salud generados por la autorización *irregular* del pago de servicios y medicamentos, que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud, a favor de la población beneficiaria del régimen contributivo y subsidiado; (ii) que estos sobrecostos irregulares han sido pagados con cargo al fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA), y las entidades territoriales, quienes a su vez no han cancelado a tiempo los sobrecostos a las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios, generándoles a estas problemas de iliquidez y en consecuencia (iii) esto generaría una amenaza para el orden social por la inviabilidad financiera del sistema de

---

²⁶ *Los decretos de la Emergencia Social refuerzan la inequidad social y atentan contra el desarrollo de las ciencias de la salud*, Profesores de los Posgrados en Administración de Salud y Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 11 de febrero de 2010, comunicado público.

seguridad social en salud y por tanto estaría en supuesto riesgo la satisfacción y protección del derecho a la salud.

En relación con el supuesto fáctico el control constitucional debe realizar tres tipos de examen que presentamos a continuación: (i) determinación de su existencia (ii) verificación de su carácter sobreviniente y extraordinario y (iii) diferenciación de los hechos que dan origen a la conmoción interior y la guerra exterior.

(i) determinación de su existencia

La determinación de la existencia de los supuestos de hecho alegados por el Gobierno Nacional requiere verificar si en efecto se han generado sobrecostos por el pago de servicios y medicamentos no incluidos en el POS, tal como afirma el Gobierno en el decreto por causa de la actuación de algunos reguladores y agentes del sistema de salud que “incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios”²⁷, y de los médicos que no seguirían los parámetros de la comunidad médica.

Los supuestos sobrecostos presentados por el Gobierno como causa de una crisis en el sistema de salud, aparecen además como actos irregulares, fuera de control de la administración por parte de la institucionalidad por falta de mecanismos para vigilar.

Dentro de las razones expuestas por el Gobierno para explicar los supuestos sobrecostos están entonces, actos irregulares de funcionarios del sistema de salud, fallas en los procesos y procedimientos, falta de control por las autoridades encargadas de realizarlo etc. Esto es, se trata de hechos relacionados con actos irregulares que estaría generando al parecer sobrecostos.

Ninguno de los presupuestos alegados por el Gobierno obedece a causas legales y actuaciones ejercidas dentro de la institucionalidad, y no podría ser otra la situación porque una actuación legal no puede producir más que hechos legales, ni pueden justificar la declaración de un estado de excepción.

El Gobierno no demostró cuáles son las irregularidades cometidas por los funcionarios, las fallas en los procedimientos de autorización y de control, ni las demás irregularidades que generarían los supuestos sobrecostos. En consecuencia, no está probada la existencia de los hechos que produzcan de forma irregular sobrecostos en el sistema de salud.

---

²⁷ Decreto 4975 de 2009.

Otra circunstancia es si posibles sobrecostos pueden estar siendo generados por causas legales y constitucionales y si esto podría justificar la declaración de un estado de excepción.

El Gobierno no menciona esta circunstancia dentro de las consideraciones del decreto 4975 de 2009, tal vez, por la conciencia sobre la imposibilidad jurídica de hacerlo, sin embargo, ante la inexistencia de otros hechos demostrables que puedan estar generando posibles sobrecostos, no se aportó más que la afirmación generalizada, y contraria por cierto al principio de buena fé (art. 83 de la C.P), sobre el comportamiento irregular de agentes y reguladores del sistema de salud, incluidos los médicos, quienes fueron acusados de desatender los parámetros de la comunidad médica al momento de decidir sobre los tratamientos de los pacientes.

No existe prueba sobre la existencia de los hechos que generan supuestos sobrecostos. El Gobierno se limita a presentar unas cifras sin explicar cómo se produjeron esos incrementos y demostrar su ocurrencia. Le correspondía al Gobierno demostrar la irregularidad en la producción de los supuestos sobrecostos, y en tanto no lo hizo, no está demostrada la existencia de los hechos que dieron origen al estado de emergencia.

Entre los debates realizados en el contexto nacional sobre posibles sobrecostos derivados de la autorización de servicios y medicamentos no incluidos en el POS, se destaca el ejercicio de las acciones de tutela, en tanto es el único medio de las personas, para la protección del derecho fundamental a la salud. En este caso estamos hablando de actuaciones judiciales de carácter constitucional, protegidas por el derecho internacional de derechos humanos, y por ende, legales en su integridad. El ejercicio de un derecho legítimo no podría entonces dar lugar a la declaración de un estado de excepción.

Ahora bien, tratándose de las acciones de tutela que reclaman la protección del derecho a la salud se ha encontrado, según un estudio de la Defensoría del Pueblo, que la mayoría absoluta de las tutelas presentadas con ese propósito, lo hacen para solicitar medicamentos y servicios incluidos en el POS. Por ej., en el caso de los exámenes médicos exigidos mediante tutela “se descubrió que el 79.6% se encontraban incluidos en el POS de estos una mínima parte (2%) corresponden a POS de alto costo”²⁸; en relación con las cirugías “de las tutelas incoadas para que se ordenen cirugías, el 82% corresponde a cirugías incluidas en el POS, de las cuales por alto costo solamente se registra un 14.3%. Las cirugías *no POS* exigidas judicialmente corresponden únicamente al 11.9% del total”²⁹ y finalmente, sobre

---

²⁸ Defensoría del Pueblo, *LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD CAUSAS DE LAS TUTELAS EN SALUD*, 2004 pp 12.

Disponible en http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_106.pdf

²⁹ *Ibíd.* pp 14

los tratamientos el estudio concluye que “El 90.8% de estas tutelas recae sobre tratamientos de patologías incluidas en el POS, de los cuales la mitad corresponde a patologías de alto costo”³⁰.

El estudio de la Defensoría además concluye que es necesario fortalecer la tutela para reclamar la protección del derecho a la salud porque “hoy es el *único* elemento de protección con que cuentan los usuarios de los servicios médico asistenciales”³¹. Aunque este tema no fue expuesto por el Gobierno en el decreto 4975, por la imposibilidad jurídica de hacerlo, es útil en este momento para desvirtuar la caracterización que hizo el Presidente sobre la situación del sistema de salud y porque inusitadamente si lo mencionó como justificación dentro del informe rendido al Congreso el 28 de enero de 2010.

Semejante escenario nos permite llegar a dos conclusiones importantes sobre el tema de la tutela, una, que los gastos del sistema judicial por reclamación de tutela provienen en mayor medida de solicitudes de servicios y medicamentos incluidos en el POS, y otra, que la exigibilidad judicial de protección del derecho a la salud, dista de ser un asunto coyuntural pues en este estudio se registran casos al menos desde el año 1999.

Entonces si partimos de la ocurrencia de irregularidades cometidas por los agentes del sistema, encontramos que el Gobierno no especificó quiénes y cuales en concreto son esas irregularidades por lo cual no obran pruebas suficientes para justificar la existencia de los hechos generadores de un estado de excepción. Si partimos del debate sobre la tutela en salud que no fue mencionada en el decreto 4975 pero si en el informe rendido ante el Congreso, encontramos que el ejercicio de dos derechos fundamentales, esto es, la tutela y la salud, no puede dar lugar legítimo ni constitucional a la declaración de una emergencia social, pero más aún que no está probada la relación entre los supuestos mayores costos del sistema de salud y la tutela porque según los estudios, el mayor porcentaje de tutelas se interpone para reclamar medicamentos y servicios del plan obligatorio de salud. En tanto el Gobierno no ha demostrado claramente la existencia de los hechos a los cuales recurrió para declarar el estado de emergencia, no se cumple este primer presupuesto exigido por la carta política y la jurisprudencia constitucional. En estricto sentido, el Gobierno no puede hablar de sobrecostos irregulares, sino de sobrecostos regulares, esto es, generados en actuaciones legales y constitucionales, no susceptibles de generar un estado de excepción.

(ii) verificación de su carácter sobreviniente y extraordinario:

---

³⁰ *Ibíd.* pp 15

³¹ *Ibíd.* pp 40

Con el propósito de demostrar que los hechos alegados por el Gobierno no son sobrevinientes ni extraordinarios sino, por el contrario, históricos, estructurales y permanentes, a continuación expondremos dos análisis sobre los temas abordados por el Gobierno en la parte considerativa del decreto 4975 que concluyen en este sentido y demuestran la falta de diligencia estatal para enfrentar integralmente la situación. En este sentido, primero mostraremos cómo la Corte Constitucional en distintos fallos pero especialmente en la sentencia T 760 de 2008 ha estudiado la temática de salud en el país y ha dado una serie de órdenes al ejecutivo para dar una respuesta estructural, y que sin embargo, el Gobierno no las ha cumplido pero si se aventura en la declaración de una emergencia social sin acatar previamente las ordenes de la Corte Constitucional y, en segundo lugar, expondremos un análisis académico que concluye igualmente en la histórica crisis del sistema de salud por causa de los elementos bajo los cuales fue diseñado a comienzos de la década del noventa. Todo, con el fin de desvirtuar el carácter sobreviniente y extraordinario de los hechos manifestados por el Gobierno como causa de la emergencia social.

- a) *El análisis de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud demuestra que no es una situación sobreviniente ni extraordinaria.*

De acuerdo con la Corte Constitucional las fallas del sistema de protección del derecho a la salud son de carácter estructural y afectan principalmente a los pacientes no a las EPS ni a las IPS. El principal problema de este sistema es la falta de regulación y su carácter mercantil y de lucro en la atención de la enfermedad, lo que ha determinado la total subvaloración por la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y el establecimiento de grandes barreras para acceder a los servicios y medicamentos, motivo por el cual, el Estado colombiano está incumpliendo las obligaciones internacionales de *respeto, protección y garantía* del derecho a la salud.

A partir de esta constatación la Corte Constitucional establece en la sentencia T - 760 de 2008, una serie de órdenes dirigidas a superar las fallas del sistema de salud, lo cual, demuestra la ausencia del supuesto de hechos sobrevinientes y extraordinarios, y además la existencia de medidas ordinarias capaces de superar la crisis, que de hecho ya fueron ordenadas en la referida sentencia.

En relación con la falta de cumplimiento del requisito sobre la existencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, basta recordar el análisis realizado por la Corte sobre la situación de la salud para concluir que se trata de un problema estructural, no sobreviniente ni extraordinario. En este análisis, la Corte destaca los siguientes elementos:

- a) La indeterminación legal de cuáles servicios y medicamentos están dentro o fuera del POS es una de las principales causas de conflictos en el sistema de protección de salud. Al respecto, la Corte declaró que “el Estado *desprotege* el derecho a la salud de las personas al mantener las incertidumbres en torno a la cobertura asegurada por el plan obligatorio de salud”³². Por este motivo, se ordenó a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la revisión integral de los POS a través de un proceso participativo con los usuarios y la comunidad médica.
- b) La desigualdad entre el régimen subsidiado y contributivo resulta inequitativo para las personas inscritas en el primero, y esto desconoce la obligación de progresividad efectiva prevista en el artículo 2.1 del PIDESC. En este punto, la Corte constata que se trata de un problema existente desde hace 15 años desde la expedición de la ley 100 y por tanto que resulta “inadmisible que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo”³³.
- c) En los casos de servicios de salud no incluidos en el POS las entidades de salud deben asegurar el acceso a la salud de las personas y luego repetir contra el Estado quien tiene bajo su responsabilidad la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el pago oportuno de los gastos realizados por las entidades de salud, esto es, uno de los principales motivos alegados por el Gobierno para declarar la emergencia social, la Corte dio tres órdenes para solucionar las fallas existentes: ordenó al FOSYGA adoptar medidas para garantizar la agilidad en el proceso de recobro de las entidades de salud al Estado; ordenó la adopción de un plan de contingencia que permita el pago de recobros atrasados y aprobar medidas para corregir las fallas del sistema de financiación.
- d) La falta permanente de información para los usuarios que se constituye en un obstáculo para garantizar su derecho a la salud también fue parte del análisis de la Corte y por tanto ordenó la distribución de una *carta de derechos del paciente*.
- e) Las deficiencias en materia de cobertura fueron objeto de estudio de la Corte y en consecuencia se ordenó al Ministerio de Protección Social la adopción de medidas necesarias para asegurar la cobertura universal con el plazo máximo de enero de 2010 o justificar la imposibilidad de cumplir en este periodo y fijar una nueva fecha.

El conjunto de problemas analizados por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, corresponde con aquellos incorporados dentro de las consideraciones del decreto 4975 de 2009, motivo por el cual, se demuestra la falta del carácter sobreviniente y extraordinario de los hechos expuesto por el Gobierno

---

³² Corte Constitucional, sentencia T- 760 de 2008. M.P Manuel José Cepeda E.

³³ *Ibíd.*

Nacional en dicho decreto. Esto además es prueba de la existencia de medidas ordinarias para atender las necesidades del sistema de salud.

b) El régimen de la ley 100 de 1993 corresponde a un diseño problemático que explica la situación del sistema de salud y demuestra el carácter estructural del conflicto.

De acuerdo con un estudio sobre el sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), la ley 100 de 1993 obedeció a los lineamientos de un modelo de mercado controlado o pluralismo estructurado cuya formulación normativa abstracta no es incompatible *prima facie* con los estándares internacionales de derechos humanos pero que tiene “al menos cuatro aspectos constitucionalmente problemáticos en el diseño originario de la Ley 100 de 1993, a saber: (i) la debilidad de la asignación de responsabilidades en salud pública; (ii) el establecimiento de ciertas barreras injustificadas de acceso a la salud; (iii) la vulneración al principio de igualdad por el carácter parcialmente regresivo del sistema de cotización; y (iv) la diferenciación inequitativa entre regímenes contributivo y subsidiado”³⁴.

Estos aspectos problemáticos se reflejan en dificultades del sistema, relacionadas con la precariedad en el componente de prevención en salud, las barreras de acceso a la atención, en particular, por problemas de inequidad y la diferenciación de los planes obligatorios de salud entre los regímenes subsidiado y contributivo. Respecto a este último aspecto, el estudio desarrolla una crítica sobre la validación constitucional dada por la Corte a la diferenciación de modelos teniendo en cuenta la libertad de configuración legislativa para diseñar el sistema de salud, por cuanto, según el estudio “se confunde la libertad de configuración legislativa y el principio de progresividad en materia de derechos sociales, con los alcances del principio constitucional de igualdad”³⁵. Podría haber diferenciación pero sin generar desigualdades entre la población, lo que sucede precisamente en el modelo de salud actual.

Por su parte, los problemas de financiación del sistema de salud no son recientes. Si bien el gasto público en los últimos años ha incrementado para el sector, al punto que entre 1993 a 2003 pasó de “3.1% a 6.4% del PIB en esos años”³⁶, lo cierto es que “no es tan claro que la inversión de los recursos esté siendo totalmente apropiada y los hospitales públicos se mantienen en quiebra al punto de que se ha verificado el cierre de varios de ellos”³⁷.

---

³⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJuSticia-, EL DERECHO A LA SALUD en perspectiva de DERECHOS HUMANOS y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud, 2008, pp 56 y 57.

³⁵ *Ibíd.*, pp 62.

³⁶ *Ibíd.*, pp 67

³⁷ *Ibíd.*, pp 69

Asimismo los problemas de cobertura son graves y develan sobretodo situaciones de inequidad y discriminación contra la población más pobre pues las personas que pertenecen a los estratos socio- económicos más bajos son quienes, especialmente, están siendo excluidas de la cobertura:

“subsisten problemas graves pues de todos modos más del 30% de la población no está asegurada y esa proporción es sensiblemente mayor en los sectores más pobres, en los que alcanza el 43%, mientras que en el quintil más rico es de 14,3%, una diferencia de casi 30 puntos”³⁸.

En suma, los problemas enfrentados por el sistema de salud en el país, son de carácter estructural pues provienen del modelo sobre cual fueron desarrollados los mecanismos e instituciones encargadas de prestar los servicios de salud, esto es, provienen de la formulación de la ley 100 de 1993 que planteó un modelo basado en el mercado y no cuenta con suficientes mecanismos de control, y en concreto, resulta inadecuado para satisfacer las obligaciones y contenidos del derecho a la salud porque entran en contradicción la lógica del mercado con la lógica de derechos.

Pero sobretodo, estos problemas no son sobrevinientes ni extraordinarios porque fueron gestados desde la década del noventa con la expedición de la ley 100 y se mantienen vigentes por cuenta de la contradicción en el sistema. Por esto, el sistema de salud “no ha logrado solucionar definitivamente las problemáticas que propiciaron su diseño a través de la Ley 100 de 1993: de cobertura, ineficiencia en la asignación de recursos, deficiente calidad de los servicios, inadecuados procesos de referencia y contra referencia, baja capacidad resolutive, deficiencia en la administración de las instituciones, mínimo control de enfermedades transmisibles, escalada de costos, incentivos inadecuados, inseguridad financiera e insatisfacción de los usuarios”³⁹. Esto es, los mismos problemas enunciados por el Gobierno Nacional en el decreto 4975 de 2009, que resultan estructurales y no sobrevinientes.

Finalmente, sobre el carácter no sobreviniente se han pronunciado expertos en la materia, en particular, los profesores Thomas Bossert, Willan Hsiao y Norman Orman Daniels de la Universidad de Harvard, que han asesorado al Gobierno desde comienzos de la década del noventa y quienes han reconocido que los problemas del sistema de salud surgieron desde el diseño de la ley 100 de 1993. El primero de ellos, señaló que “el camino que escogió Colombia de hacer este esfuerzo de conseguir recursos destinados a la salud y luego dárselos a empresas privadas resultó muy costoso, porque se esperaba que la competencia entre ellas iba a mejorar la eficiencia del servicio y esto no sucedió. Además se planeó que a

---

³⁸ *Ibíd.*, pp 75.

³⁹ *Ibíd.*, pp 107.

medida que se subsidiaba la demanda se iba a bajar el subsidio que recibían los hospitales públicos, y por problemas políticos, esto no sucedió. Los costos entonces se dispararon⁴⁰. Esto muestra cómo las deficiencias del sistema de salud tuvieron origen en el modelo de mercado regulado acogido en la ley 100.

(iii) diferenciación de los hechos que dan origen a la conmoción interior y la guerra exterior.

Dada la demostración de la inexistencia de los hechos expuestos por el Gobierno Nacional para declarar la emergencia social y de su falta de carácter extraordinario y sobreviniente, el punto sobre la diferenciación de los hechos presentados en la declaración de emergencia frente a los estados de excepción de conmoción y guerra exterior, carece de sentido por cuanto afirmamos básicamente que los hechos manifestados por el Gobierno no constituyen justificación alguna para ningún tipo de estado de excepción pues no poseen las características elementales previstas por la Constitución Política para los estados de excepción, en especial, el carácter sobreviniente y extraordinario que amenacen o pongan en riesgo un orden social determinado.

Ahora bien, sobre este punto cabe agregar que en todo caso, la elección de estado de emergencia social resulta bastante contradictorio con el contenido del decreto 4975 de 2009 porque mientras la principal preocupación del Gobierno se refiere a la sostenibilidad financiera de las EPS e IPS, el estado de excepción relacionado con esta temática es el estado de emergencia económica y no el de emergencia social. Los decretos que desarrollan la emergencia social declarada por el Gobierno demuestran que se trata realmente de una necesidad económica para favorecer los intereses de un sector privado. Además de las consideraciones claramente económicas presentadas en la parte considerativa del decreto 4975 de 2009 sobre supuesto tales como la insuficiencia de recursos, los sobrecostos, los desvíos financieros, la inviabilidad financiera del sistema, etc., los decretos que desarrollan la emergencia se refieren exclusivamente a temas económicos:

- a) El decreto 4976 de 2009 ordenó la adopción de medidas excepcionales para liberar recursos y en ese sentido dispuso un término para la liquidación de los contratos, la destinación excepcional de las rentas cedidas y la utilización de los recursos de saldos de liquidación para pagar deudas a las EPS e IPS, esto es, temas estrictamente financieros para cumplir las obligaciones económicas con las entidades que prestan el servicio de salud.
- b) El decreto 073 de 2010 planteó medidas para liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones por lo cual ordenó medidas sobre la depuración de los aportes patronales para determinar el valor de los saldos excedentes y sus rendimientos financieros,

---

⁴⁰ <http://www.semana.com/noticias-salud--seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>

- la depuración automática de saldos excedentes futuros, la administración y destinación de estos recursos, los procedimientos de presentación y liquidación de cuentas y pagos de las obligaciones con las EPS e IPS, etc.
- c) El decreto 075 de 2010 dictó medidas para solucionar las controversias entre las entidades y organismos del sistema general de seguridad social en salud, específicamente, controversias de contenido económico.
  - d) El decreto 126 de 2010 adoptó medidas disciplinarias y penales para los casos de corrupción por pérdida de recursos económicos del sistema de salud.
  - e) El decreto 128 de 2010 reguló la aprobación de las prestaciones excepcionales en salud, es decir, la autorización de pagos por medicamentos y servicios que no hacen parte del POS.
  - f) El decreto 129 de 2010 adoptó medidas para controlar la evasión y elusión de las cotizaciones y aportes al sistema de protección social, a través de acuerdos de pago, vigilancia a los contratos de prestación de servicios y controles a las empresas y entidades de recaudar el dinero correspondiente.
  - g) El decreto 130 de 2010 estableció el recaudo de dineros de azar destinados a cubrir los gastos de las entidades del sistema de salud.
  - h) El decreto 131 de 2010 creó el sistema técnico científico en salud con el fin de controlar la autorización de medicamentos y servicios no incluidos en el POS para evitar gastos de las entidades y la limitación estricta del alcance del POS con el mismo propósito.
  - i) El decreto 132 de 2010 estableció los mecanismos para administrar y optimizar los el flujo de recursos que financian el sistema de salud.
  - j) El decreto 133 de 2010 adoptó medidas para mejorar el flujo de recursos entre entidades responsables de pago de servicios de salud y los prestadores de servicios de salud, para racionalizar el gasto de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y de saneamiento fiscal y financiero de las empresas sociales del Estado.
  - k) El decreto 134 de 2010 modificó el presupuesto nacional para financiar el funcionamiento de la entidades de salud.
  - l) El decreto 135 de 2010 ordenó la distribución de los recursos del fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado, para los programas institucionales de reducción de consumo de drogas.

Como se observa las medidas adoptadas por el Gobierno corresponden en su integridad a asuntos económicos que pretenden sufragar los gastos de las EPS e IPS en el marco del sistema de salud de mercado regulado con que contamos. Ninguna medida de las adoptadas está dirigida a superar las irregularidades de atención denunciadas desde 1993 por los usuarios del sistema, para prevenir la muerte de la población por enfermedades curables, para ampliar progresivamente como corresponde según sus obligaciones internacionales el alcance de los servicios que protegen el derecho a la salud, para evitar los conocidos casos del

carrusel de la muerte, para impedir que la niñez siga muriendo de desnutrición, para evitar la mortalidad materna, para solucionar las reclamaciones de la población sobre la negación de los medicamentos y tratamientos de los cuales dependen los derechos a la vida, la integridad y la dignidad humana, en suma, para cumplir el contenido y obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, sino que por el contrario se refieren a medidas estrictamente económicas de beneficio particular para las entidades de la salud que han presionado a las autoridades para mantener su enriquecimiento y contar con recursos suficientes que les permitan especular y participar de las operaciones financieras, sin consideración a la perspectiva de derechos que debería guiar el sistema de salud.

Por eso, el Gobierno Nacional tenía la obligación de abstenerse de declarar un estado de emergencia social cuando realmente sus preocupaciones son de orden económico y no precisamente para el bienestar general de la población sino para unos determinados intereses privados.

3.2.1.2 El presupuesto valorativo

El 28 de enero de 2010, en cumplimiento de la previsión constitucional, el Presidente de la República presentó ante el Congreso el informe sobre las motivaciones que le habían llevado a tomar la decisión de declarar el estado de emergencia social. Dentro de las consideraciones expuestas por el Gobierno se destacan principalmente los siguientes elementos, respecto de los cuales, presentaremos nuestra postura:

- a) A diferencia de la exposición de motivos prevista en el decreto 4975 de 2009, en el informe ante el Congreso el Presidente expresa que los gastos No POS fueron incorporados en el sistema de salud mediante decisiones judiciales de tutela lo cual se habría convertido “en una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema”⁴¹. Este elemento no fue explícitamente enunciado en las consideraciones del decreto de declaratoria de la emergencia social. Como hemos establecido hasta el momento el Gobierno no puede alegar el ejercicio de dos derechos fundamentales dados en la acción de tutela y el derecho a la salud, para declarar un estado de excepción, más aún cuando se trata del ejercicio, por una parte, de una garantía judicial cuya restricción está expresamente prohibida por la Constitución Política y la jurisprudencia durante los estados de excepción y por otra de un derecho social cuya exigibilidad judicial ha sido estrictamente regulada y goza por ende del control judicial adecuado para decidir su procedencia o no.

---

⁴¹ Informe del Gobierno al H. Congreso de la República sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional ordenado a través del Decreto 4975 de 2009, el 28 de enero de 2010.

- b) El Gobierno presenta la “evolución” en el pago de los recobros por sentencias de tutela desde el año 2000 en adelante para concluir que en el año 2009 los pagos del No Pos superaron los 2 billones de pesos, sin embargo, enseguida presenta un cuadro titulado “número y valor de recobros ante el FOSYGA 2000-2009”⁴² sin tener en cuenta que los pagos realizados por el FOSYGA pueden corresponder a pagos del POS que, según el estudio de la Defensoría arriba citado, representan la mayor proporción de tutelas de reclamación por el derecho a la salud. El Gobierno no demuestra que las cifras correspondan a gastos de pagos No Pos por ende carece de suficiente justificación este argumento. Adicionalmente, con este argumento el Gobierno cae en una auto contradicción pues reconoce que la situación de falta de atención a los pacientes que reclaman tratamientos o medicamentos No Pos, viene al menos desde el año 2000, luego, se reitera que la situación no es sobreviniente. De hecho, el Gobierno reconoce el carácter estructural de la situación, negando por ende que se trate de una situación coyuntural, pero además aceptando su propia incapacidad a través de los últimos 7.5 años para atender de manera eficientes las dificultades que ha detectado.
- c) En relación con los recobros de las entidades territoriales, el Gobierno presenta una situación semejante a la anterior, pero agrega un elemento que devela otra contradicción, en el sentido de afirmar que en el 2009 disminuyeron los recobros pero que dicha circunstancia no significa un progreso sino el cumplimiento de las sentencias C -463 y T 760 de 2008 de la Corte Constitucional como si el acatamiento de un fallo fuera un retroceso y como si la disminución de los recobros no fuera precisamente la situación esperada por el Gobierno.
- d) Un argumento adicional del Gobierno se refiere a los supuestos efectos de inequidad generados por los recobros en cuanto una proporción baja de usuarios estaría gastando una parte considerable de recursos en detrimento de los intereses de la generalidad de la población. Esta consideración resulta injustificada en primer término porque es contraria al principio constitucional de solidaridad respecto de quienes están en una situación de dificultad y requieren mayores medidas protección estatal, y en segundo lugar, porque viola el derecho a la igualdad de la población al tratar igual a los desiguales y no respetar el principio universal de trato especial y diferenciado según las circunstancias de determinados grupos sociales. La protección del derecho fundamental a la salud para las personas que padecen dolencias y enfermedades y no a quienes gozan de salud integral parece apenas lógico en el marco de un sistema de salud equitativo, solidario e igualitario. Otro asunto, como lo señalan algunos estudios, es que según las cifras, las personas del régimen contributivo acudan en mayor medida a la presentación de acciones de

---

⁴² *Ibíd.* pp 3

tutela respecto de la población afiliada al régimen subsidiado⁴³, sin embargo, este es un problema existente desde la expedición de la ley 100 de 1993, por tanto, no sería sobreviniente y debe ser enfrentado a través de medidas de carácter ordinario y estructural.

- e) La explicación de la supuesta crisis, es presentada por el Gobierno a partir de la voz de las beneficiadas con la declaración de emergencia social: “desde la mirada de las **Entidades Promotoras de Salud del régimen** contributivo, el crecimiento inusitado de los servicios No-POS a cargo del Fosyga, ... afecta la estabilidad financiera del Sistema, interfiere en las metas de progresividad y universalidad y agrava la situación financiera de las EPS, tanto del régimen contributivo como subsidiado”⁴⁴. Este es concretamente el asunto que dio lugar a la declaración del estado de emergencia social.

La situación financiera de las EPS llevó al Gobierno a adoptar medidas para favorecer intereses de agentes privados en contradicción con los postulados constitucionales de interés general, sin tener en cuenta las críticas existentes sobre la figura de las EPS en el modelo de salud. A propósito de la evaluación del modelo de salud, distintas posiciones han señalado la inconveniencia de mantener la figura de las EPS en tanto agentes intermediarios entre los usuarios y las instituciones prestadoras de salud. En materia económica, se ha establecido por ej., que el porcentaje ganado por las EPS en esa labor de intermediación es muy alto sin que esté demostrada la necesidad ni su contribución a la eficiencia en el sistema: “los rubros de atención en salud e inversión en salud representan en su orden el 65% y el 5% de gasto en salud, lo cual supone que el 30% restante pareciera constituir el valor de la intermediación que realizan las EPS”⁴⁵, porcentaje que podría invertirse en salud directamente si tuviéramos otro modelo.

Llama la atención que las presentaciones del Gobierno y las EPS, no mencionan ni demuestran una afectación grave e inminente como lo exige la carta política porque del único factor que se menciona es el de las deudas existentes por los retrasos en los recobros pero no hay pruebas sobre pérdidas económicas, riesgos de perdidas definitivas para las entidades, ni de detrimento patrimonial general. El retraso en la cartera no pareciera ser un asunto de la gravedad suficiente para declarar la emergencia social más aún cuando el Estado está dispuesto a reconocer los montos de dinero y concretamente tiene la obligación de hacerlo en virtud de la obligación de dar prioridad al gasto social, de manera

---

⁴³ Ver en este sentido estudio de la Procuraduría y Dejusticia, op cit 2008, pp 170.

⁴⁴ Informe del Gobierno al H. Congreso de la República sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional ordenado a través del Decreto 4975 de 2009, el 28 de enero de 2010.

⁴⁵ Universidad de Antioquia Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, Álvaro Cardona, pronunciamiento público del 14 de diciembre de 2009.

- que habrá una serie de medidas ordinarias para remediar la situación sin necesidad de un estado de excepción.
- f) Según el Gobierno, el problema de flujo de recursos está poniendo en riesgo el goce efectivo del derecho a la salud porque se estaría dando una “cadena de situaciones explosivas”⁴⁶ en detrimento de las condiciones necesarias para garantizar el derecho. Con este argumento el Gobierno olvida que la obligación internacional de protección a los derechos sociales no es de las EPS sino suya. De acuerdo con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales corresponde al Estado adoptar medidas para garantizar la progresividad efectiva de los derechos sociales hasta el máximo de los recursos de que disponga. En tanto el país no ha demostrado carecer de recursos para proteger efectivamente el derecho a la salud sino que tan solo se trata de problemas administrativos de retraso en los pagos a las entidades de salud, no existe justificación suficiente para la emergencia social. Para demostrar la falta de recursos el Gobierno, siguiendo las disposiciones constitucionales, tendría que reducir una serie de gastos de la nación para invertirlos en la salud y luego demostrar que aún así los recursos no alcanzan. Dada la prioridad constitucional del gasto público social (art. 350 de la C.P.), ante una crisis económica primero deberían verse reducidos otros componentes del presupuesto nacional como por el ej., el destinado a la guerra, y luego recortar, como último recurso, el presupuesto de gasto social cuando no haya más rubros en el presupuesto para tomar.
- g) De forma nuevamente contradictoria el Gobierno plantea que si existen recursos pero que no han podido ser integrados al flujo de recursos del sistema por problemas de gestión. Estos recursos provenientes de disposiciones dadas en las leyes 60 y 715, aún no harían parte del sistema pero existen y basta adoptar medidas para superar las dificultades de flujo financiero sin necesidad de poner en riesgo el derecho a la salud de toda la población como lo hace la emergencia social.
- h) Los supuestos de la declaración de emergencia fueron sintetizados por el Gobierno como problemas de “crecimiento abrupto de los pagos no POS, incremento de la Cartera Hospitalaria y, en general de las IPS, sostenibilidad de los actores del SGSSS, déficit en las finanzas territoriales, [e] interrupción en el flujo de recursos”⁴⁷, esto es, los mismos identificados por la jurisprudencia y por los estudios desde hace años, sobre el sistema de salud.
- i) En relación con los requisitos exigidos por la carta política para declarar el estado de emergencia social, el Gobierno menciona que el *supuesto fáctico* está dado en las dificultades financieras de las entidades de salud las cuales representan, según su valoración, hechos sobrevinientes. Además expresa que el carácter sobreviniente no requiere la calidad de extraordinarios de los hechos

---

⁴⁶ Ibíd

⁴⁷ Ibíd.

constitutivos del supuesto fáctico. Al respecto, manifiesta “La sobreviniencia no supone necesariamente que los hechos aludidos sean extraordinarios”, es decir “fuera del orden o regla natural o común, que implica lo anormal o excepcional, sino que la sobreviniencia se refiere también a hechos que, aunque se vienen presentando, se agravan de manera inusitada”⁴⁸. Claramente esta interpretación contraría tanto la carta política como la jurisprudencia constitucional sobre la materia porque una y otra han previsto y declarado la necesidad de que se trate de hechos sobrevinientes y extraordinarios para justificar la adopción de medidas de excepción. Como hemos observado en el desarrollo de esta intervención la situación expuesta por el Gobierno es estructural, histórica y permanente en el sistema de salud lo cual devela su propia incompetencia para haber adoptado medidas con antelación. Es principio general del derecho que nadie puede alegar su propia culpa y si el Gobierno no ha logrado atender las necesidades del sistema de salud por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, no puede ahora intentar remediar la situación con medidas de excepción que ponen en riesgo los derechos sociales de las(os) colombianas(os). El Gobierno manifiesta que la crisis se ha agudizado recientemente pero los estudios demuestran lo contrario, por cuanto, esos hechos se han venido presentando desde la creación del sistema de salud por la ley 100 de 1993, y más aún, existen cifras sobre la recuperación del sector como lo plantea el propio informe del Gobierno.

- j) Sobre el *supuesto valorativo* el Gobierno manifiesta que la intensidad de los hechos es la causa para la declaración de la emergencia social, en concreto, afirma que el “acelerado deterioro del equilibrio financiero del Sistema y en las finanzas del sector de la salud en las entidades territoriales,... dificulta sensiblemente los pagos a las EPS e IPS y a los profesionales de la salud, comprometiendo el acceso a ese derecho [de salud] en las condiciones anotadas”⁴⁹. Al respecto, el Gobierno no demostró los elementos necesarios para soportar adecuadamente la pretendida intensidad de los hechos. En primer término no probó que los supuestos mayores gastos del FOSYGA sean producto de acciones irregulares de agentes y reguladores del sistema de salud, como lo menciona en el decreto 4975 de 2009; tampoco demostró que la presentación de tutelas por gastos No Pos sea la causa de ese supuesto incremento, por el contrario, los estudios dan cuenta del mayor porcentaje de tutelas en salud para reclamar medicamentos y servicios del POS y en todo caso, el Gobierno no demostró cual es su atribución constitucional (según sus argumentos del informe ante el Congreso no incluidos en el decreto 4975) para alegar el ejercicio de dos derechos fundamentales, esto es, la tutela y la salud, como justificación para declarar una emergencia social. Tampoco ha demostrado la gravedad de los hechos porque los problemas de iliquidez del

---

⁴⁸ *Ibíd*

⁴⁹ *Ibíd.*

sistema de salud se reducen a la debilidad del sistema de gestión pero no a la carencia de recursos y aún así tendría que justificar porque durante los últimos quince años (o al menos en los últimos 7.5 años) el Estado no había adoptado medidas para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. La inyección presupuestal de recursos para el sistema de salud es prueba de la facilidad existente para superar las dificultades alegadas.

- k) En el *juicio de suficiencia*, el Gobierno hace una explicación circular no muy clara en el sentido de afirmar que los mecanismos ordinarios no son suficientes y por tanto debió recurrir a la declaración de la emergencia social, sin explicar porqué son insuficientes. Además expresa que las facultades del Presidente no son suficientes para “dictar disposiciones en materia de flujo de recursos, de racionalidad en el acceso a los servicios y medicamentos, a la consecución de nuevos recursos, al fortalecimiento de la facultad de inspección, vigilancia y control”⁵⁰, como si el Estado se redujera al poder ejecutivo y no existieran mandatos constitucionales de separación de poderes y colaboración armónica de los poderes ó el Presidente careciera de iniciativa legislativa para adoptar medidas estructurales y legales frente a las dificultades como las existentes en el sistema de salud. La indebida intromisión permanente del ejecutivo durante el presente gobierno es la causa directa de la declaración de la emergencia social porque se irrespeta el fuero de competencia de las demás ramas del poder público y se pretende en todo tiempo sustituirlas en el ejercicio de sus funciones. Por lo demás, si el Congreso no hubiese dedicado la mayor parte del tiempo de las últimas legislaturas en la aprobación de la ley 1354 de 2009 para el beneficio personal del Presidente tal vez habría tenido posibilidad de estudiar y decidir algunas medidas para solucionar la crisis estructural de la salud.

En este punto sobre la suficiencia de las medidas ordinarias también es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia T 760 de 2008 estudió a fondo el tema desde una perspectiva integral que comprendió el contenido y las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud y las dificultades de las entidades del sistema. Esta perspectiva no fue la adoptada por el Gobierno porque redujo su análisis solamente a los conflictos de las entidades del sistema y no hizo ninguna consideración sobre los derechos y obligaciones internacionales del Estado colombiano sobre los derechos sociales, en particular, el derecho a la salud. En esa sentencia la Corte ordenó una serie de medidas de fondo para remediar la problemática del sistema, sin embargo, el Gobierno no justificó porqué a la fecha no había acatado las órdenes de la Corte y porque las mismas no eran suficientes para remediar los asuntos que son objeto de la emergencia social.

---

⁵⁰ *Ibíd*

Finalmente, en relación con la valoración realizada por el Gobierno para declarar la emergencia social cabe destacar que resulta incoherente que en un escenario en el cual fue declarada una emergencia mundial por la gripe AH1N1, y de una situación de epidemia actual de dengue y malaria provocada por el cambio de clima con el fenómeno del niño, no se haya declarado la emergencia social para proveer de mejores servicios de salud a la población y prevenir esas enfermedades, pero si por un problema financiero de las EPS e IPS. En el marco de un estado social y democrático de derecho resulta difícil dar una explicación consistente a una situación semejante.

3.2.1.3 El juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias

¿El Gobierno Nacional y en general las autoridades económicas del país, aplicaron la regla de la subsidiariedad antes de proceder a la declaratoria de la emergencia social? Se agotaron las medidas ordinarias a su alcance para superar la crisis que ahora se pretende conjurar?

Esta pregunta realizada en otros casos por la Corte Constitucional para analizar si realmente había justificación del Gobierno Nacional para declarar la inexecutable de una emergencia social o económica, será la guía para desarrollar el presente aparte. Se pretende entonces determinar si fueron adoptadas las medidas ordinarias necesarias para superar la crisis del sistema antes de declarar la emergencia social en el decreto 4975 de 2009. Al respecto, sostenemos que dicha norma no supera el juicio de suficiencia porque no fueron agotadas las medidas ordinarias antes de declarar la emergencia social y por ende es inconstitucional.

Para argumentar nuestra posición recurriremos primero a señalar las medidas ordenadas por la Corte Constitucional frente al sistema de salud, que aún no han sido cumplidas por el Gobierno Nacional y después retomaremos los distintos mecanismos con que cuenta el sistema para enfrentar situaciones como las expuestas por el Gobierno en el decreto 4975 de 2009.

En la sentencia T 760 de 2008, la Corte Constitucional estudió a profundidad la situación del sector salud, desde una perspectiva integral que incluía los derechos humanos y las dificultades prácticas del funcionamiento de las entidades de salud. Luego de aclarar el alcance de las obligaciones estatales en materia de salud e identificar una serie de conflictos internos en el sistema, la Corte profirió un conjunto de órdenes estructurales para dar una respuesta adecuada y garantista a cada actor del sistema. Sin embargo, después de más de veinte meses de proferida la sentencia, el Gobierno no ha cumplido las órdenes de la Corte, peor aún, las ha obviado y ha optado por declarar la emergencia social sin atender la decisión de los jueces constitucionales.

En esa sentencia, la Corte Constitucional ordenó una serie de medidas en relación con distintos aspectos del sistema de salud que resultan *suficientes* para enfrentar las dificultades del sistema de salud. Así, respecto a los *planes de beneficios* ordenó la precisión de su contenido, la actualización del POS, la realización de un informe sobre las deficiencias del POS y sobre las EPS que violan en mayor medida el derecho a la salud, la unificación del POS para menores de edad en ambos regímenes y ampliar la competencia del Comité Técnico Científico para autorizar servicios por fuera del POS; sobre *el flujo de recursos para financiar los servicios de salud* ordenó asegurar el flujo de recursos para el sistema de salud, no exigir copia de ejecutoria de la sentencia de tutela para autorizar el pago, la adopción de un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados y el rediseño del sistema de recobro para garantizar su eficiencia; sobre *fallas del sistema de salud* se ordenó proporcionar la información suficiente a los pacientes y cumplir con la meta de la cobertura universal de la salud⁵¹.

En relación con el recobro, la Corte Constitucional estableció las siguientes medidas ordinarias para superar los retrasos en el pago:

“Una interpretación *conforme* a la Constitución del requisito de la ejecutoria del fallo de tutela, debe dirigirse a constatar que (i) se hayan agotado todas las instancias, o bien (ii) que si no se agotaron se haya vencido el término para impugnar el fallo de primera instancia. (iii) Es contrario a la Constitución postergar el reconocimiento del derecho al recobro hasta tanto la Corte Constitucional decida sobre la selección del fallo que ya concedió el derecho del tutelante a acceder al servicio de salud. Y lo es mucho más si ello conduce a demorar la autorización y protección del servicio de salud ordenado”⁵².

La Corte también ordenó la construcción de un indicador relacionado con la disminución de la presentación de acciones de tutela como mecanismo para evaluar el cumplimiento de las órdenes de la corporación⁵³.

Para la autorización de servicios y medicamentos que están por fuera del POS por medio de la acción de tutela, la Corte estableció un procedimiento mediante una serie de reglas jurisprudenciales que establecen la demostración de determinados supuestos para justificar la decisión, entre ellos, la amenaza a la vida, la integridad o dignidad de la persona si no se autoriza el tratamiento, la prescripción del medicamento o servicio por un médico de la EPS a la que pertenece el paciente, la imposibilidad de sustituir el tratamiento por otro y que la persona no pueda sufragar los gastos⁵⁴.

---

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T- 760 de 2008. M.P Manuel José Cepeda E.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Corte Constitucional, T 598 de 2008.

De lo expuesto se puede concluir entonces que había mecanismos ordinarios suficientes para enfrentar las dificultades del sistema de salud, en los cuales era necesario además la participación y colaboración de las distintas autoridades, en cumplimiento de los postulados constitucionales de separación de poderes pero con una colaboración armónica. Al contrario de la formulación estructural de medidas tendientes a restablecer el buen funcionamiento del sistema de salud, realizada por la Corte Constitucional, el Gobierno pretende sustituir a las autoridades competentes y resolver unilateralmente las dificultades del sistema.

De otra parte, el Gobierno y las demás autoridades cuentan con mecanismos suficientes para intervenir y controlar las posibles irregularidades del sistema e igualmente tienen unas limitaciones dadas en el derecho internacional de los derechos humanos para ejercer sus competencias.

En primer término las autoridades del sistema de salud cuentan con una función de dirección y una función de regulación. La dirección conlleva la facultad de definir las atribuciones y el objetivo de los organismos de salud. La regulación por su parte se refiere a la facultad de definir las normas para fiscalizar y controlar. En esta función de regulación, participan diferentes autoridades que cuentan con las herramientas jurídicas para reaccionar ante cualquier problemática, aquí confluyen “el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (institución creada por la Ley 100 de 1993 y recientemente reformada con la Ley 1122 de 2007¹⁴); el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud –hoy de Protección Social–, y la Superintendencia Nacional de Salud”⁵⁵. Cada una de estas autoridades cuenta con un conjunto normativo que le permite actuar ante los conflictos existentes. Veamos.

El sistema de seguridad social, cuenta con un subsistema denominado de Inspección Vigilancia y Control (en adelante IVC), en el cual intervienen varias instituciones. Es importante resaltar que estas funciones de IVC son de carácter permanente y no contingente, precisamente para poder adoptar los correctivos frente a las fallas del sistema. Según el artículo 70 de la ley 100 de 1993 indica que: “*El Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud*”, esta situación ratifica que la declaración del estado de emergencia social no solo no contó con los elementos fácticos suficientes, sino que contrario a lo que indica el informe del Gobierno ante el Congreso, el Gobierno si que tenía la facultad permanente para evitar excesos y ejercer funciones de IVC.

Pero además de contar con las entidades encargadas del IVC, el sistema también cuenta con dos dispositivos de control, para que la lógica de mercado que determina la prestación privada o mixta del servicio no se desborde. Son estos: el

---

⁵⁵ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, op cit 2008., pp 93.

POS (control sobre servicios) y la Unidad de Pago por Capitación (UPC - Control sobre precios). Estos mecanismos, tal y como lo hemos expuesto y como se vive a diario en Colombia, son funcionales al mercado de la salud. Sin embargo la declaratoria intempestiva e infundada del estado de emergencia social demuestra que estos mecanismos de control eran utilizados por las EPS's para optimizar utilidades en cuanto a recobros, lo anterior, con el silencio cómplice de las entidades encargadas de IVC, dejando como consecuencia que el gobierno no solo demuestra su fracaso en la garantía de acceso real y efectivo al derecho a la salud, sino su incapacidad (voluntaria) de regular el mercado de la salud.

A continuación nos permitimos exponer una serie de órbitas de acción del Gobierno Nacional, bien sea por responsabilidad directa o en su deber de dirección de acuerdo con el art. 70 de la ley 100 de 1993, que fueron desatendidas a lo largo de los 7.5 años de gobierno, con la penosa consecuencia de trasladar su negligencia al cumplimiento de las obligaciones mínimas a los usuarios del sistema.

a) Dirección.

En este ámbito, el Gobierno Nacional tiene la facultad de formular y adoptar políticas, estrategias, programas y proyectos para el sistema de salud; al igual que establece el régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación. Lamentablemente antes de proponer este tipo de acciones, el Gobierno durante sus años de gobierno, tuvo una actitud pasiva frente a la salud y a pesar de contar con todas estas facultades, no las implementó, o al menos en la declaratoria del estado de emergencia social no las planteó, debiendo hacerlo.

Pero agudiza mucho más esta situación el hecho de que se aproveche la declaratoria del estado de excepción para promover una reforma estructural a la salud, es decir, el Gobierno no solo no utilizó sus facultades ordinarias y permanentes, sino que se extralimitó a la hora de implementar medidas, recortando el acceso efectivo a la salud y privando a la sociedad de un debate democrático frente a un problema estructural y de modelo del sistema de salud.

b) Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Una de las entidades más importantes y con mayores responsabilidades en el sistema de salud es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que por competencia legal, en materia de regulación, "define y reglamenta los grupos de afiliación prioritaria al subsidio; determina los criterios para la utilización y distribución de los recursos en salud; establece criterios para determinar el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y; determina el contenido y las actualizaciones de los servicios que contiene el Plan Obligatorio en Salud (POS)

para el régimen contributivo y subsidiado. El cumplimiento de estas funciones depende de los recursos económicos acumulados que tenga el SGSSS⁵⁶.

En consecuencia, esta institución tiene como misión identificar y regular los posibles desvíos de los recursos en el sistema de salud y en relación con los recobros determinar su ocurrencia y tomar medidas correctivas como producto de su función regulatoria y sancionatoria en caso de demostrar irregularidades. No existe registro alguno, o al menos no se invocó, sobre medidas tomadas por este organismo para contrarrestar la ocurrencia de los hechos que como demostramos anteriormente no tienen el carácter de inminente y por consiguiente existe una responsabilidad prolongada en el tiempo por parte de esta entidad.

c) Superintendencia Nacional de Salud.

Dentro de las entidades de control del SGSSS está la Superintendencia Nacional de Salud con facultades especiales para vigilar a las EPS e IPS y con funciones sancionatorias ampliadas por la ley 1122 de 2007 como se señala en un estudio: “en el diseño inicial del sistema (1993), sus funciones especializadas fueron definidas como: inspección, vigilancia y control a las EPS y las IPS; verificación de la conformidad del POS por cada EPS y definición de un régimen sancionatorio. Estas funciones originales fueron considerablemente ampliadas con la Ley 1122 de 2007 y posteriormente desarrolladas en el Decreto 1018 de 2007 que reorganizó la SNS. Para llevar a cabo sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud expide circulares de obligatorio cumplimiento para el universo de sus vigilados, razón por la cual se constituye en un eje adicional de regulación del sistema⁵⁷”

De lo anterior se desprende que, corresponden a esta instancia las funciones sancionatorias. En este sentido podemos afirmar que los “abusos” que invoca el ejecutivo tenían no solo una instancia de diagnóstico, sino esta instancia de sanción correctiva y seguimiento. Adicionalmente al ser de carácter permanente y no inminente e imprevisible los hechos invocados por el Ejecutivo, se debe resaltar esta instancia y su gestión en cuanto al funcionamiento del Sistema General de Salud.

d) Inoperancia en la implementación de la ley 1122 de 2007.

Tal y como se puede observar, esta ley identificó los mismos problemas hace más de 2 años durante el debate para su expedición y en su articulado definió una serie de conceptos sobre la Inspección Vigilancia y Control al mismo tiempo que asignó responsabilidades a las entidades parte del sistema de salud.

---

⁵⁶ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, op cit 2008., pp 94

⁵⁷ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, op cit 2008., pp 94

En el artículo 35, la ley 1122 adopta definiciones claras sobre la inspección, vigilancia y control del SGSSS, entendiendo por cada una lo siguiente:

“A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

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

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

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

De igual forma, la ley 1122 de 2007 asignó la facultad a la Supersalud de implementar el subsistema de IVC a partir de un conjunto de ejes previstos en el artículo 37 de esta ley, tales como el financiamiento para vigilar la eficiencia en el manejo de los recursos, el aseguramiento para proteger los derechos de los afiliados, la prestación de servicios de atención en salud pública conforme a los estándares internacionales de salud, la atención al usuario y la participación social, los mecanismos de intervención forzada para administrar o liquidar las entidades vigiladas con funciones de explotación de monopolios rentísticos cedidos a la salud, la previsión de un sistema de información veraz y efectivo, y la focalización de los subsidios en salud para vigilar su distribución.

El anterior conjunto de atribuciones demuestra la multiplicidad de mecanismos y facultades con que cuenta el ejecutivo para superar las dificultades del sistema de salud y que, sin embargo, no han sido utilizadas ni ejercidas de forma efectiva para cumplir su finalidad. Ahora bien, dado el origen gubernamental de la Supersalud,

deducimos sin lugar a dudas una omisión consciente del Gobierno en los ejes que le correspondía evaluar para actuar con diligencia y superar la crisis.

En el ámbito externo al sistema de salud están también las autoridades de control, entre ellas, la Procuraduría General, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales y la Contraloría General que permiten alertar, investigar, sancionar las irregularidades detectadas y apoyar a las autoridades de salud para superar los obstáculos de acceso a la salud y las deficiencias en el funcionamiento de la prestación de bienes y servicios de salud.

Asimismo en el control de dicho sistema participan por atribución constitucional los jueces que conocen de las acciones de tutela quienes tienen el marco jurídico integral, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos y la regulación de salud, para decidir mediante procedimientos preestablecidos y reglas jurisprudenciales, si las entidades de salud han violado o no el derecho fundamental a la salud de las personas.

Finalmente, el Congreso de la República tiene la facultad legislativa para adoptar correctivos y facultar a las distintas autoridades para que actúen eficaz y oportunamente en la resolución de cualquier tipo de conflictos del sistema de salud.

El ejercicio de las distintas competencias constitucionales de las autoridades colombianas para enfrentar la crisis no solo constituye una facultad sino una obligación jurídica, que no ha sido cumplida a pesar de conocer desde hace varios años la situación de la salud. Por ello resulta mucho más injustificada la adopción del decreto 4975 de 2009 porque refleja la omisión y negligencia con que han actuado diferentes autoridades del Estado.

Partiendo de un escenario de incumplimiento de las funciones de las distintas autoridades estatales, no puede concluirse con la adopción de medidas gravosas para la población colombiana, porque hacerlo sería responsabilizar a las(os) colombianas(os) por la negligencia estatal.

En consecuencia, el decreto 4975 de 2009 es inconstitucional porque existe un diseño normativo constitucional y legal suficiente para que las diferentes autoridades adopten medidas ordinarias para garantizar el goce efectivo del derecho humano a la salud.

3.2.2 Violación de los artículos 1, 2, 13, 49, 83, 215 y 350 de la Constitución Política, los artículos 2.1, 2.2, 3, 4 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), los artículos 1, 2, 3, 5 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en

materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 11.1 lit f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los artículos 1.1, 2, 24, 26 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 4 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el artículo 57 de la ley estatutaria de estados de excepción, por incumplimiento de los requisitos exigidos para la declaración de emergencia.

El decreto 4975 es contrario a las disposiciones señaladas en este título por cuanto los objetivos y el contenido material de la declaración de emergencia social menoscaban todos y cada uno de los derechos protegidos por el bloque de constitucionalidad, conforme a las siguientes consideraciones.

El Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por sus componentes democrático, participativo y pluralista y por tener como base fundamental la dignidad, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general (art. 1 de la C.P); además tiene por finalidad principal servir a la comunidad y garantizar el bienestar general y la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política (art. 2 de la C.P).

Tal como se han pronunciado sectores autorizados del sector de la salud, la emergencia social tiene como propósito favorecer intereses particulares de las EPS e IPS asumiendo como público, un riesgo financiero privado que obedece en estricto sentido a las características del modelo de salud adoptado en la ley 100 de 1993, esto es, el modelo de mercado regulado. Al respecto, distintos sectores han explicado el alcance privatista de la emergencia social, lo cual, contraría la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y sus finalidades:

“Con estos reajustes están saliendo a ganar las EPS y los demás empresarios, como bien lo expresa la complacencia de la ANDI y de ANIF con los decretos. Se trata de una financiación del déficit con cargo a los presupuestos familiares en lugar de tocar los excedentes empresariales...Las decisiones que expresan las nuevas normas llevarán a una mayor privatización y mercantilización del aseguramiento en salud, al otorgar mayores facilidades a las EPS y a otros aseguradores privados para que amplíen su margen de acción y de rentabilidad económica en el negocio de la salud”⁵⁸.

De acuerdo con este análisis, lejos de pretender la protección del derecho a la salud, el Gobierno, a través de la emergencia social, ha decidido favorecer

---

⁵⁸ *Los decretos de la Emergencia Social refuerzan la inequidad social y atentan contra el desarrollo de las ciencias de la salud*, Profesores de los Posgrados en Administración de Salud y Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 11 de febrero de 2010, comunicado público

claramente a un determinado sector empresarial, en este caso, las EPS e IPS, lo cual, contraría la finalidad del interés general de la sociedad colombiana y desconoce el contenido del derecho a la salud de su población. No puede validarse una declaración de emergencia social cuando, primero, tiene más de económica que social, y segundo tiene claros intereses de favorecimiento financiero privado y/o exclusivo sin que exista una justificación constitucionalmente razonable para respaldar semejante privilegio.

En ese sentido, si la emergencia social favorece a un sector determinado, el decreto 4975 de 2009 viola también el derecho fundamental a la salud protegido por nuestro ordenamiento constitucional bajo el entendido de garantizar a todas las personas acceso a “servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (art. 49 de la CP). Como veremos en el siguiente título sobre el alcance de este derecho social, la mayor violación cometida por la declaración de la emergencia social se da contra el derecho a la salud por desconocimiento tanto de las obligaciones como de los elementos del contenido de este derecho.

Asimismo, la emergencia social, ha desconocido el principio de buena fé constitucional (art. 83 de la C.P) porque las consideraciones del decreto 4975 califican arbitrariamente como conductas irregulares las acciones y procedimientos adelantados por los agentes y médicos del sistema de salud, presumiendo la falta de rectitud en su comportamiento. Semejante situación constituye una violación del principio de buena fé porque el Gobierno no demostró las irregularidades atribuidas a los profesionales de la salud que se limitan a ejercer su profesión conforme a las enseñanzas recibidas en la universidad y cuya idoneidad profesional está demostrada por los títulos profesionales respectivos y no por la opinión desinformada del Gobierno.

En relación con el artículo 215 de la C.P., tenemos que conforme al estudio desarrollado en el anterior aparte, está demostrado el incumplimiento de los requisitos constitucionales para declarar válidamente un estado de emergencia social, por este motivo, al dejarse de observar los elementos mínimos para adoptar una decisión semejante, no están reunidos los supuestos de hecho y derecho para declarar la exequibilidad del decreto 4975 de 2009 sino que por el contrario se reúnen los requisitos suficientes para retirarlo del ordenamiento jurídico. En especial, cabe agregar que el decreto 4975 de 2009 viola la prohibición de la carta política sobre desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. La declaración de emergencia impone una serie de cargas económicas a la población para sufragar los costos de acceso a tratamientos y medicamentos, lo cual, deteriora el goce efectivo de los derechos sociales porque además de cotizar y pagar ante el sistema una cuota mensual, la población debe utilizar recursos adicionales para auto proteger su salud. El incremento del presupuesto destinado por las familias e individuos para pagar costos de salud, reduce las posibilidades de satisfacer los

demás derechos sociales como la alimentación, la educación, la vivienda etc., en contravía de lo dispuesto por el artículo 215 de la carta política.

El decreto 4975 de 2009 también es contrario a disposiciones de orden internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El protocolo de San Salvador, protege entre otros derechos, el derecho a la salud, “entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”, respecto del cual el Estado tiene las obligaciones de adoptar medidas, incluidas las medidas legislativas, para hacer efectivos los derechos protegidos en el Protocolo, sin discriminación de ninguna índole, y la obligación de abstenerse de limitar el goce y ejercicio de derechos a menos que de ser necesario, lo haga mediante una ley pero con el objeto de preservar el interés general en la sociedad democrática y sin contradecir la razón de ser de los derechos (arts. 1, 2, 3, 5 y 10 del Protocolo de San Salvador). Ninguno de estos parámetros relacionados con las obligaciones del derecho internacional frente al derecho humano a la salud es satisfecho por el decreto 4975 de 2009 porque la declaración de la emergencia social se ha hecho con el fin de restringir el acceso de la población colombiana al derecho a la salud y de favorecer a un sector específico de la sociedad, esto es, las entidades de salud con interés particular y no para favorecer a la sociedad en general como lo ordena la carta política. De hacerlo habría tenido en cuenta que existe una masiva violación de derechos humanos demostrada en la multiplicidad de casos de tutela que han declarado responsable a las entidades de salud de violar el derecho fundamental a la salud, pero sobre esta situación no se toman medidas sino frente al gasto generado por preservar la vida, la salud, la integridad y la dignidad de las personas en el país, como si se tratara de una situación irregular.

La gravedad de la situación del sistema de salud está dada más en la ampliamente demostrada violación masiva del derecho fundamental a la salud que en los problemas económicos que tengan las EPS e IPS, que según algunas investigaciones poseen un patrimonio estable y varias entidades de salud son hoy en día parte de las empresas más rentables del país. Por ej., según algunas fuentes para el año 2008 Saludcoop “obtuvo ingresos por 2,98 billones de pesos, lo que representa un crecimiento del 21,15 por ciento frente a 2007” y para el 2009 ya era la empresa número 18, dentro de las 100 mejores empresas del país⁵⁹.

La vulneración del derecho a la salud está además relacionada con la salud sexual y reproductiva de las mujeres, protegida entre otros instrumentos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que ordena a los estados parte, la adopción de medidas contra la discriminación, entre ellas, para garantizar a la mujer “el derecho a la protección

59

<http://www.semana.com/noticias-economia/gigante/123593.aspx>
<http://www.semana.com/noticias-opinion/donde-esta-bolita/134332.aspx>

y

de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción” (art. 11.1 lit f CEDAW). Como se sabe las mujeres deben ser objeto de medidas afirmativas para lograr la igualdad material en el goce de sus derechos en la sociedad y también requieren medidas diferenciadas de atención especial para sus necesidades particulares en salud:

“en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos”⁶⁰.

Las mujeres en el país no tienen acceso efectivo a un plan de salud diferenciado, lo cual, ya constituye de por sí un incumplimiento de la obligación internacional del Estado en la materia. Pero tampoco contamos con acceso a una gama de servicios que incluyan la salud sexual y reproductiva dentro de la concepción institucional del derecho a la salud y por cuenta de esta circunstancia se viola permanentemente el derecho a la salud de las mujeres. La Corte Constitucional ha debido conocer de distintos casos en que las mujeres alegan la violación de su derecho a la salud sexual y reproductiva por parte de las EPS que excluyen de sus servicios los procedimientos requeridos por las mujeres y de las personas en general:

“Al ocuparse de asuntos relativos a patologías que alteran la vida sexual normal de las personas, esta Corporación ha señalado que el pleno goce de la salud sexual hace parte del ejercicio de derechos fundamentales como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre su procreación, así como los de la salud, la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad. Por esa razón, ha sido enfática en señalar que las exclusiones del POS no pueden, de ninguna manera, desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas”⁶¹.

Toda vez que el decreto 4975 de 2009 pretende obstaculizar el acceso a los servicios de salud esto conlleva una doble vulneración para la salud sexual y reproductiva de las mujeres, de un lado, porque el POS no contempla todos los servicios necesarios para garantizar el goce y ejercicio de este derecho para las mujeres y su nueva regulación pone en mayor riesgo su vulneración, y de otro, porque los

---

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C -355 de 2006.

⁶¹ Corte Constitucional, T - 605 de 2007 M.P Humberto Sierra Porto.

tratamientos ordenados mediante acción de tutela serán restringidos ilegalmente para las mujeres por la concepción reducida del derecho a la salud que tiene el sistema de salud.

De otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos también protege el derecho a la igualdad, (art. 24 de la Convención Americana, art. 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y art. 13 de la C.P), respecto del cual, los estados tienen las obligaciones de respeto, garantía y adopción de medidas para proteger el derecho. En aplicación de este marco jurídico, la Corte ha elaborado un *test de igualdad* para determinar la exequibilidad o no de una norma, que procede aplicar en esta oportunidad para demostrar la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009.

Según la Corte Constitucional, un juicio de igualdad estricto debe analizar como todo test, el fin, el medio y la relación entre uno y otro, pero adicionalmente, debe establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es adecuado, conducente y necesario, en el sentido que no puede ser reemplazado por uno menos lesivo. Además, el test estricto incluye un juicio de proporcionalidad en sentido estricto que debe verificar si la medida genera mayores beneficios de protección constitucional, en comparación con la restricción concreta de derechos que ella conlleva. Finalmente, un juicio de igualdad estricto procede cuando la norma contiene una categoría sospechosa; cuando la medida afecta a personas vulnerables o discriminadas; cuando *prima facie* la medida viola un derecho fundamental o cuando la medida crea un privilegio⁶².

El decreto 4975 de 2009 no contiene un fin legítimo, importante e imperioso porque en lugar de beneficiar a la sociedad en general, garantizar el goce efectivo de los derechos humanos y respetar la dignidad humana; pone por encima de estas metas constitucionales el interés financiero de un grupo de entidades de salud que han presionado para obtener mayores beneficios jurídicos de los que ya tienen. No resulta importante para un Estado Social y Democrático de derecho adoptar un estado de excepción para proteger un grupo de entidades caracterizadas por violar de forma masiva el derecho a la salud ni urge auxiliar financieramente a estas entidades cuanto el panorama social presenta mayores emergencias como el hambre, la desnutrición, el desplazamiento forzado, el desempleo, etc., todas, problemáticas de derechos humanos de una gravedad suficiente para ameritar con mayor razón la declaración de una emergencia social.

Como instrumento de acción, la emergencia social, tampoco resulta justificada porque jurídicamente la medida no es procedente, como vimos en el desarrollo de la revisión de los requisitos exigidos por la carta política, el decreto 4975 de 2009 no

---

⁶² Ver en este sentido, Corte Constitucional, sentencia C-227/04, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

cumplió los supuestos constitucionales previstos. Tampoco es una medida conducente porque se pretende dar trato igual a personas en situaciones diferentes, por ej., las medidas previstas para la población del régimen subsidiado respecto de las inscritas en el contributivo. La regresividad en cada modelo de plan conlleva diferentes niveles de vulneración de derechos por la situación disímil en que se encuentran sus respectivos beneficiarios. Asimismo, la emergencia social no es necesaria porque no se han dado hechos de extrema gravedad que ameriten semejante medida constitucional. No se ha probado la inminencia de un riesgo en un sistema que viene funcionando desde el año 1993 con los mismos percances y dificultades, propios del modelo acogido por iniciativa del entonces senador ponente Álvaro Uribe Vélez. Por ej., no se ha determinado ninguna pérdida económica de las entidades de salud, mucho más cuando el deudor es el Estado que, de una parte, tiene un patrimonio permanente con el cual responder y, de otra, tiene una obligación constitucional de prioridad en el gasto público social (art. 350 de la C.P).

Además existen mecanismos alternativos ordinarios con que cuenta no solo el Gobierno Nacional sino las demás ramas del poder público, instauradas bajo el principio de división de poderes con colaboración armónica entre sus funciones.

El caso de los hospitales públicos es diferente pues su crisis económica es grave y fue profundizada por la ley 1122 de 2007 que les asignó la responsabilidad de asumir la rentabilidad social, esto es, la atención de la población vinculada y los eventos No Pos. Además, los hospitales públicos tienen una deuda con más de 200.000 contratistas que desarrollan actividades permanentes de las Empresas Sociales del Estado y se encuentran vinculados por cooperativas de trabajo asociado, contratos de prestación de Servicios con persona natural, con Empresas de Servicios Temporales o *out sourcing*, con un promedio de antigüedad superior a 5 años y cuyo costo puede superar fácilmente los 10 billones de pesos⁶³, lo que constituye una real calamidad para estas entidades públicas y para el Estado Colombiano, pero esta circunstancia no fue tomada en cuenta a la hora de determinar las causas del estado de emergencia social, a pesar de la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional.

Asimismo, la restricción del derecho a la salud no genera mayores beneficios de protección constitucional para el conjunto de derechos humanos, al menos por dos razones, la primera, porque la perspectiva con que fue declarada la emergencia social no fue la perspectiva de derechos humanos sino de problemas económicos enfrentados por las entidades de salud, dada la lógica de mercado del sistema, que

---

⁶³ Datos aportados por la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia ANTHOC.

choca con las obligaciones en materia de derechos humanos⁶⁴, y la segunda, porque como se observa en el contenido de cada una de las medidas adoptadas en la emergencia social, ninguna va más allá de ordenes estrictamente financieras y de reestructuración de algunos procedimientos para garantizar el flujo eficiente de recursos económicos, luego, ninguna se refiere por ej., a establecer un plan de goce efectivo del derecho a la salud en cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto, protección, cumplimiento, satisfacción de niveles esenciales del derecho ni de progresividad efectiva. De hecho, el marco del derecho internacional de derechos humanos brilla por su ausencia en la regulación de la emergencia social.

La última parte del juicio de igualdad verifica si la norma objeto de control de constitucionalidad posee una categoría sospechosa de discriminación. Al respecto, el decreto 4975 de 2009 contiene más de una categoría sospechosa de discriminación porque por una parte menoscaba los derechos de las personas vulnerables en tanto las medidas de emergencia social afectan especialmente a las personas del régimen subsidiado de salud cuyo ámbito de cobertura de medicamentos y servicios en salud es sustancialmente inferior al régimen contributivo, esto es, en tanto han sido restringidos tratamientos excluidos del POS las personas más afectadas son las del régimen subsidiado porque su plan de atención abarca menos servicios. Por otro, viola el derecho fundamental a la salud porque frente a un escenario de violación masiva de este derecho, declarado por los jueces constitucionales a través de una innumerable cantidad de acciones de tutela, el Gobierno limita la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud en vez de sancionar a las EPS e IPS que vulneran este derecho. Por esto además, el decreto 4975 de 2009 crea un privilegio injustificado de protección especial para las entidades de salud, es decir, las mismas que han venido vulnerando sistemáticamente el derecho fundamental a la salud.

Finalmente, el decreto 4975 viola las prohibiciones internacionales e internas de suspender durante los estados de excepción el ejercicio de las garantías necesarias para la exigibilidad de derechos humanos (Art. 27 CADH, art. 4 PIDCP y art 157 LEEE). En este caso preciso, el decreto limita el ejercicio de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud. El Gobierno Nacional ha tratado de forma ambigua el tema y aunque no lo menciona de forma expresa en el decreto de declaratoria, lo desarrolla exhaustivamente en el informe que por orden constitucional debe presentar al Congreso de la República, de manera que en el

---

⁶⁴ El 20 de mayo de 2008 el entonces Procurador General señaló que “hay una clara ruptura entre la comprensión del derecho a la salud a partir de los principios constitucionales, valga decir en perspectiva de derechos humanos, y el tipo de modelo elegido para la prestación del servicio”. DISCURSO DE PRESENTACION DEL LIBRO “EL DERECHO A LA SALUD EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL ESTADO COLOMBIANO EN MATERIA DE QUEJAS EN SALUD.

ámbito material la acción de tutela ha sido restringida para exigir la protección del derecho fundamental a la salud. Claramente esta es la violación de una disposición constitucional y por ende debe declararse inconstitucional el decreto 4975 de 2009.

En suma, la declaración de la emergencia social realizada por el Gobierno Nacional el pasado 23 de diciembre de 2009, es inconstitucional por violación de las disposiciones del bloque de constitucionalidad anteriormente señaladas.

3.2.3 El derecho fundamental a la salud y las obligaciones internacionales vulneradas con el decreto 4975 de 2009.

Para determinar cuáles de las disposiciones del bloque constitucional han sido vulneradas por la declaración del estado de emergencia social, a continuación presentaremos (i) el alcance del derecho humano fundamental a la salud por ser el derecho de mayor relevancia en el actual debate jurídico y posteriormente (ii) desarrollaremos los argumentos sobre la violación de las obligaciones internacionales relacionadas con el derecho a la salud.

3.2.3.1 Alcance del derecho humano fundamental a la salud

El artículo 12 del PIDESC a su vez contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” por el cual los Estados deben adoptar medidas para:

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

El artículo 49 de la C.P., protege igualmente el derecho a la salud, el cual, ha sido reconocido como derecho fundamental. En la sentencia T- 760 de 2008 la Corte Constitucional ratificó el carácter fundamental del derecho a la salud y recordó que este derecho había sido protegido mediante tres mecanismos, uno, por conexidad con los derechos a la vida, la integridad y la dignidad, otro, protegiéndolo en casos de vulneración de derechos de personas que son sujeto de especial protección constitucional y el ultimo, por la fundamentabilidad autónoma del derecho.

En cualquiera de los tres escenarios el derecho a la salud no estuvo ni está limitado por el alcance del POS sino que su contenido ha estado definido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuyas obligaciones están por encima de las normas que regulan los mecanismos operativos del sistema de salud, por eso, “la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, [y] por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”⁶⁵.

El contenido del derecho a la salud como cualquier derecho económico, social y cultural tiene facetas prestacionales y no prestacionales. Esto implica el ejercicio de acciones por parte del Estado u omitirlas, según el caso, para proteger el derecho. Además el componente prestacional del derecho tiene una parte que es de cumplimiento inmediato y otra de carácter progresivo. Para garantizar cada aspecto, el Estado debe, respectivamente, adoptar medidas efectivas para garantizar niveles esenciales del derecho y adoptar un programa con metas, acciones y tiempos definidos para garantizar su goce efectivo.

En relación con la adopción de un programa para dar cumplimiento a la obligación de progresividad efectiva de los derechos sociales, en este caso del derecho a la salud, la jurisprudencia ha señalado que para ese propósito debe verificarse la existencia de una política pública con el objeto de garantizar el goce efectivo del derecho y que sea adoptada mediante un proceso participativo y democrático.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, se ha pronunciado tanto sobre el alcance de las obligaciones de los estados frente a los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la salud, como sobre su contenido. A través de sus observaciones generales 3 y 14, el Comité ha llegado a las siguientes conclusiones en la materia:

- a) Los estados tienen la obligación de garantizar niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos en el PIDESC.
- b) Los estados tienen la obligación de progresividad efectiva respecto a un determinado contenido de los derechos sociales. Por esta obligación deben “establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”⁶⁶.
- c) El contenido del derecho a la salud comprende los elementos esenciales de disponibilidad, acceso, no discriminación, acceso físico y económico, acceso a la información, aceptabilidad y calidad⁶⁷.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 760 de 2008. M.P Manuel José Cepeda E.

⁶⁶ Comité Desc de la ONU, Observación General N° 3 párr 9.

⁶⁷ Comité Desc de la ONU, Observación general N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),_E/C.12/2000/4., párr 12.

- d) Los estados tienen las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento o realización del derecho humano a la salud.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el ámbito de protección del derecho a la salud está dado en los servicios y medicamentos que el paciente requiera, ordenados por el médico tratante, así no estén contemplados en el POS y si la persona no los puede sufragar. Además los servicios de salud deben garantizarse con observancia de las condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad”⁶⁸.

A propósito del principio de integralidad, la Corte ha definido su alcance en el sentido de establecer la obligación de las entidades de salud de prestar al paciente “la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante”⁶⁹. Esto es, la prestación de los servicios no refractaria.

Asimismo, el principio de continuidad significa que toda persona tiene derecho a que “el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente”⁷⁰.

Este marco jurídico permite clarificar el punto de referencia a partir del cual se analiza el alcance del decreto 4975 de 2009, que realizamos a continuación.

3.2.3.2 *Violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente al derecho fundamental a la salud, por el decreto 4975 de 2009.*

- a) *Violación de las obligaciones internacionales de respeto, protección y garantía de los derechos sociales*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), comprende tres tipos de obligaciones internacionales para el Estado colombiano: el respeto, protección y garantía o cumplimiento de derechos sociales. Por la primera, el Estado tiene la obligación de no adoptar medidas en detrimento del contenido del derecho; por la segunda, el Estado debe proteger a la población frente a la afectación de terceros en contra del derecho y por la tercera, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para realizar directamente el derecho.

Al respecto y con base en el artículo 12 del PIDESC, el Comité Desc de la ONU, ha desarrollado estas obligaciones en relación con el derecho a la salud:

---

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T- 760 de 2008. M.P Manuel José Cepeda E.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

“Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de *cumplir* comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”⁷¹.

Conforme a la obligación de *respeto*, el Estado colombiano debía abstenerse de adoptar medidas que afectan el goce efectivo del derecho a la salud como las previstas por la emergencia social declarada en el decreto 4975 de 2009. Según el Comité Desc, la adopción de legislación o políticas “que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud”⁷², viola la obligación de respeto a este derecho. En ese sentido, y sin consideración a las obligaciones y el contenido del derecho fundamental a la salud, el Gobierno ha declarado la emergencia social con el propósito de restringir el acceso a los servicios de salud de la población colombiana cuando sea necesario por prescripción médica un tratamiento o medicamento no contemplado en el POS.

Tal como fue expuesto en la sentencia T- 760 de 2008, la protección del derecho humano fundamental a la salud no se limita al contenido del POS porque además de la regulación pertinente en el sistema de salud, están las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente al derecho a la salud, de manera que los jueces y autoridades están facultadas para inaplicar cualquier disposición del sistema de salud contraria al bloque de constitucionalidad. Con base en este argumento, a través de un procedimiento reglado y preestablecido, la Corte Constitucional ha declarado procedente un significativo número de tutelas para proteger el derecho a la salud. Esta situación resulta constitucionalmente válida dada la existencia de obligaciones jurídicas internacionales superiores a algunas disposiciones del sistema de salud. Sin embargo, el Gobierno ha considerado que el ejercicio de derechos fundamentales de la población, y en consecuencia, el cumplimiento por parte de los jueces constitucionales de dichas obligaciones, constituyen una causa suficiente para declarar la emergencia social.

---

⁷¹ Comité Desc de la ONU, Observación general N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4., párr. 33

⁷² *Ibíd.*, párr. 50.

La actuación del Gobierno resulta entonces contraria a la obligación internacional de *respeto* de los derechos sociales, particularmente, del derecho a la salud porque asume como irregular una actuación constitucionalmente legítima tanto de las personas que acuden a las instancias judiciales para lograr acceder a los servicios de salud, como de los jueces que deciden en derecho y están contribuyendo al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Por su parte, la obligación de *protección* de los derechos sociales, en este caso, del derecho a la salud, ha sido vulnerada por el decreto 4975 de 2009 del Gobierno Nacional, porque ha desprotegido a la población colombiana frente a los intereses financieros de las EPS e IPS que son terceros cuyas actividades deberían estar estrictamente controladas por el Estado para evitar violaciones de derechos humanos pero, por el contrario, la gran cantidad de casos documentados mediante acciones de tutela sobre el derecho a la salud, demuestran la sistemática violación de este derecho por su parte, sin que semejante situación haya ameritado sanción alguna por parte del Gobierno, y no solamente nunca les ha sancionado sino que invierte la responsabilidad de la crisis del sistema de salud, responsabilizando a la población enferma que ha reclamado un medicamento o servicio por vía judicial, muchas veces de tratamientos incluidos en el POS, y no a las entidades que funcionan con la lógica propia del mercado sin consideración alguna por el derecho a la salud.

Pero además el decreto 4975 de 2009 desconoce la obligación de *protección* porque ha delegado inconstitucionalmente los compromisos estatales internacionales en materia de salud, en las entidades de salud. Semejante conducta ha sido prohibida por el relator especial de la ONU para el derecho a la salud:

“un Estado puede contratar la prestación de servicios de salud con una empresa privada, pero no puede subcontratar sus obligaciones respecto del derecho a la salud. Un Estado siempre mantiene una responsabilidad residual respecto de la reglamentación adecuada de sus sistemas de salud y de medicamentos”⁷³.

Según el contenido del decreto 4975 de 2009, pareciera que la responsabilidad de protección del derecho a la salud ha pasado a ser de las EPS e IPS, quienes ante los problemas de flujo financiero paralizarían la prestación de los servicios de salud como si el Estado pudiera desentenderse de sus obligaciones internacionales. En un hipotético evento en el cual las EPS e IPS suspendieran sus actividades, esto no autorizaría al Estado para omitir su obligación de protección efectiva del derecho a la salud y debería adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios.

---

⁷³ *Ibíd.*, párr. 60

Ahora bien el presunto riesgo de la parálisis de las EPS e IPS no es real al menos por tres razones. Primero porque en tanto el modelo del sistema de salud obedece a la lógica del mercado controlado, (cuya expresión en el país tiene más de mercado que de control), las garantías con que han contado estas entidades hacen que manejen un servicio altamente rentable para sus intereses financieros; segundo porque aún en el evento de que alguna entidad pierda sus recursos, eso obedece a la lógica interna del mercado que fue el modelo por el cual se optó en la ley 100 de 1993. Cada entidad asume los riesgos propios del mercado y en caso de pérdida no puede esperar ni pretender el auxilio del Gobierno. Y tercero, porque también por la lógica del mercado, existen diferentes agentes interesados en manejar los recursos provenientes del sistema de salud, así que en sana competencia si alguna entidad no está conforme con las circunstancias financieras del sistema, puede libremente retirarse y ser reemplazado por otro actor. En el marco de otro modelo de sistema de salud, la intervención estatal estaría justificada pero en este no, o al menos no con el alcance que pretende la declaratoria de la emergencia social.

El modelo colombiano en el marco del estado de emergencia social pareciera cambiar de un teórico sistema de mercado controlado, caracterizado más por la libre competencia que por el control estatal, a un mercado intervencionista, en el cual, el Gobierno adquiere de facto una obligación de subsidiar las pérdidas, los riesgos financieros y las deudas de un actor del sistema, en detrimento de las demás, sin disposición constitucional que justifique semejante obligación.

En tanto la obligación de control que tiene el Estado colombiano frente a las entidades del sistema de salud ha fallado históricamente, ha de entenderse que la función de control es comprendida por el Gobierno Nacional no como un mecanismo de protección a la población respecto de los abusos de las EPS e IPS, sino como un instrumento de restricción del derecho a la salud de la población colombiana, lo cual, es contrario al principio de intangibilidad de derechos.

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia los derechos fundamentales son intangibles y por ende no pueden ser restringidos ni menoscabados. El decreto 4975 de 2009 contiene explícitamente una restricción al derecho fundamental a la salud y en consecuencia, se da una violación a esta prohibición contenida en el bloque de constitucionalidad.

Por último, la obligación de *cumplir* ha sido igualmente desconocida por el decreto 4975 de 2009, por cuanto, mientras el derecho internacional de los derechos humanos indica que por esta obligación los estados deben adoptar medidas para establecer una política pública y un programa de cumplimiento progresivo de las obligaciones en salud, acorde con los estándares internacionales, lo cierto es que aún no se ha cumplido esta obligación, por el contrario, el referido decreto contempla la restricción del derecho a la salud de la población colombiana y

establece las condiciones para que los decretos subsiguientes restrinjan el acceso a los servicios de salud no contemplados en el POS. Por lo tanto el decreto 4975 de 2009 lejos de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, pretende avalar una serie de medidas restrictivas que solo benefician a unos determinados actores sociales, esto es, las EPS e IPS.

Dentro de las causales analizadas por el Comité Desc sobre la violación de la obligación de *cumplir* está la falta de disposición de recursos suficientes para el sistema de salud, esto es, se generaría una violación de la obligación de *cumplir* ante “los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud”⁷⁴. Por ende, si el Gobierno alega falta de recursos está aceptando el incumplimiento de esta obligación internacional.

En sus variaciones de facilitar y promover, la obligación de *cumplir* el derecho a la salud indica lo siguiente:

“La obligación de *cumplir* (*facilitar*) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud....

La obligación de *cumplir* (*promover*) el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población”⁷⁵.

Este marco jurídico internacional claramente dirigido a definir el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados parte, permite concluir que el decreto 4975 de 2009 contraría la obligación de *cumplir* porque el goce efectivo del derecho ha sido limitado por la emergencia social. Partiendo de un escenario en el cual la población de forma masiva y reiterada acude a la vía judicial para exigir la protección del derecho a la salud y donde la mayoría de las ocasiones los jueces acceden a sus pretensiones, es decir, se constata la vulneración del derecho fundamental a la salud por parte de las EPS e IPS, no resulta acorde con los estándares internacionales la limitación de los mecanismos para acceder a los servicios No Pos y mucho menos que el acceso judicial logrado por la población sea la justificación del Gobierno para declarar la emergencia social. Esto sería tanto como aceptar que la prevención y protección judicial dada a la población, y en virtud de la cual la población ha preservado su derecho a la vida y a la salud, ha sido un error, cuando realmente la falencia está dada en la formulación del modelo de salud que prioriza los aspectos financieros sobre las obligaciones y el contenido del derecho humano fundamental a la salud.

---

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 52

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 37

El decreto 4975 de 2009 no contiene medidas encaminadas a observar la obligación de *cumplir* el derecho a la salud: no tiene medidas para combatir la mortalidad materna e infantil, no tiene medidas para superar el llamado paseo de la muerte, no tiene medidas para prevenir la desnutrición y las enfermedades derivadas, no tiene un plan de acciones en el tiempo para garantizar los contenidos del derecho a la salud, sino que se reduce a generar las condiciones jurídicas necesarias para regular el tema financiero del sistema de salud, obviando que en términos de derechos y de obligaciones internacionales, existen mayores y más graves problemas en dicho sistema.

b) *Violación de las obligaciones de satisfacción de los niveles esenciales del derecho a la salud y de progresividad efectiva de este derecho.*

Los derechos sociales cuentan con dos componentes de protección, uno relacionado con los contenidos mínimos de aplicación inmediata y otro, con los contenidos de desarrollo progresivo para lograr su plena realización. El contenido mínimo de cada derecho ha sido definido tanto por la Corte Constitucional, como por los órganos internacionales encargados de hacer seguimiento a los instrumentos de los cuales hace parte el Estado colombiano, particularmente, nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que es el intérprete autorizado del pacto y los relatores especiales de la ONU.

En virtud de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos sociales, los Estados deben adoptar medidas efectivas y emplear “hasta el máximo de los recursos de que disponga” para garantizar su plena realización (Párr. 1 Art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales - Pidesc). La obligación de progresividad conlleva una limitación a la libertad de configuración legislativa, pues una vez alcanzado un nivel de protección no pueden ser adoptadas medidas regresivas, de manera que cualquier retroceso en la materia, se presume inconstitucional y por ello el control constitucional sobre la respectiva norma debe ser estricto. La prohibición de regresividad ha sido acogida por la Corte Constitucional⁷⁶ como una prohibición *prima facie* que hace presumir la inconstitucionalidad de cualquier retroceso y aunque el Estado conserva la facultad de desvirtuar dicha inconstitucionalidad, le corresponde la carga de la prueba.

El Comité Desc a través de su Observación General N° 3 y la Corte Constitucional por medio de múltiples sentencias, se han pronunciado sobre la obligación estatal de satisfacer niveles esenciales de los derechos sociales y la obligación de progresividad efectiva con la correlativa prohibición de regresividad. Respecto a la primera obligación, el Comité sostiene que “corresponde a cada Estado Parte una

---

⁷⁶ Ver en este sentido Corte Constitucional C-038 de 2004. M.P Eduardo Montealegre L.

obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, entendiéndose que esta es una obligación de inmediato cumplimiento, sin sujeción a condicionamiento alguno. Igualmente, en relación con esta obligación, la Corte Constitucional ha acogido la interpretación oficial del Comité Desc, en el sentido de reconocer la exigibilidad inmediata de los contenidos mínimos de los derechos sociales:

“Conforme la interpretación oficial internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, tales derechos contienen elementos que son de inmediata exigibilidad, como ocurre respecto de las obligaciones estatales que emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-, tal como han sido interpretadas por el órgano internacional encargado de interpretar el alcance de dicho instrumento de derecho internacional público, a saber, el Comité del PIDESC”⁷⁷.

De acuerdo con las observaciones 3 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, los estados tienen la obligación directa e inmediata, de garantizar niveles esenciales de cada derecho protegido por el PIDESC. En el caso del *derecho humano a la salud*, esos niveles esenciales corresponden con los siguientes elementos descritos por el Comité:

- “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población”⁷⁸.

---

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia T-1318/05, Magistrado Ponente: Humberto Sierra P.

⁷⁸ Comité Desc de la ONU, Observación general N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4., párr. 43.

Los niveles esenciales del derecho a la salud sobre el acceso a los servicios de salud, a los medicamentos y la obligación de adoptar una estrategia de salud para atender las preocupaciones de toda la población, etc., son los elementos violados por el decreto 4975 de 2009 como veremos.

De otra parte, el Comité Desc ha aclarado sobre la obligación de progresividad efectiva que “el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”⁷⁹.

En ese sentido, el Comité Desc de la ONU ha definido el alcance de la obligación de progresividad efectiva, estableciendo que los Estados deben tener un plan determinado previamente para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los derechos sociales, plan que puede tener un periodo razonable, pero que año a año debe demostrar los avances logrados con cada meta propuesta desde el inicio, de lo contrario, se incumple la obligación internacional de desarrollo progresivo o progresividad efectiva.

(i) Violación de la obligación de garantizar niveles esenciales del derecho a la salud.

El decreto 4975 contraría la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos prevista en el PIDESC porque la declaración de emergencia social no contempla medidas especiales para superar el problema del hambre en el país ni las enfermedades derivadas de esta tragedia, no garantiza condiciones de vivienda, condiciones sanitarias ni acceso a agua, pero especialmente, no garantiza el acceso a medicamentos esenciales ni el acceso de la población colombiana a los tratamientos y medicamentos necesarios para restablecer su salud porque ese es precisamente el objeto de la emergencia social: restringir la autorización de servicios no incluidos en el precario Plan Obligatorio de Salud del sistema de salud para así evitar gastos y resguardar los intereses financieros de las EPS e IPS.

A pesar de las advertencias del relator especial de la ONU sobre el derecho a la salud, frente a la crítica situación generada por la negación de medicamentos, el

---

⁷⁹ Comité Desc, Observación General N° 3 párr 9.

Gobierno colombiano, mediante el decreto 4975 de 2009 pretende evitar que las personas accedan a los medicamentos ordenados por el/la médico tratante. Al respecto, el Relator señaló que en el mundo existen:

“2.000 millones de personas que carecen de medicamentos esenciales. Esa carencia causa sufrimientos inmensos y evitables: mala salud, dolores, temores y pérdida de la dignidad y de la vida... La atención médica en caso de enfermedad, así como la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades son características básicas del derecho al más alto nivel posible de salud. Esas características están en función del acceso a los medicamentos. Así, el acceso a los medicamentos constituye una parte indispensable del derecho al más alto nivel posible de salud”⁸⁰.

En ese sentido, la declaración de emergencia social contenida en el decreto 4975 de 2009 es contraria al artículo 12 del PIDESC en cuanto desconoce la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos, entre ellos, el acceso a la atención en salud y a los medicamentos requeridos para sanar y la adopción de un plan estratégico de salud para atender las necesidades de la población. En el decreto 4975 se declara la emergencia social con el fin de restringir el acceso a las condiciones de salud que durante quince años, la población colombiana ha venido reclamando mediante la acción de tutela por cuanto el sistema de salud no respeta las obligaciones internacionales en la materia, por eso, el decreto es contrario a obligación de garantizar niveles esenciales de derechos. Las “preocupaciones” de la población están claramente expresadas en la presentación masiva de tutelas que demuestran la violación sistemática del derecho a la salud por parte de las EPS e IPS y por supuesto del Estado quien en definitiva es el obligado por el derecho internacional de los derechos humanos para respetar, proteger y cumplir el derecho humano a la salud.

ii) Violación de la obligación de progresividad efectiva

Conforme a los presupuestos señalados sobre el alcance de las obligaciones de garantizar el contenido esencial de derecho a la salud y de progresividad efectiva de los derechos sociales, podemos establecer que la segunda obligación ha sido desconocida por el decreto 4975 de 2009 por desconocimiento de la prohibición de regresividad en relación con el derecho a la salud.

A partir de las reglas dispuestas por la Corte Constitucional en cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, para proteger el derecho fundamental a la salud, podemos concluir que el decreto 4975 de 2009 viola la prohibición de regresividad del derecho a la salud porque en virtud de las acciones

---

⁸⁰ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 37

de tutela se habían logrado ámbitos de protección en cada componente del derecho a la salud, que por cuenta de la emergencia social van a ser reducidos, sin que exista justificación constitucional para permitir este retroceso.

Entidades estatales como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y algunas organizaciones de derechos humanos como Dejusticia, entre otras, han promovido ante la Corte Constitucional la necesidad de declarar el estado de cosas inconstitucional en materia de salud, dada la vulneración masiva de este derecho por parte de las entidades prestadoras de salud:

“Convendría pensar en promover que la Corte Constitucional, en alguna de las innumerables tutelas en salud, declare un “estado de cosas inconstitucional” en materia de salud. Esta declaratoria se justifica no sólo por los graves problemas en términos de acceso, inequidad y calidad, que sigue presentando el sistema, sino además por las limitaciones que tiene la tutela individual para enfrentar esos problemas, que son reiterados y masivos”⁸¹.

Frente a semejante situación, constituye un retroceso que el Gobierno Nacional adopte una emergencia social que limita el ejercicio y goce del derecho a la salud, porque restringe la posibilidad, por cierto especialmente precaria para el régimen subsidiado, de acceder a la protección judicial del derecho fundamental a través de la acción de tutela. Dada la exposición de motivos realizada por el Gobierno ante el Congreso para justificar la declaración de la emergencia social puede concluirse que el Gobierno responsabiliza a la población víctima de la violación del derecho fundamental a la salud de las dificultades existentes en el respectivo sistema y que, por ello, considera procedente restringir el acceso a la acción de tutela.

Mientras la jurisprudencia constitucional había autorizado mediante tutela el acceso a tratamientos y medicamentos No POS, de acuerdo con un procedimiento reglado y preestablecido, con criterios objetivos y reglas jurisprudenciales fijas, el decreto 4975 de 2009 ha restringido el acceso a dichos tratamientos y medicamentos, por considerar que prevalece el interés financiero de las entidades de salud sobre el derecho fundamental a la salud.

La obligación de progresividad efectiva también ha sido vulnerada por el decreto 4975 de 2009 porque su contenido acepta la omisión estatal de no haber adoptado medidas con antelación para evitar cualquier tipo de conflicto económico. Esto, por cuanto, el Estado tiene la obligación de utilizar hasta el máximo de recursos de que disponga para garantizar los derechos sociales, lo contrario, constituye una violación de sus obligaciones:

---

⁸¹ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, op cit 2008., pp 196.

“Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12⁸².

Envés de destinar mayores recursos financieros al sistema de salud, el Gobierno adopta la emergencia social para establecer impuestos y cobros adicionales que no están debidamente justificados en cuanto no se ha demostrado la utilización hasta el máximo de los recursos disponibles del Estado antes de optar por medidas alternativas.

La obligación de progresividad efectiva conlleva el deber del Estado de adoptar medidas para lograr en un periodo determinado, el goce efectivo del derecho a la salud. Todo Estado debe trazarse unas metas específicas para lograr la protección real del derecho a la salud, entre ellas, diseñar un sistema de salud acorde con las obligaciones internacionales en derechos humanos, cualquiera que sea la fórmula económica adoptada.

De acuerdo con el derecho internacional los sistemas de salud deben obedecer a determinados parámetros que respeten la perspectiva de derechos:

- La atención de salud y los sistemas de salud deben basarse en un enfoque más holístico y centrado en la persona.
- No solo deben ser evaluados los resultados sino los procesos.
- “El acceso a la información sanitaria es una característica fundamental de todo sistema de salud eficaz”.
- “Todas las personas y comunidades tienen derecho a participar de manera activa y con conocimiento de causa en las cuestiones relacionadas con su salud”.
- “Todo Estado tiene impuesta por ley la obligación de velar por que todos puedan tener acceso al sistema de salud sin discriminación”.
- “El sistema de salud debe respetar las diferencias culturales.
- “Los individuos, comunidades y poblaciones necesitan algo más que atención médica para gozar de buena salud.
- “El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud está subordinado a su realización progresiva y a la disponibilidad de recursos”.
- “Los servicios e instalaciones de salud deben ser de buena calidad”⁸³.

Siguiendo los parámetros dados por el derecho internacional se observa que el decreto 4975 de 2009 es contrario a la obligación de progresividad efectiva porque

---

⁸² Comité Desc de la ONU, Observación general N° 14 (2000), op cit., párr. 47

⁸³ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008, párr. 38 a 42, 44 a 46, 50 y 54.

en lugar de propender por la mayor protección y ampliación de servicios, tendientes a la satisfacción integral del derecho a la salud, el decreto ordena la restricción del acceso a los tratamientos y medicamentos requeridos por la población colombiana.

La obligación de progresividad efectiva conlleva como hemos dicho la prohibición de regresividad y esto compromete la responsabilidad estatal por acción directa:

“La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud... constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”⁸⁴.

Asimismo, la responsabilidad del Estado está comprometida por omisión por la falta de medidas tendientes a la materialización de los mínimos que debe tener un sistema de salud acorde con el derecho internacional de los derechos humanos. En cuanto el Estado no ha adoptado medidas para definir sus metas y establecer un sistema de salud cuyo propósito sea garantizar el goce efectivo del derecho sino que por el contrario carece de una política nacional de salud y reduce el alcance de la protección del derecho a la salud, se presenta una violación también por omisión:

“Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por *actos de omisión* figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes”⁸⁵.

Como hemos expresado en la presente intervención el actual Gobierno, lleva en el mandato 7.5 años, conociendo de primera mano, las dificultades existentes en el sistema de salud, sin que haya adoptado medidas efectivas para superarlas. Esto le hace responsable por omisión de protección del derecho a la salud porque no ha establecido un sistema de salud garantista, no ha establecido metas claras, ni ha activado los mecanismos con que cuenta para conjurar las problemáticas del sector. Por ej., en materia de cobertura, la Corte Constitucional le había ordenado al

---

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 48

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 49

Gobierno satisfacer este componente del derecho a la salud en enero de 2010, y la respuesta negligente del Gobierno se reduce a la postergación injustificada de la meta y a declarar la emergencia social para atender otros conflictos del sistema de salud que no son de mayor gravedad a la masiva vulneración del derecho fundamental a la salud en el país, como lo muestran las innumerables tutelas y la voz autorizada de los jueces de la República y de los médicos tratantes.

En suma, la obligación de progresividad efectiva es desconocida por el decreto 4975 de 2009, en tanto, lejos de definir una política pública con el objetivo de establecer un sistema de salud garantista, adopta medidas regresivas contra el derecho a la salud porque restringe injustificadamente su alcance de protección.

- c) *Violación de los contenidos de disponibilidad, acceso, no discriminación, acceso físico y económico, acceso a la información, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud*

De acuerdo con la Observación General N° 14 del Comité Desc, el contenido del derecho a la salud se define por los elementos de *disponibilidad, acceso, no discriminación, acceso físico y económico, acceso a la información, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud*.

Por la *disponibilidad* del derecho a la salud se entiende la posibilidad de “contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”; el *acceso* comprende la facultad de tener al alcance acceso físico y económico a los servicios de salud y a la información pertinente, sin discriminación alguna; la *aceptabilidad* conlleva el deber de respetar la cultura y condición especial de las personas y la *calidad* exige que los servicios de salud sean “apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”⁸⁶.

La disponibilidad del derecho a la salud se relaciona con la posibilidad de contar con suficientes establecimientos hospitalarios y semejantes, para recibir atención. Esto necesariamente depende del monto presupuestal aprobado para la salud. El gasto en salud se ha incrementado relativamente, por ej., en el periodo 1993 a 2003 el gasto público en salud pasó de 3.1% a 6.4% del PIB⁸⁷, sin embargo, esto no genera mayores oportunidades para la disponibilidad del derecho a la salud porque, por el contrario a lo esperado, se han presentado casos de cierre de hospitales y centros de salud⁸⁸, sobretodo públicos, con las consecuencias negativas que esto tiene para la protección del derecho fundamental a la salud.

---

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 12

⁸⁷ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, op cit 2008., pp 68

⁸⁸ *Ibíd.*, pp 69.

En materia de acceso a la salud existe un problema de desigualdad estructural, dado por la diferenciación en los regímenes de salud y por la situación social. Por ej., un estudio de la Universidad Nacional de Colombia muestra que aunque entre 1994 y 2000 se presentó un incremento en la afiliación al sistema de salud, la población pobre y la rural tiene menores porcentajes de acceso a la salud. Para el año 2000 muestra un 52.2% de tasa nacional de afiliación, del cual, sólo el 16.7% es del régimen subsidiado y el 35.5% del régimen contributivo. La mayor proporción de afiliación además es de población no pobre y urbana frente a la pobre y rural⁸⁹.

La calidad y aceptabilidad de la salud pueden evaluarse en relación con la calidad percibida por los usuarios. Una medición de la Defensoría sobre el tema señaló que “los resultados generales del estudio demuestran que se siguen presentando deficiencias en el esquema de aseguramiento del SGSSS, por cuanto el índice global de calidad percibida por los usuarios – obtenido en la presente encuesta (67.69 sobre 100)- sigue siendo insatisfactorio”⁹⁰. Esto refuerza la idea según, la cual, a pesar del incremento presupuestal de gasto público en salud, eso no se ha traducido en una garantía para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

El decreto 4975 de 2009 es entonces contrario al contenido del derecho a la salud protegido por el artículo 12 del PIDESC y 49 de la Constitución Política. La declaración de emergencia social restringe la posibilidad de la población de contar con los servicios requeridos para la atención en salud, afectando con ello la disponibilidad del derecho; también deniega el acceso económico a los servicios no contemplados en el POS porque obliga a la población a adquirir servicios de salud por cuenta propia, los cuales, en varias ocasiones son de alto costo; asimismo, la emergencia social conlleva la violación del elemento de *calidad* del derecho a la salud porque la orden de restringir la facultad de los médicos para diagnosticar y recetar libremente sobre la salud de las personas deteriora la idoneidad con que son atendidas en el sistema de salud.

4 *Pretensiones*

- Conforme a lo anteriormente expuesto solicitamos declarar la inexequibilidad del decreto 4975 de 2009 por el cual se declara el estado de emergencia social.
- Compulsar copias al Congreso de la República para que investigue al Presidente de la República y sus ministros, en los términos del artículo 215 inciso 8.

---

⁸⁹ Universidad Nacional de Colombia ¿Ha mejorado el acceso a la salud? Evaluación de los procesos del régimen subsidiado, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2007 pp 173.

⁹⁰ Defensoría del Pueblo, Evaluación de los servicios de salud que brindan las empresas promotoras de salud, índice de satisfacción de usuarios de salud ISUS 2005 pp 109.

5 Pruebas

Documentales

- Aportamos en CD adjunto copia magnética de los siguientes informes
  - a) PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJuSticia-, EL DERECHO A LA SALUD en perspectiva de DERECHOS HUMANOS y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud, 2008
  - b) Defensoría del Pueblo, *LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD CAUSAS DE LAS TUTELAS EN SALUD*, 2004
  - c) Defensoría del Pueblo, Evaluación de los servicios de salud que brindan las empresas promotoras de salud, índice de satisfacción de usuarios de salud ISUS 2005
  - d) Universidad Nacional de Colombia ¿Ha mejorado el acceso a la salud? Evaluación de los procesos del régimen subsidiado, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2007

Oficios

- Oficiar al Departamento Nacional de Planeación para que certifique la aprobación y destinación de recursos para cubrir los gastos de salud desde el año 1993 en adelante.
- Oficiar al fondo de solidaridad y garantía FOSYGA y las entidades territoriales para que informen en un reporte detallado la proporción de gastos autorizados mediante acción de tutela discriminando cuáles fueron por servicios y tratamientos No Pos y cuáles del POS.
- Oficiar al Ministerio de Protección Social para que informe cuántos y cuáles hospitales, centros de salud y semejantes han sido clausurados desde 1993.
- Oficiar a la Superintendencia de Salud para que informe desde 1993, año a año, sobre el número de quejas presentadas por los usuarios contra las EPS, el motivo, el tiempo de trámite y la respuesta final dada.
- Oficiar a la Defensoría del Pueblo para que informe desde 1993, año a año, sobre el número de quejas presentadas por los usuarios contra las EPS, el motivo, el tiempo de trámite y la respuesta final dada.

6 Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta intervención ciudadana con base en los artículos 241.7 y 242.1 de la Constitución Política.

7 *Notificaciones*

Recibimos notificaciones en la calle 16 N° 6 – 66 piso 25. Edificio Avianca. Bogotá D.C., teléfonos 2846120 y 2846040.

Atentamente,

Anexamos copia del certificado de existencia y representación de nuestras organizaciones.

Atentamente

YESID CAMACHO

CC

Presidente “ANTHOC”

Asociación Nacional Sindical

De Trabajadores Servidores Públicos

De la salud y la Seguridad Social Integral

Y Servicios Complementarios de Colombia

RAFAEL BARRIOS MENDIVIL

CC 74.58.749 de Barranquilla

Presidente Colectivo de Abogados “José

Alvear Restrepo”

GERMÁN HERNÁNDEZ OROZCO

CC 11.483.380 de Facatativa

Sindicato de Trabajadores del Hospital

Militar Central “SINTRAHOSMIC”

ESPERANZA MORALES CORREA

CC 41.652.555 de Bogotá

Asociación Nacional de Enfermeras

de Colombia “ANEC”

LINDA MARÍA CABRERA CIFUENTES

CC 26.433.952

Abogada CCAJAR

DORA LUCY ARIAS GIRALDO

CC 52 036 375 de Bogota

Abogada CCAJAR