
FORO

“La salud en Colombia ¿en Emergencia?”

Análisis constitucional y legal del estado de emergencia social y los decretos que reforman el sistema de salud

Vanessa Suelt Cock

Gustavo Cote Barco (ponentes)

Ni emergencia, ni salud de la población

Francisco José Yepes Luján

Emergencia Social en Salud, lo que la polémica no ha permitido ver

Julio César Castellanos Ramírez

Los aspectos negativos y altamente lesivos a la Medicina y a la Odontología como ciencias y como profesiones

Francisco Henao Pérez

Sistema General de Seguridad Social en Salud y decretos de emergencia social: negación del cuidado de la salud

Edilma Marlén Suárez (ponente), Herly Ruth Alvarado Romero, Maribel Pinilla Alarcón, Sandra Mónica Rodríguez Colmenares

Economía política de la emergencia social: las negociaciones políticas de los decretos

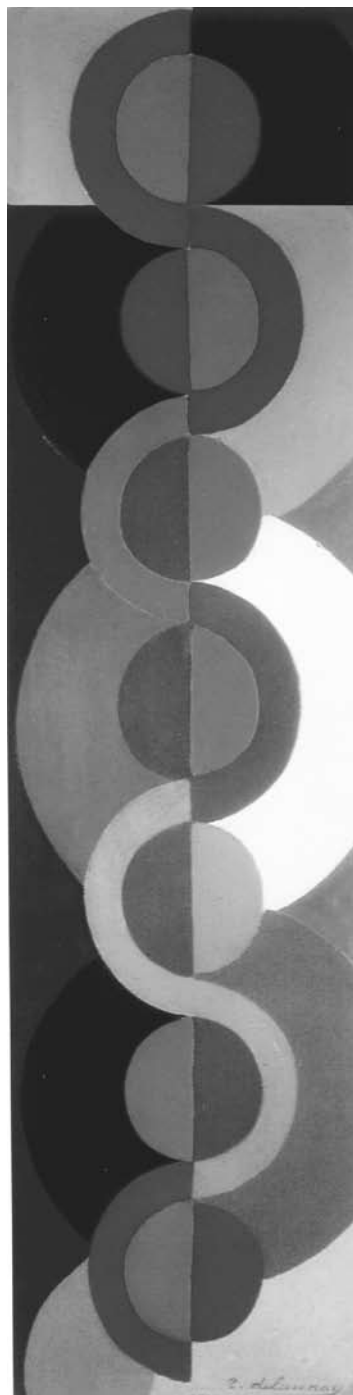
Rolando Enrique Peñaloza Quintero

Fronteras en peligro: la autonomía médica en el marco de los decretos de la emergencia social

Iván Darío González Ortiz

Ética pública e injusticia estructural en salud

Eduardo Rueda Barrera



Análisis constitucional y legal del estado de emergencia social y los decretos que reforman el sistema de salud

Constitutional and legal analysis of the state of social emergency and the decrees which restructure the health system

Análise constitucional e legal do estado de emergência social e os decretos que reformam o sistema de saúde

Vanessa Suelst Cock*

Gustavo Cote Barco**

* Profesora investigadora, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. La autora analizó en esta ponencia la viabilidad constitucional y legal de los decretos. Correo electrónico: vsuelst@javeriana.edu.co

** Profesor y coordinador académico, Departamento de Derecho Penal, Pontificia Universidad Javeriana. El autor realizó el análisis de constitucionalidad de los decretos que adicionan el Código Penal. Correo electrónico: gcote@javeriana.edu.co



El 23 de diciembre de 2009 el presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, decretó por 30 días la emergencia social mediante el Decreto 4975. El cometido de dicha emergencia era “conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) la cual amenaza de manera inminente, entre otro aspecto, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”.¹ En el marco de dicha emergencia, se dictaron los decretos 126 a 135 del 21 de enero de 2010² con los cuales se pretende superar la referida crisis y se reforma parcialmente el sistema de salud contemplado en la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con este marco normativo, la presente ponencia tiene como cometido explicar qué son los *estados de excepción* y en particular el *estado de emergencia social*, así como analizar la constitucionalidad y la legalidad de parte de la normativa dictada en el marco de la mencionada emergencia.

1. Los estados de excepción

Son situaciones previstas por algunas Constituciones en las que se confiere poderes extraordinarios al Ejecutivo para conjurar momentos de crisis que amenacen la tranquilidad y la estabilidad política, social y económica de un país. En el caso colombiano, los artículos 212 a 215 de la Constitución regulan los estados de excepción por conmoción interior, estado de guerra exterior, y emergencia económica, social y ecológica.

1.1. El estado de emergencia social

Es un tipo de estado de excepción regulado en el artículo 215 de la Constitución

Política (en adelante CP) que es declarado por el presidente, con la firma de todos los ministros, cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos para la conmoción interior o para el estado de guerra “y que perturben o amenacen perturbar en forma grave el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”. Este estado puede ser declarado por períodos de hasta 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario.

Los decretos que se dictan al amparo del estado de emergencia social pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso de la República durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia (inciso 4 del Art. 215 y C-256 de 1997). Este control político lo puede realizar el Congreso por considerar que las medidas adoptadas para enfrentar la crisis fueron “insuficientes, excesivas o innecesarias”.

2. Análisis de la constitucionalidad del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009 por el cual se declara el estado de emergencia social

El artículo 215 de la CP establece que el estado de emergencia social podrá declararse cuando sobrevengan las siguientes causales de excepcionalidad: “perturbación en forma grave e inminente del orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”.

El decreto en mención señala que la declaratoria de emergencia se realiza para “conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del SGSSS la cual amenaza de manera inminente, entre otro aspecto, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de

1 Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2010.

2 Salvo el Decreto 130.

salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”. Esta motivación del decreto no justifica debidamente las razones que dan lugar a la declaratoria de emergencia social. En el marco de las causales de excepcionalidad mencionadas, no se indica cuál es el hecho sobreviniente y extraordinario que da lugar a dicha declaratoria. Por el contrario, la motivación de la misma se centra en que se afecta la viabilidad del SGSSS. Este tipo de causal tiene un carácter estructural, el cual —ha señalado la Corte— no autoriza la declaratoria del estado de emergencia social.

Sobre el particular la Corte, en sentencia C-135 de 2009, ha sostenido que los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia deben ser “sobrevinientes, es decir, que tengan carácter anormal y excepcional (...) [estos] no pueden ser de cualquier naturaleza, sino extraordinarios, como lo establece el artículo 2° de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción al referirse a ‘*circunstancias extraordinarias*’, que no puedan ser atendidas mediante los poderes comunes del Estado”. Este juicio, resalta la Corte, es objetivo y se dirige a “verificar si los hechos aparecieron de manera súbita o inopinada, apartándose del ordinario acontecer o si, por el contrario, son crónicos o estructurales, evento en el cual deslegitiman la apelación al estado de excepción”.

A su vez, la Corte añadió cuáles son los elementos constitutivos de la declaratoria de emergencia social, ecológica o por grave calamidad pública, entre estos: “a) El elemento causal, que se refiere a los hechos que tienen entidad para suscitar la declaratoria de ese estado de excepción, los cuales deben presentar el carácter de sobrevinientes y extraordinarios; deben perturbar o amenazar con perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país

o constituir grave calamidad pública”.³ “Según la jurisprudencia de esta corporación,⁴ el carácter sobreviniente y extraordinario de tales hechos no significa que necesariamente han de ser novedosos o imprevisibles, sino que deben aparecer de manera extraordinaria y apartarse del normal acontecer; de ahí que la agravación rápida e inusitada de un fenómeno existente puede tener entidad suficiente para ocasionar la declaración del estado de emergencia” (sentencia C-135 de 2009).

No obstante esta última aclaración de la Corte, a continuación se señala que la mera invocación de un problema estructural no autoriza la declaración del estado de excepción, y por ello se prohíbe su utilización para resolver asuntos crónicos, “sin que ello quiera decir en modo alguno que éstos deban quedar huérfanos de consideración por parte de las autoridades”, como son, en este caso, los problemas financieros del SGSSS.

La Corte añadió que el estado de emergencia social puede ser dictado de manera pre-cautelativa, es decir, antes de que se presente la emergencia en cuestión. Sin embargo, la misma debe ser de tal entidad que efectivamente pueda trastornar o poner seriamente en riesgo el orden económico, social o ecológico del país o constituir grave

3 Otros elementos son: ii) “*El elemento objetivo* hace alusión al propósito o finalidad esencial del estado de emergencia, el cual debe estar dirigido a conjurar la crisis económica, social o ecológica correspondiente y a contener la extensión de sus efectos con el fin de retornar a la situación normal anterior”. iii) *El elemento instrumental* dice relación con las herramientas jurídicas de que dispone el Gobierno para enfrentar la crisis e impedir la expansión de sus consecuencias, por un lado, mediante el decreto que declara la emergencia económica, social y ecológica, y por otro, con los decretos legislativos de desarrollo del estado de excepción, por cuya vía diseña y pone en ejecución los remedios que considera efectivos para superar tal coyuntura.

4 Ver, entre otras, las sentencias C-004 y C-447/92, C-179 y C-366/94, C-122/97, C-122 C-216/99 y C-135/2009.



calamidad pública. Para el caso objeto de análisis, mediante atribuciones ordinarias o comunes, el Estado podía contrarrestar los problemas que venía presentando el sistema de salud.

Ahora bien, la Corte había hecho evidente la problemática de la salud como un problema crónico y estructural. Así, en la sentencia 760 de 2008 señala que existen fallas en la regulación por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Comisión de Regulación de la Salud y el Ministerio de Protección Social. Así mismo, plantea dificultades que presenta el acceso efectivo al derecho a la salud, por la incertidumbre de los planes de beneficios y la actualización periódica de los mismos. De igual manera, evidencia las omisiones por parte de los entes de vigilancia del sistema—Superintendencia de Salud—, todo lo cual ha llevado al deterioro del sistema.

En la sentencia T-760 de 2008 se sostuvo que la indeterminación de los tratamientos y medicamentos excluidos del POS ha conllevado que la acción de tutela sea el mecanismo idóneo para acceder a los mecanismos de salud, lo que en parte explica su excesivo uso. Para contrarrestar esta situación, el Decreto 131 (Art. 9 y ss.) propende por una regulación del POS a efectos de racionalizar la acción de tutela. Sin embargo, estas medidas podían haberse desarrollado mediante atribuciones ordinarias del Estado. Su desatención respecto de su regulación, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, es una de las causas del deterioro del sistema de salud, así como del carácter crónico de su problemática.

De este modo, y por las razones expuestas, puede sostenerse que la declaratoria de emergencia social motivada en los términos del Decreto 4976 de 2010 no justifica debidamente la emergencia social, toda vez que los problemas de flujo financiero del sistema,

y de regulación y vigilancia del mismo, son problemas estructurales, y no sobrevinientes, cuya solución debe realizarse mediante atribuciones ordinarias del sistema o a través de los poderes comunes del Estado.

3. Análisis de constitucionalidad de parte de la normativa dictada en el marco de la emergencia social

Los decretos 128 y 131 de 2010, especialmente, contienen disposiciones que atentan contra el contenido normativo de la CP, así como su principios y valores fundantes. Los mismos subvierten el principio del Estado social de derecho; afectan el núcleo esencial del derecho a la salud; exceden las facultades del Ejecutivo en los estados de excepción; atentan contra los derechos de los trabajadores; y limitan la autonomía médica, como se explica a continuación:

3.1. Los decretos 128, 131 y 132 subvierten los principios fundamentales de la CP como lo son los conceptos de Estado social de derecho, participación democrática (Art. 1º) y colaboración armónica (Art. 113)

El Estado social de derecho es un principio fundante de la CP. En el mismo, las autoridades públicas no sólo protegen el derecho mediante la abstención, sino también, y en algunas oportunidades en forma obligatoria (C-932/2007), es decir, realizando todas las actividades para llevar a la protección de los derechos. Según la Corte “El Estado colombiano debe ser no sólo un verdadero promotor de la dinámica colectiva sino además el responsable del acceso de todos los ciudadanos a las condiciones mínimas de vida que garantizan el respeto de la dignidad

humana y de los derechos fundamentales (C-040/2004)”.

En el caso de la garantía del derecho a la salud, los decretos referidos agravan y limitan el derecho a la prestación del servicio de salud, establecen barreras que impiden su ejercicio, y con ello restringen el goce efectivo del derecho constitucional, subvirtiendo el principio del Estado social de derecho. Según la Corte Constitucional, y en los términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud en un Estado social de derecho “debe comprender el derecho al nivel más alto de salud posible, el cual se alcanza de manera progresiva” y “todas las autoridades competentes deben colaborar y dirigir sus actividades para tal fin” (T-760 de 2009).

Respecto de la participación democrática, la sentencia T-760 de 2008 había ordenado la corrección de los problemas que presentaba el sistema de salud. Con ello se buscaba garantizar el correcto acceso al derecho a la salud y corregir los problemas de flujo financiero del sistema. No obstante, la vía utilizada por el Gobierno omite el proceso ordinario de la tramitación de las leyes y su discusión en la corporación que representa al pueblo colombiano, el Congreso de la República. Las medidas no fueron discutidas y puestas a consideración de los diversos sectores para su participación, y así se atentó contra los principios fundantes de la democracia participativa y pluralista del Estado colombiano (Art. 1º CP) y de colaboración armónica de las ramas del poder (Art. 113 CP).

3.2. Afectación del núcleo esencial del derecho a la salud y al bloque de constitucionalidad en derecho a la salud

El núcleo esencial de un derecho es “el conjunto de atribuciones y potestades sin las cuales el derecho no sería reconocido o mediante el cual se regula en forma íntegra,

estructural o completa el derecho correspondiente” (C-370/2006). Corresponde al núcleo esencial de un derecho los asuntos que tienen relación con su ejercicio y la imposición de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones (C-425/1994).⁵

De acuerdo con este concepto, elaborado por la Corte, puede sostenerse que los artículos 2º y siguientes del Decreto 128 de 2010 afectan el núcleo esencial del derecho a la salud, en la medida en que agravan su prestación y satisfacción a la población colombiana. Esto es así porque el decreto referido establece el concepto de prestaciones excepcionales de salud como aquellas que no están incluidas en el POS del sistema contributivo (Art. 4º),⁶ y determina como requisito de validez

⁵ Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-562/1994, C-247/1995, C-831/2001, C-481/2003, C-877/2005, y C-894/2006.

⁶ El Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, al tratamiento y a la rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: i. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosas, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la incomodidad y la disfuncionalidad o terapia de *mantenimiento*. j. Trasplante de órganos: (excepto *trasplante renal, de médula ósea, de córnea y el de corazón*). k. Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico-científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental. l. *Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizadas en el Manual de Medicamentos y Terapéutica*. Exclusión de la Unidad de Cuidados Intensivos: “No se admitirán en la Unidad de Cuidado Intensivo los siguientes casos clínicos:

a. Pacientes en estado terminal de cualquier etiología.
b. Pacientes politraumatizados mientras no se haya definido la conducta quirúrgica o neuroquirúrgica.
c. Pacientes con signos de muerte cerebral o des-cerebrados.”

Nota: si están cubiertos en otros servicios de hospitalización, de internación, de atención domiciliaria,



y eficacia de las mismas que sean ordenadas por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales de Salud (Art. 4º). Se afecta, de este modo, la prestación del servicio de salud y la oportunidad del mismo cuando se somete la atención de dichas prestaciones a una aprobación por parte del citado comité. Del mismo modo, se afecta la satisfacción de las prestaciones cuando se establece que el Fondo de Prestaciones Excepcionales de Salud (Fonpres) (Art. 6º, Decreto 128/2010) cofinanciará el pago de las prestaciones excepcionales de salud hasta que se agote la disponibilidad presupuestal anual (Art. 11). En concreto, se atenta contra el derecho a la salud como derecho fundamental, en conexidad con el derecho fundamental a la vida, al imponerse a través del decreto legislativo mencionado “cargas elevadas y barreras al acceso a los servicios de salud” y limitarse el derecho a la salud a la capacidad presupuestaria del Fonpres.⁷ La pregunta subsiguiente que genera la regulación del numeral 6º del Decreto 128 de 2010 es: ¿Qué pasará con el efectivo goce del derecho a la salud, y más concretamente con el derecho a la vida de los ciudadanos cuando se agoten los recursos del Fonpres?

o con servicios paliativos. (Ver <http://www.pos.gov.co/Lists/Exclusiones%20explicitas%20POS%20rgimen%20contributivo/AllItems.asp>)

7 En sentencia T-999 de 2008, la Corte Constitucional evidencia que se aparta de la jurisprudencia que reconocía al derecho a la salud como fundamental bajo ciertas circunstancias en las que, “bien sea por motivo del sujeto de quien se predica —niños y niñas, adultos mayores— o en virtud de la conexidad con otro derecho o con la dignidad humana, el derecho a la salud se torna fundamental y le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho cuyo contenido ha sido paulatinamente precisado por la jurisprudencia constitucional”.

Ahora bien, es dable resaltar que de acuerdo con la nueva línea jurisprudencial de la Corte, reiterada en la sentencia de tutela número T-760 de 2008, se reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo. Así:

... son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, de manera ‘autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de éstas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

La jurisprudencia constitucional ha señalado, concretamente, que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contenidos en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud; por lo tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁸ “La jurisprudencia ha

8 “Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En este caso la Corte consideró que —(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...). En este caso se tuteló el acceso de

señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo”.⁹

De acuerdo con esa línea jurisprudencial, en la sentencia T-760 de 2008 se “estima que el acceso a un servicio de salud requerido, previsto en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. En consecuencia, la negación de servicios incluidos en los planes obligatorios de salud, constituye una violación al derecho fundamental a la salud, ya que se trata de una prestación exigible y susceptible de protección a través de la acción de tutela”. Así también, se considera derecho fundamental en el caso de que un servicio de salud no esté incluido en los planes obligatorios, “pero que se requiera de manera urgente y comprometa la vida digna o la integridad de la persona, y por ello será también susceptible de ser exigido mediante el ejercicio de la acción de tutela”.

El ámbito de protección, del derecho a la salud por tanto “no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal”.¹⁰

Así mismo, la regulación efectuada por los decretos 128 (Arts. 24 y ss.) y 131 (Arts. 9º y ss.) atenta contra el bloque de constitucionalidad, es decir, contra el reconocimiento del derecho a la salud consagrado en los diversos tratados que Colombia ha ratificado, mencionados por la Corte Constitucional en

la sentencia 760 de 2008 como constitutivos del derecho a la salud, como son: artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales párrafo 1º; Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordando que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”

La Corte sostuvo al respecto:

... en este punto emerge con claridad el reconocimiento de la salud como derecho fundamental, en la medida en que implica un compromiso orientado a cumplir con un conjunto de prestaciones específicas que pueden ser amparadas por vía de tutela. Dichos niveles básicos, toda vez que comprometen la dignidad del ser humano, no pueden ser concebidos como el resultado baldío de postulados programáticos carentes de significado jurídico, pues en realidad resumen una obligación impostergable que se enmarca en un ordenamiento constitucional encaminado a brindarle a la salud un lugar preponderante dentro de los valores defendidos por la Norma de Normas.

3.3. La necesidad de una ley estatutaria para la modificación de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección

El artículo 152 de la CP establece una reserva legal de ley estatutaria siempre que ésta

una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante”.

9 Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

10 Sentencia T-760 de 2008.



regule los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. Los decretos dictados afectan el derecho a la salud, al establecer limitantes y obstáculos para su prestación (Decreto 128, ver numeral 1º). Así mismo, se atenta contra el deber del Estado de facilitar la prestación del servicio. De igual modo, se va en contravía del deber del Estado de garantizar el acceso a la salud mediante las disposiciones contempladas en el Decreto 131 (Art. 9º y ss.), al determinar que los afiliados no sólo deberán pagar las prestaciones excepcionales de salud, sino que deberán someterse al copago, la financiación y los deducibles para la atención de servicios ambulatorios u hospitalarios incluidos o no en el POS.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo:

... la limitación al ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad; motivación suficiente toda vez que deben exponerse las razones por las cuales se establecen cada una de las limitaciones a los derechos constitucionales, con el fin de demostrar la relación de conexidad con las causas que originaron la perturbación del orden social y los motivos por los cuales se hacen necesarias.

Esta justificación y la relación de causalidad con los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia no se encuentran en los decretos, por lo contrario, los decretos legislativos tienen una vocación de permanencia como es determinar el concepto del POS, los recursos del sistema, los controles, los organismos que los comprendan, y las sanciones que tendrían los médicos en caso de no cumplir con lo dispuesto en dichos decretos (ente otros).

3.4. El presidente de la República excede los límites competenciales señalados en los artículos 214 y 215 de la CP

Los decretos dictados bajo la declaratoria de emergencia violan el artículo 214 CP porque los mismos exceden los límites dispuestos por este artículo. Los decretos legislativos no están directamente dirigidos a conjurar la crisis. Tal es el caso del Decreto 135 de 2010 “por el cual se distribuyen recursos del Fisco para el fortalecimiento de la Política Nacional para la reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas y su impacto y se dictan otras disposiciones”. Así mismo, mediante los decretos 128 a 133 se realiza una nueva interpretación del derecho a la salud, en especial los artículos del capítulo II del Decreto 131 que establece cuál es el núcleo esencial de este derecho.

Respecto de los límites que debe observar el Ejecutivo, la Corte Constitucional ha considerado que aún en situaciones de anomalía debe garantizarse la vigencia y eficacia de la CP. De este modo, la Ley Estatutaria 137 de 1994 (Arts. 6º y 7º)¹¹ establece que al regularse los estados de excepción y definirse los principios estatutarios para el ejercicio de las facultades atribuidas al Ejecutivo, no podrá afectarse el núcleo esencial de los derechos intangibles. En el caso de los decretos de emergencia social que reforman la salud, los precitados decretos 126, 128 y 131, especialmente, existen limitaciones al

11 Ley Estatutaria 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, ARTÍCULO 6º—“Ausencia de regulación. En caso que sea necesario limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, no tratado en la presente ley, no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio”. ARTÍCULO 7º. “Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración”.

derecho a la salud y se agrava su prestación, y con ello se afecta su goce efectivo.

De este modo, el Gobierno se atribuye una función exclusiva de la Corte Constitucional, cual es la de ser el supremo intérprete de la CP.¹² El exceso del Ejecutivo respecto de sus límites competenciales en esta materia, lleva a la inconstitucionalidad de los preceptos que definen el derecho a la salud y las prestaciones de salud, pues el Gobierno, cuando define unilateralmente sobre el derecho a la salud, se sitúa en la posición del poder constituyente.

3.5. Violación del último numeral del artículo 215 que señala “que el gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”

El Decreto 128 de 2010 (núm. 15 y 16) determina que en el caso de una prestación excepcional de salud los trabajadores deberán pagar los costos de la prestación, o tendrán que endeudarse para realizarlo (numeral 15), o utilizar su cuenta individual de cesantías y de saldos acumulados de pensiones voluntarias (numeral 16). Es decir, que además de contribuir mensualmente al sistema de salud, el trabajador deberá disponer de sus cesantías y pensiones para el pago de dichas prestaciones de salud. El trabajador quedará entonces sin los fondos suficientes para cuando se encuentre cesante y no tenga otros medios de subsistencia, y también quedará sin sus ahorros pensionales para enfrentar las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte.

Mediante esta consagración, a su vez, se desnaturaliza el concepto de cesantías, que

según el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo deben estar destinadas a fines específicos. La cesantía es una garantía del trabajador para el momento en que se encuentre cesante, y con estas disposiciones deberá destinarlas al pago de la prestaciones excepcionales de salud. Del mismo modo, se desnaturaliza el concepto de pensiones (Ley 100/1993), consagrado en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los tratados que ratifican los derechos sociales y culturales, los cuales no permiten la regresividad.

3.6. Imposibilidad de modificar el contenido de los decretos de emergencia mediante decretos reglamentarios. El Gobierno no cuenta con facultades para ello

Dentro del sistema legal de fuentes del Derecho, los decretos legislativos dictados bajo la declaratoria de emergencia social no pueden ser modificados mediante decretos reglamentarios; estos últimos ostentan un grado inferior dentro de la jerarquía normativa del sistema normativo. La modificación de los decretos-leyes deberá realizarse mediante ley ordinaria o ley estatutaria (según el caso). De igual modo, es de suyo advertir que el Gobierno (presidente y ministros) ya no tiene las facultades que le otorga la declaratoria de emergencia para su modificación a través de decretos legislativos. En este sentido, no se comprende constitucionalmente las aclaraciones realizadas a los decretos mediante los decretos reglamentarios 358 del 4 de febrero, 398 del 5 de febrero, y 505 del 18 de febrero de 2010 en los cuales se aclaran temas como la autonomía médica, la vigencia de los planes obligatorios de salud, y la base de los planes obligatorios de salud de los decretos dictados en el marco de la emergencia social.

¹² Artículo 241 CP “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución”.



3.7. Violación de la autonomía de la profesión médica

El Decreto 131 de 2010 viola el derecho contenido en el artículo 20 de la CP sobre libertad de expresarse y de información, y lo hace de doble vía impidiendo la información veraz al paciente y limitando la autonomía de la profesión médica. Esta violación se comete mediante las limitantes a la referida autonomía realizadas en los artículos 23 y siguientes del Decreto 131, y a través de las sanciones de hasta de 50 salarios mínimos mensuales cuando el profesional se aparte de los estándares adoptados por la profesión (Art. 31). Así mismo, se vulneran los principios de la Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica, y en donde se establece que “el médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal” (Art. 1º, Núm. 9). Bajo este supuesto, regulado en las normas de ética médica, si el médico decide apartarse de los estándares determinados en los decretos, de acuerdo con su saber técnico, podrá ser sancionado, a pesar de que ello lo haga para salvar la vida de su paciente y siguiendo los principios y conocimientos de su profesión. En el mismo sentido, las normas referidas violan la Ley 1164 de 2007 al imponerse limitantes al ejercicio de la profesión médica. El artículo 36 de esta ley señala que “el ejercicio de la profesión u ocupación se realizará teniendo en cuenta los siguientes valores: humanidad, dignidad, responsabilidad, prudencia y secreto, aplicándolos a sí mismo, a las otras personas, la comunidad, la profesión u ocupación, y las instituciones”. Así, bajo el valor de la humanidad, un médico puede en ejercicio de su profesión recomendar un procedimiento médico no contemplado en el POS.

3.8. Responsabilidad médica

La obligación y el deber del médico es diagnosticar la enfermedad y determinar el tratamiento para ello, de acuerdo con sus conocimientos médicos y su experticia (*lex artis adhoc*). Para desarrollar esta actividad no puede estar limitado por la ley. En esa medida, debe ordenar el tratamiento adecuado para contrarrestar la enfermedad. Ahora bien, si el sistema no contempla los tratamientos indicados, la pregunta jurídica que se sigue es si la responsabilidad del médico se trasladará al Estado, toda vez que fue éste el que estableció los límites a la prestación del servicio a la salud a través de las normas que agravan y limitan su completa y real satisfacción.

4. La constitucionalidad de las normas contenidas en el capítulo V del Decreto 126 del 21 de enero de 2010 que adicionan el Código Penal

1. *Artículo 27.* Este artículo establece que “para efectos penales, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 20 del Código Penal, también se considerarán como particulares que ejercen funciones públicas, aquellas personas que administren recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo lo relacionado con dichos recursos”. Ésta resulta ser una disposición abierta que no precisa su verdadero alcance y que deja un campo de interpretación bastante amplio, el cual no se compadece con las exigencias que en materia penal se derivan del principio de legalidad. En sentencia C-200 de 2002, la Corte Constitucional precisó que la CP colombiana:

... en el artículo 29 establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexis-

tentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.

Esto implica, como parte de la garantía constitucional del derecho a la libertad individual, la posibilidad de saber cuándo y por qué motivos se puede ser sancionado penalmente.

La disposición según la cual “aquellas personas que administren recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud” serán consideradas por la legislación penal como servidores públicos, crea un manto de incertidumbre sobre quiénes, de todos los agentes, funcionarios y empleados de las distintas instituciones que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud podrán ser en adelante sancionados por delitos que exigen del sujeto activo dicha condición. Se amplía de esta manera y sin un límite claro e inequívoco la posibilidad de imputación de una buena cantidad de delitos, por ejemplo, contra la administración pública.

2. *Artículo 28.* Dentro de los criterios para establecer la constitucionalidad de medidas tomadas en el contexto de estados de excepción, se encuentran la conexidad y la necesidad.¹³ Esta norma, que incorpora el delito de omisión en la atención inicial de urgencias, no parece referirse “a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria

del estado de excepción”,¹⁴ razón por la cual deriva en inconstitucional. Las consideraciones que se plasmaron en el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009 hacen alusión a los graves problemas de sostenibilidad económica del Sistema de Seguridad Social en Salud, aspectos que en su mayoría atienden al manejo o alcance del Plan Obligatorio de Salud y el flujo de recursos entre las distintas entidades que componen el Sistema.

No se advierte ninguna relación entre esta materia y un delito de omisión que atenta contra el bien jurídico de la vida e integridad personal. Si bien es cierto, la situación que se describe en este artículo reviste una especial gravedad, también lo es que la penalización específica de este tipo de situaciones en nada aportará a conjurar la crisis financiera de la seguridad social de los colombianos.

Adicionalmente, al no haber conexidad entre esta medida, que por demás está llamada a ser transitoria, y las razones que motivaron la declaración del estado de emergencia social, tampoco se supera el criterio de la necesidad. Para predicar la responsabilidad penal de quien se niega a prestar el servicio de salud en urgencias, es posible acudir a una interpretación sistemática de las normas que al día de hoy existen en la Ley 599 de 2000, particularmente las referidas al homicidio, al dolo eventual, a la culpa y a la posición de garante.

3. *Artículos 29 a 32.* Estas normas, que incorporan circunstancias de agravación para los delitos de estafa, especulación, agiotaje y contrabando, tampoco parecen superar el criterio de necesidad. Es importante tener presente que de acuerdo con este criterio, para establecer la constitucionalidad de las medidas adoptadas en alguno de los estados de excepción, se debe comprobar que las medidas adoptadas sean “necesarias para lograr

13 Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

14 *Ibid.*



los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción”, lo cual implica que “establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”.¹⁵

En primer lugar, es importante anotar que ninguna de estas disposiciones es aplicable a las situaciones identificadas como generadoras de la crisis. La irretroactividad de la ley penal pone en duda la idoneidad de estas disposiciones como medidas que permitan hacer frente a hechos perjudiciales que ya han tenido lugar. Por otro lado, es importante tener en cuenta que es posible encuadrar las conductas descritas en estos agravantes, en la forma como están diseñados los tipos

penales base. Así, por ejemplo, tanto el agiotaje como el acaparamiento, al tener un ámbito de aplicación más o menos abierto (ingrediente normativo: bienes considerados de primera necesidad), pueden cobijar en un determinado momento medicamentos o dispositivos médicos.

4. *Artículo 33.* Finalmente, el delito de venta fraudulenta de medicamentos, que tiende a criminalizar al paciente, adolece también de conexidad, por las mismas razones expuestas con relación al artículo 27. Adicionalmente, la conducta allí descrita no demuestra una afectación, ni siquiera una puesta en peligro más o menos clara del bien jurídico “salud pública”, por lo que el principio de lesividad, con anclaje constitucional en el principio de proporcionalidad, no resulta respetado.

¹⁵ *Ibid.*