



LA PROTECCIÓN AL CESANTE DE ACUERDO A LA LEY 1636 DE 2013

DEYVER ALIRIO FUENTES CARRERO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2015



LA PROTECCIÓN AL CESANTE DE ACUERDO A LA LEY 1636 DE 2013

DEYVER ALIRIO FUENTES CARRERO

Docente Metodológica:

MÓNICA FURLICH

Tutor Temático:

JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ BUITRAGO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2015

DEDICATORIA

Dedico este proyecto a mi madre, que a través de toda la carrera me ha brindado sabios consejos y apoyo incondicional en los momentos de crisis.

A mi familia quien siempre me apoyó.

Igualmente dedico este proyecto a la facultad de derecho, en especial a sus
estudiantes.

Que puedan ver las implicaciones de un proyecto y brindar mi conocimiento.

AGRADECIMIENTOS

Mis más sinceros agradecimientos a la universidad la Gran Colombia, por la formación profesional recibida atreves de los años de estudio y esfuerzo por hacer de mí una persona de muchos valores, a los profesores y directivos.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	4
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
1.1.1. Pregunta de la investigación.....	7
1.1.2 Hipótesis	7
1.2. OBJETIVOS DEL PROYECTO	7
1.2.1 Objetivo General	7
1.2.2 Objetivos Específicos	7
1.3 JUSTIFICACIÓN	8
1.4 METODOLOGÍA	9
1.5. MARCOS DE REFERENCIA	10
1.5.1 Marco conceptual.....	10
1.5.2. Marco normativo	14
Antecedentes Normativos	14
1.5.3. Marco Histórico	15

1.5.4. Marco Jurisprudencial	17
CAPITULO II.....	22
UBICACIÓN CONCEPTUAL DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES	23
2.2. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA TUTELA.....	24
2.4 TEORÍA DE LOS DERECHOS.....	26
2.5 LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL	27
CAPITULO III.....	28
El cesante de conformidad con la ley 1636 de 2013	28
3.1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT	31
3.1.1. Igualdad, naturaleza jurídica.....	32
RESULTADOS	33
CONCLUSIONES	39
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUCCIÓN

La ley 1636 de 2013 fue creada con la intención de amparar y proteger al trabajador cesante por un periodo de seis meses, que consiste en un auxilio monetario y en el pago de la seguridad social, para así garantizar a la familia, la seguridad social; mientras se reincorpora de nuevo al trabajo; en Colombia existen cuatro modalidades para acceder al sistema de salud así: salud subsidiada de acuerdo a un puntaje SISBEN; régimen contributivo que están obligados los trabajadores, la medicina prepagada que tiene costos más altos pero se recibe mejor atención y la medicina privada que no tiene ninguna afiliación el paciente paga cuando necesita un médico.

En Colombia los servicios médicos ofrecidos por el POS cubren ampliamente los requerimientos para sus afiliados sin embargo, incidentes como la tardanza en la atención, la necesidad de tener que esperar varios días y hasta meses para poder tener una cita con médico especializado, el conocido carril de la muerte entre otros problemas, intervienen para tomar unos servicios adicionales donde el plan de atención PACs y la medicina prepagada presenta beneficios a aquella persona que se afilia a ellos, así aunque se pague más se obtienen mejores beneficios.

Con la entrada en vigencia de la ley 1636 de 2013 el gobierno nacional otorgo un seguro a los desempleados que cumplieran con ciertos requisitos, esto marco un gran avance para la protección de los cesantes pero no se pronunció frente a unas necesidades que tienen los que estaban afiliados al POS junto a programas adicionales

en salud como la medicina prepagada ya que si el estado permite por intermedio de las cajas de compensación familiar realizar los aportes a salud, pensión y cesantías no da directrices para los casos en los cuales los cesantes puedan obtener los servicios de medicina prepagada cuando esta puede ser pagada por un tercero que vea la necesidad de mantener los pagos a dichos beneficios adicionales y los pueda sufragar en nombre del desempleado.

La ley 1636 del 18 de junio de 2013 creó el mecanismo de protección al cesante. El proyecto de ley que finalmente se convirtió en dicha norma sufrió varias modificaciones desde su redacción inicial, que contemplaba la destinación obligatoria de un porcentaje del auxilio de cesantía para financiar el mecanismo.

La ley del cesante es una apuesta del gobierno nacional para no dejar desamparados a las personas que por algún motivo pierden su empleo formal, mientras consiguen de nuevo trabajo, a través de las cajas de compensación se fijan unas ayudas mensuales; sin embargo se ha detectado que esa ley es de alguna manera injusta y no procede al principio de igualdad consagrado en la constitución política, Colombia como país subdesarrollado tienen unos altos índices de subempleo y economía informal, en esta medida el DANE reporta el 55% de trabajadores informales en el país, por lo cual esta ley 1636 de alguna manera solo tiene en cuenta al sector organizado con empleo formal en el país.

El tema de la salud en Colombia ha sido un dolor de cabeza para el gobierno nacional, los juzgados están atestados de miles de tutelas que les llegan todos los días, solicitando la atención medica debida por parte de las EPSs, la ley 100 que privatizo el modelo de salud, demostró que no exitoso, más bien permitió que la salud se la robaran

y no existe la posibilidad de recuperar todo el dinero perdido por acción de actos ilegales, pero amparados por la ley 100, que lo permitía. Se ha establecido organismos en la capital, que tienen que ver con el tema como son IPES, que depende la secretaria de Desarrollo económico, y que las últimas sentencias hacen referencia en el sentido de que son las que se deben encargarse de carnetizarlos, darles créditos, reubicarlos.

En el desarrollo de este trabajo se contempló, el análisis de la ley 1636, para ello se hace hincapié en determinar los avances de esta ley para la protección y la seguridad social de los trabajadores formales que pierden su empleo, se analizan las sentencias de las altas cortes sobre el particular; en la primera parte se determina los objetivos, el planteamiento del problema; el marco teórico, la justificación del proyecto, se analiza el principio de igualdad y se analizan las incidencias de esta ley para el trabajador cesante, en el segundo se hace un examen sobre la ley estatutaria de salud, la ley 100 y su relación con la medicina prepagada, así se compara el derecho a la salud y la diferencia entre medicina prepagada y la medicina normal; se concluye que si bien la ley 1636 de 2013 es un avance en la dignificación del trabajador en Colombia, aun no es suficiente para enfrentar un problema real como lo es la pérdida del empleo con sus respectivas consecuencias tanto para el trabajador como su familia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En Colombia la seguridad social tuvo una trascendental transformación a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, desde entonces se han venido presentando reformas para acomodar la ley a la realidad del país; la seguridad es amplia y cubre la salud, la pensión, los riesgos profesionales, sin embargo para la sociedad el reto que se tiene es como se brinda una salud de calidad para todos los colombianos, de qué manera se logra que los trabajadores obtengan una pensión cuando no puedan trabajar, etc., para lo cual este trabajo analizó la seguridad social, desde la perspectiva de la ley 1636 de 2013 ley cesante, determinar los alcances de una ley que protege a los trabajadores formales, si por todos es conocido que la informalidad en Colombia llega al 60% de la población.

Con la entrada en vigencia de la ley 1636 de 2013 el gobierno nacional otorgo un seguro a los desempleados que cumplieran con ciertos requisitos, esto marco un gran avance para la protección de los cesantes pero no se pronunció frente a unas necesidades que tienen los trabajadores, por ejemplo después de seis meses vence el auxilio monetario, si el trabajador no consigue empleo, será una calamidad para la familia, que verán no garantizados sus derechos como la alimentación, la vivienda digna, etc., entonces la seguridad social y sus políticas no son suficientes para garantizar la seguridad social.

Este trabajo analiza el tema de la seguridad social en Colombia, y los derechos fundamentales que están contenidos en ella, para ello es necesario analizar leyes

conexas como la ley 1636 de 2013 conocida como la ley del cesante, que aunque es un logro significativo, aún carece de medios para concretar dicha ley.

Como lo estipula la ley de protección al cesante 1636 de 2013 los intereses de protección y solidaridad se proyectan hacia un gran grupo de personas que al encontrarse sin trabajo obtienen unas garantías constitucionales que permitan su subsistencia mientras encuentren un nuevo empleo o hayan transcurrido 6 meses desde su despido, sin embargo en la realidad las leyes no pueden prever todos los acontecimientos que se crearan a partir de la promulgación de una ley y que al no tenerse en cuenta permiten inequidad entre los beneficiarios de la ley de protección al cesante.

La seguridad social está por encima del Derecho al trabajo consagrado en el art 25 de la Constitución Política, es un derecho consagrado en la constitución y es una obligación social reconocido a toda persona en condiciones justas y dignas siendo a su vez una manifestación de la libertad del hombre y la condición se funda en la dignidad de la persona humana, principio orientador de la carta política.

El tema del derecho a la seguridad social está consagrado en la constitución, pero se sabe que El estado es incapaz de ofrecer a todos los ciudadanos un principio de igualdad en la atención en seguridad social, Desde esta óptica la investigación contribuye a identificar los problemas de la ley 1636 para trabajadores cesantes, y determinar cómo esta ley viola el principio de igualdad para todos los trabajadores informales en Colombia, en un Estado social de derecho.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Colombia es uno de los países más desiguales del mundo, lo dicen acertados estudios que hablan de un desequilibrio, no se escapa a la atención de primer segundo y tercer grado para las personas que solicitan atención del Estado en salud, educación, seguridad social etc.; la ley 1636 del 2013 abre una esperanza, para bajar los índices de desigualdad, y pobreza, el Estado consiente de los problemas de desempleo en el trabajo formal, lanza un salvavidas y ofrece un incentivo monetario para aquellos que pierden el empleo, es más el estado a través de las cajas de compensación y el SENA, buscan alternativas laborales para estas personas que recurren al subsidio de desempleo, sin embargo el problema de la investigación es preguntarse, si esta ley 1636 no es en extremo desigual, que viola el principio de igualdad entre todos los colombianos.

Quizás la atención en salud está mediada por intereses económicos, donde prima el que pague mejor, así existe la medicina preparada, salud de calidad para aquel que pueda pagarla; si Colombia es un Estado social de derecho, porque no se brindan unas garantías de atención en seguridad social a todos, sin distingo de ninguna clase; los temas más sensibles en una nación son el desempleo y la seguridad social, allí se determina el crecimiento social de un país, cuando estos temas son atendidos de manera responsable oportuna y sin discriminaciones de ningún tipo.

Desde la jurisprudencia emanada de las Cortes sobre el problema de la seguridad social como derecho fundamental, pues así se resalta la necesidad de construir un modelo de país, más interesado en el ser humano que en los intereses monetarios.

1.1.1. Pregunta de la investigación

¿La ley 1636 de 2013, garantiza el principio constitucional de igualdad frente al servicio de salud del trabajador cesante?

1.1.2 Hipótesis

La ley en Colombia no acata el principio de igualdad, y esto se expresa en la ley 1636 de 2013, donde el Estado colombiano protege en seguridad social a los empleados formales que pierden su empleo, pero no a los informales.

1.2. OBJETIVOS DEL PROYECTO

1.2.1 Objetivo General

Analizar la ley 1636 de 2013 y observar cual es la protección que da al trabajador cesante y a otros tipos de trabajadores.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Ofrecer seguridad al usuario de un régimen, que le pueda otorgar una oportunidad de tener mejor acceso a la red de salud conforme a la realidad que presenta nuestro presente régimen.
- Demostrar los beneficios o perjuicios que presenta el evento en que un tercero puede pagar un gasto en medicina prepagada a un cesante.

- Buscar eficiencia en el servicio de salud a través de la normatividad y la jurisprudencia.
- Demostrar que no existe el principio de igualdad frente al servicio de salud de trabajadores formales, informales o personas cesantes.

1.3 JUSTIFICACIÓN

En la carta política de Colombia se encuentra el ideal en relación a la administración en los servicios en salud exaltando los artículos 1 y 2 donde aparece el respeto a la dignidad humana en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran.

Como lo estipula la ley de protección al cesante 1636 de 2013 los intereses de protección y solidaridad se proyectan hacia un gran grupo de personas que al encontrarse sin trabajo obtienen unas garantías constitucionales que permitan su subsistencia mientras encuentren un nuevo empleo o hayan transcurrido 6 meses desde su despido, sin embargo en la realidad las leyes no pueden prever todos los acontecimientos que se crearan a partir de la promulgación de una ley y que al no tenerse en cuenta permiten inequidad entre los beneficiarios de la ley de protección al cesante.

Sentencia T-760/08:

Las IPSs no ofrecen al ciudadano una igualdad en la diferencia del POS y la medicina prepagada por cuanto este proyecto determina la ventaja de que un tercero o varios puedan proporcionar el respaldo y pago continuo al citado pago de una cobertura

superior que conlleve a un mejoramiento del sistema de la atención en salud al ciudadano.

1.4 METODOLOGÍA

Se realizó una búsqueda en las fuentes del derecho con el propósito de encontrar toda la información necesaria para aclarar la pregunta planteada y así poder tener un criterio evaluativo para definir si el Estado colombiano amparado en la ley 1636 de 2013 no está violando el derecho de igualdad entre todos los trabajadores colombianos formales e informales; para ello se analizaran las sentencias emitidas por las altas cortes en temas como: derecho a la igualdad, seguridad social, ley 1636 de 2013, por lo demás se tomaron en cuenta textos de ilustres pensadores como Ferrajoli, Robert Alexy, el tema de la seguridad social también ha tenido grandes debates en los países europeos y desarrollados, donde la seguridad social cuenta con un apoyo sustancial y fuerte del Estado para la protección de familias que pierden su trabajo y se ven precisados acudir al estado para el disfrute de sus derechos fundamentales como la alimentación, el techo, la salud y el bienestar general para los integrantes de la familia.

Como puede observarse desde los objetivos planteados la metodología abarca tres pasos fundamentales donde el primero que es la identificación de los sistemas permite examinar sus pro y sus contra además de ilustrar y contextualizar el trabajo para que una vez quede claro que son, para que sirven y que servicios prestan las IPSs y las PACs se pueda analizar dichos servicios, mismos a los que tendrá derecho por un tiempo determinado el trabajador cesante.

Paso seguido se realizara una búsqueda en las fuentes del derecho con el propósito de encontrar toda la información necesaria para aclarar la pregunta planteada y así poder tener un criterio evaluativo propio frente al hecho de que un tercero realice pagos adicionales en salud a nombre de un trabajador cesante que se encuentra cobijado por la ley 1636 de 2013.

1.5. MARCOS DE REFERENCIA

1.5.1 Marco conceptual

La seguridad social abarca salud, pensión y riesgos laborales son financiadas con impuestos y se desarrollaron en América Latina desde mediados del siglo pasado y fueron la manera tradicional de financiación de las coberturas de protección social, salud y vejez principalmente.

Si bien es cierto que el ideal de la salud como servicio prestado por el estado este presenta problemas de los cuales nos habla la autora:

Los sistemas de salud entran a un Estado de bienestar segmentado (Ocampo, 2008) o a ser una promesa inconclusa (CEPAL, 2006) para grandes sectores de la población, en particular para los trabajadores independientes e informales, que no tenían acceso al sistema (1,2). Más recientemente, desde finales de 1990, estos sistemas con mecanismos de carácter asistencial se empiezan a complementar y se empieza a ampliar de manera voluntaria el sistema contributivo a trabajadores independientes con capacidad de pago (Bernal, 2012).

La capacidad de pago ofrece beneficios adicionales en un sistema capitalista y el ideal de una cobertura universal no está en contra de pagar por unos servicios en salud

adicionales que aumentan a calidad de vida para los afiliados a servicios como la medicina prepagada.

El aporte de los cotizantes permite el funcionamiento del sistema y se evidencia que a nivel general los países latinoamericanos ven a la salud más como un servicio que debe ser pagado por el usuario que como un principio del cual el estado debe hacerse cargo.

La tendencia de varios países de la región es hacia el diseño de un componente no contributivo de la protección social financiado con recursos públicos para incorporar a la población informal. Estos diseños han generado una gran polémica, porque desincentivan la contribución de personas con capacidad de pago y en algunos casos generan una atención diferencial entre pobres y no pobres (Bernal, 2012).

Se puede pensar que la opción más beneficiosa sería la privatización total de la salud pero el sistema legal en lo concerniente a la salud ya es de por sí un sistema de pago y recaudo que pierde los criterios de equidad y solidaridad.

Para efectos de este trabajo, y en línea con los lineamientos legales del sistema de salud colombiano, asumiremos de acuerdo a Bernal (2012):

El objetivo del sistema de salud debe ser el de maximizar la salud de una población bajo criterios de equidad y solidaridad, Para alcanzar este objetivo final es necesario alcanzar cuatro objetivos intermedios: i) eliminar las barreras financieras al acceso, es decir evitar que las personas no puedan consumir servicios médicos porque no cuenten con los recursos monetarios; ii) garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud, es decir que una vez eliminadas las barreras financieras, no haya barreras geográficas o de oferta de servicios y que cuando las personas acudan a los servicios sean atendidas. (Bernal, 2012)

Por ello, al ser un servicio que se paga, la ley debe permitir un aporte adicional para mejorar los servicios de salud en los casos como el de la ley de protección al cesante donde la persona no es cotizante sino beneficiaria.

A partir de la promulgación de la ley 100 de 1993 el sistema de salud sufre una reforma que intento mejorar en teoría el servicio de salud en el país, de ello se desprende el nacimiento de una descentralización y una privatización del sistema de salud en Colombia.

Ambos procesos fueron enmarcados y exigidos por la Reforma Constitucional de 1991 que consagró el carácter de Colombia como país descentralizado, con los servicios de salud y la definición de servicios públicos, autorizó además la desmonopolización de los servicios públicos y sociales, la introducción de la competencia pública-privada y en particular eliminó el concepto clásico de «asistencia pública» para los pobres basado en subsidios a la oferta. Como consecuencia de ello, se exigió la creación de un sistema de aseguramiento social «universal, eficiente y solidario», el cual en materia de salud se ha desarrollado en la práctica asociado a los conceptos de focalización y administración de los subsidios por vía de la demanda (Jaramillo, 2004).

El sistema contributivo y el complementario parecen ser la opción que las personas con recursos económicos adoptan frente a un sistema que no ofrece de manera oportuna e inmediata una cobertura de servicios, razón por la cual para el estado colombiano el problema se pensaría, que es de estructuración o de financiamiento, sin embargo, los servicios médicos y hospitalarios resultan deficientes en un sistema de seguridad social que al parecer ostenta una crisis.

El sistema llamado POS, es el plan obligatorio de salud al cual todos los cotizantes deben estar afiliados para recibir los beneficios de pensión, salud y riesgos profesionales y en los casos donde la persona no tenga una vinculación mediante contrato de trabajo

o una legal o reglamentaria, se entenderá que o es independiente o es desempleado; en este último escenario es donde entra a operar la ley de protección al cesante.

La legislación que regula el tema de salud en Colombia, determina este servicio como los servicios de atención de enfermedades, por lo que se da a entender que es sencillamente un plan de beneficios establecidos como contraprestación a un pago hecho que desde sus inicios disparo el mecanismo constitucional que protege derechos fundamentales, derecho llamado acción de tutela, suceso inadmisible teniendo en cuenta que la propia constitución política da la responsabilidad al estado de ofrecer a sus administrados este derecho.

Por lo anterior, se entiende el porqué de la necesidad de tener un plan complementario en salud, ya que el POS no brinda a sus afiliados todos los servicios a ellos y a sus familias.

Por otra parte encontramos el régimen subsidiado, al cual ingresan las personas que no cuentan con los recursos necesarios o no tienen un empleo aunando en el hecho de que este régimen no permite la afiliación a un sistema de medicina prepagada, siendo así dos regímenes que se entenderían para el común junto con el POS y uno con mejores prestaciones en servicio de salud como lo es la medicina prepagada.

Como se analiza el sistema de salud POS incluye los servicios por enfermedades pero es de entendimiento común que no hay que esperar hasta que se presente un accidente de origen común o laboral para acceder a los servicios de salud debido a que el sistema debería ser universal

1.5.2. Marco normativo

Antecedentes Normativos

Ley 100 de 1993, norma primordial del sistema de seguridad social integral en Colombia.

Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional.

Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ley 1636 de 2013, por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia.

A partir de la promulgación de la ley 100 de 1993 el sistema de salud sufre una reforma que intento mejorar en teoría el servicio de salud en el país, de ello se desprende el nacimiento de una descentralización y una privatización del sistema de salud en Colombia.

De acuerdo con Jaramillo (2004).

Ambos procesos fueron enmarcados y exigidos por la Reforma Constitucional de 1991 que consagró el carácter de Colombia como país descentralizado, con los servicios de salud y la definición de servicios públicos, autorizó además la desmonopolización de los servicios públicos y sociales, la introducción de la competencia pública-privada y en particular eliminó el concepto clásico de «asistencia pública para los pobres basado en subsidios a la oferta. Como consecuencia de ello, se exigió la creación de un sistema de aseguramiento social universal, eficiente y solidario», el cual en materia de salud se ha desarrollado en la práctica asociado a los conceptos de focalización y administración de los subsidios por vía de la demanda. (PP 49).

La legislación que regula el tema de salud en Colombia, determina este servicio como los servicios de atención de enfermedades, por lo que se da a entender que es

sencillamente un plan de beneficios establecidos como contraprestación a un pago hecho que desde sus inicios disparo el mecanismo constitucional que protege derechos fundamentales, derecho llamado acción de tutela, suceso inadmisible teniendo en cuenta que la propia constitución política da la responsabilidad al estado de ofrecer a sus administrados este derecho.

Como se analiza el sistema de salud POS incluye los servicios por enfermedades pero es de entendimiento común que no hay que esperar hasta que se presente un accidente de origen común o laboral para acceder a los servicios de salud debido a que el sistema debería ser universal.

1.5.3. Marco Histórico

El concepto de seguridad social históricamente ha estado precedido de otros relacionados con la protección de las necesidades que tienen las personas y que, con el transcurrir del tiempo, han venido siendo insuficientes, ante la amplitud y expansión permanente del concepto de necesidad social.

Según el Español Alamanza, P (1971) en su obra la seguridad social, las necesidades individuales y colectivas de los individuos y de los grupos humanos se han tratado de atender aplicando conceptos como la asistencia pública, la asistencia social, la previsión social, el seguro social, la seguridad social o la protección social, en virtud de los cuales operan instituciones que forman parte de lo que hoy es la Visión integral de la seguridad social su necesidad.

Los sistemas de protección social, que proveen estándares mínimos para cubrir servicios apreciados socialmente, habrán de estructurarse para los seres humanos,

como sus destinatarios materiales, a partir de decisiones políticas que se expresan en reglas sociales, por las cuales se formalizan, bajo responsabilidad de la sociedad y del Estado, siendo este último su garante y ejecutor final, buscando la realización de condiciones de bienestar individual y social, que hagan efectiva la dignidad del ser humano en la colectividad.

La evolución que ha tenido la legislación colombiana en lo atinente a la seguridad social en Colombia considerando este el punto inicial y fundamental para comprender la aplicación de la pregunta planteada en este escrito.

La ley 6 de 1945 describe la situación laboral del país en ese momento; esta reglamentó las convenciones de trabajo, asociaciones profesionales y conflictos colectivos, además de nombrar a las entidades encargadas de la pensión mismas que básicamente se resume en la obligación del patrono de hacerse cargo de las prestaciones patronales hasta tanto el gobierno creara un instituto de seguro social obligatorio, al igual que los riesgos profesionales sus respectivas indemnizaciones conforme a tablas publicadas por el congreso, cesantías y demás prestaciones sociales.

Para aquella época cabe resaltar que por modelos internacionales principalmente el alemán, se habla de un estado proteccionista en el cual, se asigna el deber de administrar y suministrar unas garantías a sus administrados en lo concerniente a salud, pensión de vejez e invalidez y riesgos profesionales, es tal su importancia que en 1919 es introducido el Tratado de Versalles para materializarse posteriormente en la creación de la OIT y en 1948 en la declaración universal de los derechos humanos.

En 1976 se expide el decreto-ley 148 del mismo año el cual establece el seguro social obligatorio y se crea el instituto colombiano de seguros sociales, hasta esta fecha los organismos existentes se denominaban cajas de previsión creadas principalmente por pactos y convenciones colectivas por diferentes empresas, existían alrededor de 1044 en el país, hecho que no permitía la unificación de los recaudos; con la entrada en vigencia de la nombrada ley la responsabilidad queda en cabeza del hasta no hace poco Instituto de Seguridad Social ISS hoy en día colpensiones

En 1991 la Asamblea Nacional Constituyente crea la Constitución política de Colombia la cual en su artículo 48 se definió la Seguridad Social en la siguiente forma:

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

La existencia de las cajas de previsión presentaban como se enuncia anteriormente una disgregación de cajas que no operaban eficientemente hecho que preocupó a la asamblea constituyente de 1991, principal razón para dar nacimiento a la ley 100 de 1993 en conjunto con exigencias hechas por el Fondo Internacional Monetario, la cual modificaría todo el sistema de aportes para los empleados.

1.5.4. Marco Jurisprudencial

De acuerdo a lo dispuesto en la Sentencia T345/13, una entidad de salud no puede negar la práctica de un procedimiento o un tratamiento médico cuya prestación ponga en riesgo la vida y la integridad de la persona

Como se estableció en el acápite anterior, ha sido amplia la jurisprudencia de esta Corporación al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana.

Estos servicios, en principio, deben ser ordenados por el médico tratante, con base en la historia clínica del usuario, razón por la cual, existen eventos en los cuales, con fundamento en dicho historial médico, la realización de un determinado procedimiento o tratamiento o la entrega de cierto medicamento pueden poner en inminente riesgo la vida y la integridad de quienes en principio requieren estos servicios.

En este orden de ideas, una entidad de salud puede negar el acceso a un servicio médico, por razones que no son administrativas, que para esta Corte resultan válidas cuando están justificadas en un posible riesgo para la vida, la salud y la integridad del paciente. Lo que no resulta admisible, es que una entidad dilate o niegue la prestación de un servicio de salud, sin fundamento científico o médico alguno y más aun sin proponerle alternativas al usuario para recuperar su salud. (Sentencia T-476/12).

Cabe resaltar, que esta Corporación ya ha estudiado casos de personas, a quienes se les ha negado la práctica de un determinado procedimiento médico, bajo el argumento de ponerse en inminente riesgo su vida y su integridad en desarrollo de dicha intervención. A continuación se presentan dos ejemplos.

En la sentencia T- 234 de 2007, la Corte estudió el caso de un ciudadano que quedó parapléjico a causa de una herida de arma de fuego en la columna vertebral razón por el cual su médico tratante le recomendó la práctica de la cirugía laminectomía y

esquirlectomía. No obstante, al mediar un concepto emitido por el Staff de columna (grupo de médicos especialistas), según el cual, una vez revisados los exámenes médicos ordenados por los especialistas mencionados, se consideró que el paciente no se beneficiaría de la cirugía y que la misma implicaba para el paciente más riesgos que beneficios, esta no fue practicada por la respectiva EPS.

En esta oportunidad, la Corte una vez analizado el acervo probatorio, sostuvo que de conformidad con el dictamen emitido por el cuerpo especializado de médicos, el procedimiento denominado LAMINECTOMÍA, si bien daba cuenta directa de la patología del paciente, es decir era idóneo; la expectativa de beneficio que podría aportar al actor era tan baja, y los riesgos que conllevaba tan altos, que no convenía someterse a ellos por un beneficio tan mínimo y además incierto. La Corte consideró, que a la luz del deber de protección de los médicos y del mismo sistema de salud frente a los pacientes, no resultaba conveniente practicar la operación y que desde el punto de vista jurídico, lo obrante en el expediente, configuraba tanto razones de falta de idoneidad médica como de inconveniencia, para no autorizar la operación al tutelante. Por lo anterior, la Sala de Revisión señaló que al no ser posible sustituir el criterio médico-científico que desvirtuó la idoneidad del tratamiento médico inicialmente ordenado al demandante, forzoso resultaba confirmar la decisión de los jueces de tutela de instancia, en el sentido de no conceder el amparo respecto de ordenar a la EPS SUSALUD el reconocimiento de la cirugía denominada LAMINECTOMÍA.

El segundo ejemplo en esta misma línea, es la sentencia T-476 de 2012, donde la Corte estudió el caso de una señora a quién Sanitas EPS se negó a autorizarle el servicio

médico cirugía de baypass gástrico por laparoscopia, ordenado por su médico tratante el 21 de julio de 2011. La EPS manifestó que una vez la paciente fue valorada por un grupo multidisciplinario de obesidad compuesto por médicos especialistas en cirugía bariátrica, médicos internistas, una psicóloga y dos nutricionistas, este concluyó que de acuerdo a su índice de masa corporal, y por encontrarse la obesidad mórbida en el grado más bajo, grado 1, la accionante podía perder peso a través de otros tratamientos, menos riesgosos para su salud. Ello sumado a que el Comité Técnico Científico no podía autorizar un procedimiento que ponía en riesgo la vida e integridad de la peticionaria, y que a diferencia de lo que se esperaba, podía agudizar sus condiciones actuales de salud.

La Corte sostuvo en esta ocasión, que si bien el médico tratante de la paciente había considerado que se le debía realizar la cirugía de baypass gástrico por laparoscopia, no era menos cierto, que el Comité Técnico Científico de la entidad, integrado por un grupo interdisciplinario de 7 profesionales, había estimado que la intervención referida, por ser un procedimiento de alto riesgo, debía ser autorizada sólo en aquellos casos en que no existieran otros procedimientos, que sin poner en riesgo la vida o la integridad del paciente, también le permitieran perder peso, y mejorar sus condiciones de salud, razón por la cual, le asistía la razón a Sanitas EPS al haber negado el servicio solicitado por la accionante, pues en vez de tratarse de un servicio apto para recuperar su salud, era por el contrario, según lo manifestaron los especialistas consultados, riesgoso para su vida y su integridad. Sin embargo, como Sanitas EPS negó el servicio aduciendo que existían procedimientos médicos alternativos para que la accionante perdiera peso, era necesario

que se le informara cuáles eran esos procedimientos; razón por la cual la Corte protegió el derecho a la salud de la peticionaria en la faceta de información y por lo tanto le ordenó a Sanitas EPS le informara cuáles eran los procedimientos médicos que en su caso, podían reemplazar la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia.

En consecuencia, como lo ejemplifican los casos citados, la jurisprudencia ha indicado que la negación de una prestación de salud, solo es constitucionalmente legítima bajo el supuesto que éste presente un concepto sólido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordenó el servicio de salud y en el cual se hayan estipulado claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado. (Sentencia T-873 de 2011).

CAPITULO II

UBICACIÓN CONCEPTUAL DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN

La seguridad social como derecho fundamental

Según Gerardo Arenas:

La Constitución de 1991 se ocupa específicamente de la seguridad social, y la sitúa dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, como un instrumento moderno de la política social que debe desarrollar el Estado. El artículo 48 de la Constitución señala en su inciso segundo que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

De este enunciado surgen, entre otros, los siguientes elementos del modelo constitucional de la seguridad social: es un derecho general, exigible, irrenunciable y de rango constitucional. Así lo señala la sentencia T 471 – 92 sobre la seguridad Social como derecho general, “Con esta característica se quiere señalar que se trata de un derecho que se reconoce “a todos los habitantes”, es decir, con carácter general y que no está ligado, como lo fue en sus primeras etapas a la condición de trabajador asalariado”.

Y en la misma sentencia T-471/92 con respecto a este tema: “hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona”

2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Estado Social de Derecho el contenido del derecho fundamental “como todo derecho subjetivo, se halla integrado por un determinado haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares”

En 1991 se establece el Estado Social de Derecho; en él los derechos constitucionales fundamentales son derechos subjetivos de aplicación inmediata, de tal magnitud que su vigencia no puede depender de decisiones políticas tomadas a nombre de las mayorías; además los derechos fundamentales tienen que ser no solo la libertad y la igualdad, sino más amplio.

En la T-002/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero, se dicen que los derechos esenciales de la persona son la base para decir cuando un derecho constitucional es fundamental: “El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana”.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva” (Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003), es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en

salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarrearía a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal. (Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992).

Entonces, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, en Sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud.” (Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004).

2.2. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA TUTELA

El artículo 86 de la Constitución establece que

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

La tutela, conocida en otros países como acción de amparo, no es propiamente un proceso con parte demandante y parte demandada, sino una acción con un solicitante que pide protección por una violación amenaza de sus derechos fundamentales, que en la Constitución se consagran.

2.3 DERECHO PRESTACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO AL TRABAJO SON FUNDAMENTALES

El problema radica en lo siguiente: si se considera que los derechos prestacionales (sociales, económicos y culturales, entre ellos la seguridad social y el trabajo) no son fundamentales, entonces no serían protegibles mediante tutela. Se ha dicho que la mayor parte de los constitucionalistas dicen que los derechos prestacionales no son fundamentales. Han tomado esa posición unas veces por estrategia jurídico –política y otras veces por táctica.

Estratégicamente quienes no le dan a los derechos sociales, económicos y culturales, la categoría de fundamentales, lo hacen porque siguen girando ideológicamente alrededor del Estado de Derecho y sus principios de igualdad y libertad y se resisten a ubicar dentro del mismo status a los derechos prestacionales; dicen que éstos son principios programáticos que para su efectividad requieren de desarrollo legislativo.

Robert Alexy, por el contrario, considera que los derechos prestacionales pueden considerarse derechos fundamentales porque responden a acciones positivas del Estado, están la mayoría de ellos ubicados dentro de los derechos sociales. Por supuesto que advierte que esta polémica está caracterizada por diferencias de opinión sobre el carácter y las tareas del derecho, de la Constitución, del Estado, de los derechos fundamentales.

Pero surge una cuestión: ¿en qué medida a los derechos fundamentales clásicos (libertad, igualdad) pueden adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio? Alexy dice:

“Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana. Ello solo se consigue cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual. Ambas se encuentran inseparablemente relacionadas” (231)

Esa libertad de la vida en sociedad implica la existencia de derechos a prestaciones en sentido amplio. De ahí que se hable de la cláusula del Estado Social de Derecho.

2.4 TEORÍA DE LOS DERECHOS

El contexto práctico de la Teoría de los derechos fundamentales es el de la aplicación la Ley Fundamental de Alemania, en especial, por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, adoptada el 23 de marzo de 1949, incluye en su primer título un catálogo de derechos fundamentales. Este título utiliza la denominación “derechos fundamentales” para referirse a los derechos más importantes de los individuos, protegidos por la Constitución, y oponibles frente al estado- y a los particulares

Debe reconocerse que la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy tiene una triple interacción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los derechos fundamentales: la identifica, la sistematiza y explica desde el punto de vista dogmático, y, finalmente aporta a ella. Esto puede mostrarse con la ayuda de un ejemplo, relativo al principio de proporcionalidad.

En noviembre de 2011, (participa en VII Encuentro de la jurisdicción constitucional en la Universidad Externado, en los 20 años de la Constitución) el principio que más le cuestionan en Derecho constitucional en el tema de derechos fundamentales. Jurgen

Habermas, uno de sus críticos, asegura que la idea de la proporcionalidad de los derechos es irracional y subjetiva. Dice entonces Alexy los derechos tienen un núcleo sobre el cual se puede establecer un equilibrio razonable.

2.5 LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

En este orden e ideas el derecho a la seguridad social y una atención médica apropiada son derechos fundamentales del trabajador y su familia, por lo cual la ley 1636, reconoce este derecho y protege a los cesantes por al menos seis meses mientras se ubica de nuevo.

CAPITULO III

El cesante de conformidad con la ley 1636 de 2013

El cesante es aquel individuo que, estando en edad de trabajar y habiendo tenido un empleo anterior de al menos 2 semanas, ahora se encuentra sin trabajo y está disponible para volver a trabajar.

El desempleado es aquel individuo que está en edad de trabajar pero que está buscando empleo por primera vez. Es decir, no puedes haber trabajado, quedar sin empleo y ser desempleado, ya que en ese caso serías cesante.

En la ley al cesante, se tiene contemplado un fondo de protección al cesante, este se encarga de los recursos para el auxilio del cesante y sus obligaciones con la seguridad social, los conceptos sobre las políticas de la ley 1636 se enumeran continuación:

El Fondo de Solidaridad y Fomento al Empleo y Protección al Cesante es un componente del Mecanismo de Protección al Cesante, el cual será administrado por las Cajas de Compensación Familiar y se encargará de otorgar beneficios a la población cesante que cumpla con los requisitos de acceso, con el fin de proteger a los trabajadores de los riesgos producidos por las fluctuaciones en los ingresos en periodos de desempleo.

Requisitos para acceder al beneficio:

Que su situación laboral haya terminado por cualquier causa o en el caso de ser independiente su contrato haya cumplido con el plazo de duración pactado y no cuente con ningún otro o no cuente con ninguna fuente de ingresos.

- Que hayan realizado aportes durante un año, continuo o discontinuo, a una Caja de Compensación Familiar en el transcurso de los últimos tres años para el caso de los trabajadores dependientes y dos años, continuos o discontinuos, para los independientes.
- Inscribirse en cualquiera de los servicios de empleo autorizados pertenecientes a la Red de Servicios de Empleo y desarrollar la ruta hacia la búsqueda de empleo.
- Estar inscrito en programas de capacitación y re-entrenamiento.

El Fondo de Solidaridad y Fomento al Empleo y Protección al Cesante, entregará a los postulantes que cumplan con los requisitos los siguientes beneficios:

- Pago de salud y pensión calculado sobre 1 SMMLV
- Cuota monetaria
- Capacitación para la reinserción laboral
- Incentivo por ahorro de cesantías

El pago de los beneficios al cesante terminará cuando los beneficios se hayan reconocido por seis meses, cuando el beneficiario establezca nuevamente una relación laboral antes de transcurrir los seis meses o incumpla con las obligaciones contraídas

para acceder a los beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante. En todo caso, serán incompatibles con toda actividad remunerada y con el pago de cualquier tipo de pensión.

Los beneficios del FOSFEC se pueden solicitar en la última caja de Compensación a la cual el cesante estuvo afiliado.

“Para poder acceder al Mecanismo de Protección al Cesante , los trabajadores que devenguen menos de 2 salarios mínimos legales vigentes deberán ahorrar como mínimo el 10% de sus cesantías y los que ganen más de 2 SMLV deberán ahorrar al menos el 25% de sus cesantías”

Los principios que rigen la protección al cesante de acuerdo a la ley 1636 de 2013 son:

- a) Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec), entre las personas, los empleadores y los agentes del sistema. Es deber del Estado garantizar la solidaridad del mecanismo mediante su participación, control y dirección del mismo;
- b) Eficiencia. Es la mejor utilización de los recursos disponibles en el mecanismo para que tanto los beneficios monetarios como los servicios de inserción y capacitación laboral frente al desempleo sean otorgados o prestados de forma adecuada y oportuna;
- c) Sostenibilidad. Los beneficios que otorga el mecanismo no podrán exceder los recursos destinados por la ley para tal fin. En el caso del beneficio monetario, los recursos no podrán usarse más allá de la capacidad del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec) y de su posibilidad de generar excedentes y des acumularlos a lo largo del tiempo;

3.1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT

La OIT fue fundada en abril de 1919 con el propósito en ese entonces, de afianzar la paz, Surgió como parte del llamado Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial

La OIT se creó” considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones”, señala el preámbulo de la Constitución del organismo internacional.

Una de las particularidades sobresalientes de la OIT es su conformación tripartita: empleadores, trabajadores, y gobiernos. Hoy, están vinculados 183 Estados. Los órganos que constituyen la OIT son la Conferencia General, en la que cada uno de los Estados miembros cuenta con dos representantes del gobierno, un representante de los trabajadores y otro de los empleadores. Esta conferencia establece y adopta las normas internacionales del trabajo, a la vez que debate temas sociales y laborales.

Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-952 de 2000:

“La igualdad alude, pues, no sólo al compromiso del Estado, sino de los particulares de remover los obstáculos que en el plano humano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho”. O de modo reciente, como se dijo en la sentencia T-247 de 2010: “i. En un Estado democrático la protección de los derechos fundamentales debe estar presente en los principales aspectos de la vida social, la cual incluye, sin lugar a duda, las relaciones surgidas entre particulares, las cuales no pueden entenderse ajenas a los parámetros de relación trazados por los derechos fundamentales. ii. El valor de la igualdad real resulta incompatible con una posición que excluya la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; y iii. Los argumentos que se expongan para dar respuesta al presente caso deben tomar en cuenta la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

3.1.1. Igualdad: naturaleza jurídica

Como reiteradamente se ha dicho por la Corte constitucional, la igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes públicos para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales que faciliten su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inescindible con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, como atributo de todos los seres humanos de donde deriva su derecho al goce pleno de los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).

RESULTADOS

Con la implementación de las políticas neoliberales en el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo (1990-1994), el país cambió, las relaciones laborales se transformaron para todos, la ley 100 hija de la constitución de 1991, una ley pensada para que la salud se autofinancie, despojando paulatinamente la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar el acceso a la salud; la ley 100 modernizó al país en estructuras modernas clínicas y centros hospitalarios en un proceso en el cual los grandes conglomerados económicos vieron una oportunidad de hacer dinero, con la salud de los colombianos.

Así este servicio tan necesario para los ciudadanos, quedó cobijado sobre unas normas de empresas privadas manejando la salud en Colombia, El FOSIGA, se convirtió en un fondo financiado por la salud, donde unos avivatos, vieron la oportunidad de enriquecerse de forma rápida y segura, con maniobras amañadas como la sobrefacturación, la creación de afiliados ficticios, el incremento en el cobro de los medicamentos, el cobro por procedimientos no realizados, la demora en la hospitalización para facturar a su acomodo, la manipulación de los pacientes.

La salud se convirtió en un negocio, al privatizarse un servicio público como es la salud, entonces también trajo sus consecuencias nefastas para todo el sistema: los paseos de la muerte, la negligencia en la atención, las largas demoras en asignación de citas, la relación médico paciente mediada por intereses económicos, la muerte a las puertas de las clínicas y hospitales, los cobros excesivos a los pacientes, la necesidad de buscar a través de la tutela como derecho el acceso a operaciones, a procedimientos

médicos de alto costo, y que las empresas promotoras de salud, se niegan a pagar; todo eso ha contribuido a repensar la ley 100 de 1993, a diseñar formas más efectivas de atención a los pacientes, de regulación de medicamentos, de seguimiento y control a todo el sistema de salud en Colombia.

Las fallas en la prestación del servicio se hacen evidentes, los grandes escándalos sobre el manejo de la salud, sobre el FOSIGA, que se convirtió en el botín de los dueños de las EPSs, que buscando hacer la trampa a la ley, saquearon la salud en Colombia, los grandes laboratorios de drogas hicieron lo mismo, ante la oportunidad que fijo la ley, cobraron los medicamentos a precios excesivos, sobre todo aquellos para enfermedades raras, este desfalco duro 20 años, aun la prensa relata como el grupo salud coop, la mayor aseguradora en el país saqueo el presupuesto para la salud, billones de pesos se fueron del sistema, sin que nadie se diera por enterado, para favorecer los intereses así compraron bienes en el exterior, construyeron campos de golf y se dieron los gustos más excéntricos a costas del dinero para la salud de los colombianos, sobre todo para los más pobres, que se acogen al servicio de salud subsidiado a través del SISBEN, una política que fijo el expresidente Ernesto Samper para ponerle corazón a las políticas neoliberales ultra capitalistas en Colombia.

Sin embargo que paso, porque los órganos de control no se dieron cuenta del desfalco a la salud, la procuraduría callo, y paso por alto, las auditorías al sistema fallaron, fueron comprados sus funcionarios, para que no dijeran nada, el dinero de la salud se perdió y esto fue realizado por una red criminal en la cual participaron muchas personas incluso dentro del gobierno se hicieron movidas políticas para favorecer

farmacéuticas, grupos económicos así se confabulo el mayor robo a la salud de los últimos tiempos.

Después de 20 años de creada la ley 100, y ante las múltiples críticas por las fallas del sistema de salud en Colombia, el gobierno de Juan M. Santos, decide hacer una reforma para soldar los yerros de la ley 100, que genero ms de 500.000 tutelas por el derecho a la salud, por ello el presidente firma la ley 17 51, Ley estatutaria de la salud, la cual busca ordenar el sistema general de salud en Colombia, para que pueda cumplir con su objetivo, el cual es garantizar una salud adecuada, oportuna, ágil, especializada, concreta, eficaz, fructífera, a todos los colombianos, en ella se sientan las bases de una salud equitativa, amable y respetuosa de los derechos de los pacientes.

Lo que la ley 1751 de 2015, ley estatutaria de la salud, es diseñar mecanismos más efectivos para evitar el fraude, la corrupción, el soborno, la tajada, los malos manejos administrativos, esta ley cogió los postulados y principios de la constitución y los coloca como la condición básica para que la ley estatutaria de la salud, se reafirme en su función de respetar la vida sobre todos los principios constitucionales, y esto se logra actuando en equidad, en justicia, en atención oportuna.

La ley sobre control de medicamentos sobre todo para las enfermedades de alto costo marca un cambio en el sistema de salud, pues los costos de mantenimiento de un enfermo muchas veces dejan a la familia sin patrimonio, es un derecho humano la salud, por lo cual el Estado está en la obligación de garantizar este servicio, controlar el cobro de los medicamentos, es un paso eficaz, para evitar la especulación de las multinacionales.

Son principios esenciales de la ley estatutaria de salud los siguientes:

- Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente. Aceptabilidad, los actores del sistema deberán conservar su ética y respeto por todos los usuarios independiente de su origen clase social, etnia, religión; accesibilidad, comprende todos los procesos y un profesional de la medicina real; así procedimientos médicos deben estar al alcance para todos los pacientes, lo mismo que las medicinas sin discriminación; calidad e idoneidad profesional. Los pacientes tienen derecho a ser atendidos por personal competente, con altos estándares de calidad, adecuados que aseguren la vida del paciente.

Ley estatutaria de la salud es una reforma moderna a la salud, pues contempla factores sociales ambientales para la promoción protección y garantía de la salud de todos los colombianos, enfatiza en la necesidad de un ambiente sano, adecuado, pues la salud es compleja e implica múltiples situaciones, ya no es solo una relación médico paciente, va más allá y cubre todas las relaciones de la persona con su entorno, con su cotidianidad, con sus hábitos y costumbres.

A manera de conclusión se puede determinar que la Ley 1751 de 2015; ley estatutaria de salud, es una ley acomodada a unos intereses, debería estarlo a la realidad actual, al compromiso del estado colombiano con los derechos humanos, la salud es un derecho, al cual todos tienen derecho, la tarea de ahora en adelante es lograr que esta ley sea una realidad, que los mecanismos de control funcionen, que el control en la atención hospitalaria opere, que el sistema de salud, no esté en manos de criminales, esta ley recoge las críticas a la ley 100, invoca por la salud como un derecho

fundamental, y funda su esencia en la atención obligatoria y con las mejores condiciones, independiente de su afiliación, así se puede afirmar que si se cumplen los postulados de la ley, Colombia dará un gran salto en la atención en salud en América latina.

En Colombia la salud como derecho fundamental está garantizado a medias, todo aquel que no esté en el sistema de salud, no puede ser atendido, por lo cual se puede afirmar que la ley aún tiene muchas falencias las cuales deben ser atendidas para poder afirmar que el país cuenta con una atención a la salud de los colombianos.

Aun cuando la cobertura y beneficios en salud que da el estado, estos se pueden mejorar pagando una mejor atención ya que en Colombia sufrimos un POS insoportable por las esperas y malas atenciones que se mejoran al pagar un servicio como la medicina prepagada.

No existen estrategias para subsidiar a los trabajadores informales y que el Estado se apoya en que Ellos desconocen los derechos que tienen en Seguridad Social, dentro de un Estado Social de Derecho.

- El subsidio de desempleo no es suficiente y que pasa cuando transcurren seis meses y la persona no consigue empleo.

La seguridad social es escasa y deficiente.

La sociedad en su conjunto es incapaz de generar empleo para todos, por ello el desempleo hace parte de la sociedad actual, y el Estado debe buscar estrategias para disminuirlo.

- Se debe buscar es generar empleo en condiciones dignas, justas y Decente de acorde con el Estado Social de Derecho.

- El prospecto en salud busca la mejor manera de vivir en cuanto se niega un servicio al mejor tratamiento se encuentra que los servicios actuales del POS son inhumanos careciendo del juramento hipocrático, en ese orden de ideas se debe establecer un mecanismo para humanizar la salud en Colombia.

CONCLUSIONES

Es determinante que el estado vea como opción la alterativa de que un tercero pueda pagar la medicina prepagada de una persona que debido a su situación de desempleo tenga los beneficios de la ley de protección al cesante junto con la medicina prepagada para generar más ingresos al sistema y como consecuencia un mejor servicio de los usuarios desempleados.

El sistema contributivo y el complementario parecen ser la opción que las personas con recursos económicos adoptan frente a un sistema que no ofrece de manera oportuna e inmediata una cobertura de servicios, razón por la cual para el estado colombiano el problema se pensaría, que es de estructuración o de financiamiento, sin embargo, los servicios médicos y hospitalarios resultan deficientes en un sistema de seguridad social que al parecer ostenta una crisis.

El sistema llamado POS, es el plan obligatorio de salud al cual todos los cotizantes deben estar afiliados para recibir los beneficios de pensión, salud y riesgos profesionales y en los casos donde la persona no tenga una vinculación mediante contrato de trabajo o una legal o reglamentaria, se entenderá que o es independiente o es desempleado; en este último escenario es donde entra a operar la ley de protección al cesante.

La legislación que regula el tema de salud en Colombia, determina este servicio como los servicios de atención de enfermedades, por lo que se da a entender que es sencillamente un plan de beneficios establecidos como contraprestación a un pago hecho que desde sus inicios disparo el mecanismo constitucional que protege derechos

fundamentales, derecho llamado acción de tutela, suceso inadmisible teniendo en cuenta que la propia constitución política da la responsabilidad al estado de ofrecer a sus administrados este derecho.

Por lo anterior, se entiende el porqué de la necesidad de tener un plan complementario en salud, ya que el POS no brinda a sus afiliados todos los servicios a ellos y a sus familias.

Por otra parte encontramos el régimen subsidiado, al cual ingresan las personas que no cuentan con los recursos necesarios o no tienen un empleo aunando en el hecho de que este régimen no permite la afiliación a un sistema de medicina prepagada, siendo así dos regímenes que se entenderían para el común junto con el POS y uno con mejores prestaciones en servicio de salud como lo es la medicina prepagada.

Como se analiza el sistema de salud POS incluye los servicios por enfermedades pero es de entendimiento común que no hay que esperar hasta que se presente un accidente de origen común o laboral para acceder a los servicios de salud debido a que el sistema debería ser universal.

Los filósofos que orientaron en la discusión de la Seguridad Social como Derecho fundamental como Robert Alexy y Luigi Frejol, y sin olvidar la normatividad reciente año 2012 de julio en el tema de Riesgos laborales y la 1 de Octubre Pensión familiar.

Se puede decir que ante la situación de que el Gobierno dice que el desempleo baja a un dígito, y estudios inclusive en el senado ante el control político del Ministro de Trabajo, el día martes 30 de octubre de 2014, de que de 20.000.000 de personas ocupadas solo hay cotizando en Pensiones hay 6.200.000; en Riesgos laborales 7.300.000 y en Salud 9.100.000, siendo en cada tema de Seguridad Social, la diferencia

entre los informales que están desprotegidos, lo cual aunque si dijéramos que están ocupados no están protegidos en Seguridad Social.

La ley 1636 aunque genera un clima de seguridad social para los nuevos desempleados, se queda corta en la atención universal con que deberían ser cobijados miles de personas que no tiene ninguna ayuda del estado por pertenecer a la informalidad, poniendo de paso en duda el principio de igualdad consagrado en la constitución de 1991.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy R (2008) Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio Carlos Bernal pulido 2da edición en español centro de estudios políticos y constitucionales Madrid.

Bernal O (2012) La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones Editorial: Universidad de los Andes Bogotá.

Mosquera, J Gómez, O Méndez, Fabián (2006) Uso de los resultados de las investigaciones en salud pública en una entidad territorial de salud en Colombia. Editorial: Red Colombia Médica Colombia.

Gorbaneff, Y Torres, S. Contreras, Nelson (2006), Anatomía de la cadena de prestación de salud en Colombia en el régimen contributivo, Editorial: Red Gerencia y Políticas de Salud Colombia

Corte constitucional Sentencia T- 629 de 2010, MP Vladimiro Naranjo

Arenas M (2008), el derecho colombiano de seguridad social. pág. 135 a 138. editorial legis Colombia, segunda edición.

Arizala J (2009) ámbito jurídico sección cultura y derecho legis 2009 seminario legis Colombia.

Benedicto xvi encíclica (2009) caridad en la verdad.

Cañón O. (2009) una visión integral de la seguridad social universidad externado de Colombia- volumen 1 2da edición concepto de seguridad social pág. 43 88

Referencias Jurisprudenciales

Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.

Sentencias T-291 de 2009 y T-340 de 2010.

Sentencias SU-388, SU-389 de 2005; C-371 de 2000.

Sentencia T-291 de 2009

Sentencia T-352 de 1997, C-090 de 2001.

Sentencias C-345 de 1993 y C-058 de 1994, C-094 de 1993 y T-152 de 2007.

Sentencias T-422 de 1992, T-530 de 1993, C-1043 de 2006, C-075 de 2007, entre otras.

Principio de proporcionalidad, las sentencias T-015 de 1994, C-022 de 1996, C, T-230 de 1994, C-584 de 1997, C-309 de 1997. T-916 de 2002.

Empleada inauguralmente por el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos, según explicó la Corte en sentencias T-422 de 1992, C-026 de 1996 y C-093 de 2001.

Sentencia C-022 de 1996. Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica, los fallos T-015 de 1994, C-309 de 1997. C-475 de 1997, C-392 de 2002.

Sentencia C-952 de 2000, reiterada por la T-291 de 2009.

Sentencia T- 476/12 (MP María Victoria Calle Correa).

Sentencia T-234/07 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

Sentencia T- 476/12 (MP María Victoria Calle Correa).

Sentencia T-873 de 2011(MP. Mauricio González Cuervo).