



**ACCESO AL DERECHO A LA SALUD PARA PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE.**

JOHN ALEJANDRO RAMOS MORENO

JUAN DAVID SÁNCHEZ MURILLO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ASIGNATURA:

FUNDAMENTOS DE EPISTEMOLOGÍA

BOGOTÁ D.C.

2018



**ACCESO AL DERECHO A LA SALUD PARA PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE.**

John Alejandro Ramos Moreno

Juan David Sánchez Murillo

Universidad La Gran Colombia

Especialización En Derecho Administrativo

Asignatura:

Fundamentos De Epistemología

Bogotá D.C.

2018



Tabla de contenido

ACCESO AL DERECHO A LA SALUD PARA PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE.5

INTRODUCCIÓN:5

CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....7

1. OBJETIVOS:7

1.1 Objetivo general:.....7

1.2 Objetivos específicos:7

1. PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA:7

2. MARCO TEÓRICO.....10

3. MARCO NORMATIVO:14

CAPITULO II: ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS QUE
PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA
NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.17

2.1 Antecedentes de las enfermedades catastróficas y sus orígenes, análisis y conceptos.17

2.2 Normativa internacional referente a la protección de las personas que padecen enfermedades
catastróficas.....24

2.3 Colombia frente a la protección de los Derechos Fundamentales de las personas que padecen
enfermedades catastróficas.27

2.4 Responsabilidad del Estado frente protección de las personas que padecen enfermedades
catastróficas.....31



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

CAPITULO III.....	33
3.1 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la protección de las personas que padecen enfermedades catastróficas.	33
3.2 El Estado y su gestión de protección en cuanto a garantizar condiciones mínimas a personas que padecen enfermedades catastróficas.	38
3.3 Responsabilidad del Estado derivada por la omisión en el acceso a la salud a personas que padecen enfermedades catastróficas.	40
3.4 Jurisprudencia:	41
3.5 De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia.	42
3.6 El derecho a la salud como derecho fundamental:	44
CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS.....	48



ACCESO AL DERECHO A LA SALUD PARA PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE.

INTRODUCCIÓN:

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se pretendía tener un mejor acceso al derecho a la salud, así como la disposición de que las entidades prestadoras de salud en adelante “EPS”, empezaran a prestar los servicios en instalaciones adecuadas y con sus debidos profesionales que cuenten con principios básicos de calidad y eficiencia, a las cuales se les ha dado la potestad de tener una autonomía de administración financiera. En este orden de ideas, se entendía una revolución total respecto a la antigua prestación del servicio la cual se hacía bajo un esquema de beneficencia pública que se enfocaba más para las personas de escasos recursos como lo establecía la Constitución del año 1986.

Así mismo, uno de los objetivos la Ley 100 de 1993, era regular un buen servicio esencial en salud y que cada persona del territorio nacional se viera protegida y pudiera acceder a la totalidad de este servicio, creando dos tipos de afiliados: Por un lado se encuentra el régimen contributivo, que son las personas que tienen una capacidad de pago, los empleados, jubilados entre otros y por otro, la afiliación de régimen subsidiado que va dirigido a personas las cuales no tienen una capacidad de pago pero que por Ley deben hacer parte del sistema integral de salud, según el Acuerdo 001 de 1994. Por ello, una de las funciones que tiene el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud, como se establece en el artículo 3º numeral 6 del ya citado acuerdo.

Según la disposición anterior el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud tiene esta función pero no especifica que tipos de medicamentos se deben garantizar para que las personas que padecen de enfermedades catastróficas lleven su tratamiento con normalidad y continuidad. Según el Acuerdo 228 de 2002, por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones. Gracias a este acuerdo las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud cuentan con programas especiales para el manejo del cáncer, SIDA, trasplante de órganos, diálisis y cuidados intensivos, deberán incluir el siguiente listado mínimo de



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

principio activo con las características de esenciales para dichos programas, los cuales serán manejados en un nivel especializado.



CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

OBJETIVOS:

1.1 Objetivo general:

- Establecer la efectividad del Estado al momento de garantizar la entrega de medicamentos a personas que padezcan enfermedades catastróficas y así garantizar el derecho a la salud según lo establecido en la Ley 100 de 1993.

1.2 Objetivos específicos:

- Identificar si la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el Estado sigue siendo garante del derecho a la salud en personas con enfermedades catastróficas.
- Estudiar la jurisprudencia que se ha emitido si presta una mayor atención en la entrega de medicamentos para personas en estado de debilidad manifiesta.
- Determinar si se ha vulnerado el derecho a la salud en personas con enfermedades catastróficas y a que instancias han llegado para adquirir sus medicamentos.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Cuando en Colombia se habla del derecho a la salud se tiene la perspectiva que es un servicio que no se encuentra bien estructurado por no prestar el servicio en debida forma y por la atención precaria a lo que se enfrentan los ciudadanos. Así las cosas, para hablar del derecho a la salud, es necesario hacer referencia como estaba estipulada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; la Constitución Política del año 1986 que definía al Estado Colombiano como Estado de Derecho.

El derecho a la salud se define como un derecho fundamental que es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, que conlleva a tener acceso a los servicios de una manera oportuna, eficaz y de calidad por la preservación, mejoramiento y la promoción de la salud. Partiendo de esta premisa, se



puede decir que es un derecho que todo ciudadano está facultado para ejercerlo, pero no es solo poder utilizar este servicio, si no que sea prestado de manera óptima y sin poner un límite al paciente a los diferentes servicios. De acuerdo al artículo 49 de la Constitución Política la salud es un servicio público de carácter esencial y obligatorio en que es el Estado el encargado de llevar la supervisión, realizar la organización y la regulación y tener la coordinación y control de cómo se está prestando el servicio. (Const., 1991, art. 49). Haciendo referencia a este artículo de la Constitución Política, donde se consagra la protección de los derechos de las personas que se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta y que en caso de que se evidencie que hay algún tipo de abuso el Estado deberá promover que la igualdad sea de manera real y efectiva y tomará las medidas que sean necesarias para la protección de grupos o personas que por encontrarse en este estado sean sometidos a discriminación o se marginen de la sociedad.

Es por eso que el Estado tiene una mayor responsabilidad al momento de prestar el derecho a la salud a personas con enfermedades catastróficas, por ello cada vez más se escucha la vulneración del derecho a la salud a esta parte de la población en cuestión de reclamar medicamentos los cuales están diagnosticados para poder comenzar o seguir un tratamiento y así poder garantizar como lo dice la Ley una vida digna y un estado físico adecuado. Conforme a lo dispuesto en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en su Artículo 5 sobre la intervención de los medicamentos e insumos médicos en la salud. (Ley 1751, 2015)

Por lo anterior se debe verificar si existe o no una vulneración en cuanto al derecho a la salud y a la garantía que debe brindar el Estado para hacer entrega de los medicamentos a personas que padecen enfermedades catastróficas como el cáncer, sida y la insuficiencia renal crónica, es que ha llamado la atención para saber si es cierto que hoy en día se sigan vulnerando estos derechos y por eso es que nos surge la siguiente pregunta de investigación.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Es garante el Estado con las personas que padecen enfermedades catastróficas como el cáncer, el VIH/sida y la insuficiencia renal crónica, en suministrar los medicamentos necesarios para



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

asegurar el derecho a la salud y así proteger la vida digna a esta parte de la población colombiana?

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad



2. MARCO TEÓRICO

La Constitución de 1991 en su artículo 49 modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, reglamentado por la Ley 1787 de 2016, nos deja ver la atención de la salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, en donde se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Conforme lo anterior, al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control, competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Por ello, los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, la Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en Colombia ha sido diseñado bajo un esquema básico al lado del cual tiene como propósito común el cubrimiento de los servicios de salud para toda la población en condiciones de idoneidad, suficiencia y eficiencia. Sin embargo, en Colombia existe falencia en el acceso a la salud y su prestación de servicio tanto así que posteriormente ha evolucionado el derecho, pero los ciudadanos tienen que reivindicarlo con tutelas para hacerlo valer. Ya la Corte Constitucional había considerado que, aunque la salud no era un derecho fundamental, podía ser exigida por medio de la acción de tutela cuando se encontraba en conexidad con el derecho a la vida, sentencia T-597 de 1993. (Sentencia T-597, Corte Constitucional, 1993).

El artículo quinto de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, supone que se mejore el acceso a los servicios de salud, se eliminen las autorizaciones para las atenciones de urgencias, se fortalezca el control de precios a los medicamentos y su avance sea más rápido en la incorporación de nuevas tecnologías, por



su parte, el artículo sexto contempla elementos para evaluar el ejercicio efectivo de los derechos, como la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad. (Ley 1751, 2015)

De igual manera, el artículo séptimo señala que el Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud. En el diseño del sistema de salud Colombiano el aseguramiento es la función articuladora por excelencia, puesto que son los encargados de garantizar el acceso de los pobladores a los servicios de salud, por lo cual se constituyen en los intermediarios entre la demanda conformada por los pacientes consumidores y la oferta, compuesta por los prestadores de servicios de salud. Así mismo, en Colombia durante los últimos años se ha venido presentando coyunturalmente una ruptura del sistema integrado de salud, toda vez que no ha sido posible por parte del Gobierno establecer unos lineamientos claros y parámetros fijos frente al acceso de la misma, pues basta ver que en nuestro país la congestión judicial en su mayoría se relaciona con la acción de tutela encaminada a restablecer un Derecho vulnerado como lo es la Salud.

Es importante precisar que la salud, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, está definida como un servicio público, por ello el tratamiento frente a la falla de dicho servicio es integral. Este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. El nuevo SGSSS fue creado en 1993, mediante la Ley 100 de 1993, la cual estableció también la reforma del sector de servicios de salud. Entre los principios que orientan la reforma, la equidad ocupa un lugar preeminente, y es entendida como la provisión gradual de servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes de Colombia, independiente de su capacidad de pago. Con la reforma, se implementó un sistema cuya administración y financiamiento se articulan en dos modalidades: los regímenes contributivo y subsidiado. Al régimen contributivo accede el sector poblacional con capacidad de pago o cotizante inserto en el mercado formal de trabajo. Al régimen subsidiado acceden los grupos de población de poca o ninguna accesibilidad económica, categorizada como población pobre y vulnerable. .

Mediante el estudio de la prestación de servicios en Colombia se puede entrar a formular una discusión sobre la forma como la gobernanza se entiende y practica en el país. Dado que los servicios



públicos dan cuenta de un interés de los gobernados en sus garantías, y un interés de los gobernantes en derivar legitimidad de su prestación, el concepto más amplio de gobernanza es clave para estudiar la regulación política que se da a partir de la prestación de un servicio como el de la salud. El espíritu general de la reforma le apuesta a un sistema que combine la solidaridad en los subsidios con la apertura de la prestación del servicio al mercado para proveer al usuario la libre elección sobre el acceso a la salud, así el sistema se organizó de tal forma que la población afiliada al sistema a través de cotizaciones se agrupará en el régimen contributivo (RC), y la población afiliada gracias a los subsidios estatales se agrupará en el régimen subsidiado (RS), los trabajadores que se afilian al RC mediante las cotizaciones propias y las de sus empleadores, tramitan la prestación del servicio con las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Claramente, la reforma creó instituciones, en su mayoría privadas, para la tramitación de todos los aspectos en la prestación del servicio de salud. Lo que genera que la salud en Colombia este siempre en manos de un intermediario que es usualmente privado. No obstante, ello no quiere decir que se despoje al Estado de su responsabilidad en la vigilancia y control de la calidad del servicio, puesto que la Constitución establece que es deber del Estado garantizar la prestación del servicio de salud. Lo anterior implica que el SGSSS impone al ciudadano una lógica política en la cual no siempre se le concibe como ciudadano, puesto que, en la mayoría de las situaciones, se concibe como usuario o cliente de un servicio particular. Aun cuando el Estado se responsabiliza por la prestación del servicio de salud, hay siempre un intermediario que es generalmente privado a través del cual se tramita todo en los temas de salud. De esta forma, el individuo es ciudadano para reclamar la garantía de sus derechos, pero es usuario al acceder indudablemente al servicio en particular.

Dicho lo anterior, la Ley 344 de 1996 transformo la manera como el Estado le transfiere los recursos a los hospitales públicos. Previo a la promulgación de la Ley, estos recibían los recursos mediante subsidios a la oferta. A partir de 1996, los hospitales públicos reciben del Estado subsidios a la demanda, esto es, por venta de servicios a EPS y ARS en competencia con IPS. Lo que ha sucedido es que la población que tiene más recursos para vigilancia en salud busca clínicas privadas, lo cual deja a los hospitales públicos con la atención de población subsidiada, o población que no está afiliada al sistema en ninguna de sus dos formas. De esta manera, hay mucha presión económica sobre estos hospitales, pues se



les pide que sean auto-sostenibles financieramente, pero las dinámicas de la competencia no se lo permiten. (Ley 344, 1996)

Ahora bien, el análisis de los diferentes aspectos involucrados en una política puede ser complejo, sin embargo, esta tarea puede facilitarse si se inicia por los aspectos formales de la norma, pues estos son más explícitos y evidentes. En este punto sí es muy significativo revisar los contenidos formales de la Ley 100 y sus decretos reglamentarios. Explícitamente la política sanitaria desarrollada por el Gobierno Colombiano desde la década de los 90's, tiene como objetivo mejorar la equidad y extender la cobertura, facilitando el acceso a la atención médica y desplegar dispositivos para atender a los más vulnerables.

En consecuencia, el proceso de la reforma en Colombia, la gestión de la política nacional frente a la salud fue propuesta desde la élite política en el gobierno, con base en estrategias y principios muy similares a los que aplicaron la reforma de primera generación, y con poca participación de otras agencias. La Ley 100 de 1.993 es expresión concreta de una propensión internacional en el campo de la reforma de la seguridad social, que estuvo expuesta a un contexto particular y que sucede a un complejo proceso de reforma política donde se habían dado ya otros momentos cruciales, como la descentralización de la administración pública y la transferencia de responsabilidades y recursos a los municipios. (Ley 100,1993).

A pesar de toda la infraestructura realizada para el buen funcionamiento del Sistemas General de Seguridad Social de Salud - SGSSS, la correcta ejecución se ha visto afectada por diferentes situaciones, las cuales han contribuido a que poco a poco se haya ido degradando la prestación de los servicios de salud, en vez de hallar en un continuo mejoramiento que con lleve a la prestación de servicios de calidad y la optimización de los recursos entregados por el estado para garantizar una cobertura adecuada a las necesidades de los Colombianos, independientemente del régimen en el cual se encuentren vinculados.

De igual modo, algunos de los factores que ha conllevado a este deterioro son las condiciones sobre las cuales se establecieron los regímenes contributivo y subsidiado. A diferencia de otros sistemas de salud en donde la población tiene derecho por su condición de ciudadano o residente, el diseño de los regímenes genera una serie de costos adicionales, ya que en el régimen subsidiado es necesario verificar y



comprobar periódicamente la condición de pobreza o de cesación laboral lo cual genera movimientos continuos entre un régimen y otro.

De manera semejante, el objetivo de la reforma fue eliminar las barreras de acceso a la salud que se presentan actualmente, contar con un sistema de salud que tenga como principios la calidad y oportunidad en los servicios que presta y el manejo unificado de los recursos a través de la creación de una unidad de gestión financiera de naturaleza especial y algunos procedimientos de inspección, vigilancia y control que garanticen la transparencia en la utilización de los recursos asignados.

3. MARCO NORMATIVO:

En el presente trabajo de investigación se va desarrollar el tema de acceso a la salud como derecho fundamental en Colombia y la entrega de medicamentos para personas que padecen enfermedades catastróficas como el sida, cáncer e insuficiencia renal crónica, y para ampliar los conocimientos de todo lo concerniente a este tema es necesario realizar los estudios y lecturas correspondientes para tener bases más concretas y poder dar una mayor credibilidad al desarrollo del tema. Si bien es cierto cada persona tiene derecho a tener un buen estado de salud sin importar su estado social, para ello el estado ha garantizado mediante diferentes normas que en todo el nivel Colombiano se haga uso de este derecho fundamental, hoy en día el Estado Colombiano no presta este servicio como se dice en zonas que no son muy frecuentes o muy supervisados por el mismo Estado, es el caso de la guajira y sus problemas de desnutrición que tanto ha afectado a los niños y enfermedades de gran importancia que han afectado a los mayores, esta prestación del servicio se enfatiza en artículo 24 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

Ahora bien, la extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. Por lo que en zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad. El Estado al ser responsable de garantizar el derecho a la salud en el territorio nacional ha creado un sinfín de normas donde no solo él es el garante si no que al momento de extender la responsabilidad hace que las empresas prestadoras de este servicio se capaciten en prestar un excelente servicio, que las instalaciones donde prestan estos servicios



estén adecuados tanto a nivel de estructura y de instrumentos que se necesiten para el buen funcionamiento de la prestación en salud, para la entrega de los medicamentos a personas que sufren de enfermedades catastróficas también hay normas donde se regula la manera y a que personas les deben ser entregados los medicamentos, de acuerdo a las normas establecidas hay medicamentos que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), desafortunadamente este tipo de personas no se tuvieron en cuenta dentro de esta normativa, es así como de disponer la creación de nuevas normas donde se disponga la importancia y reconocimiento de brindarle a la personas que padecen enfermedades catastróficas la manera de llevar su proceso de una manera digna y con la convicción que pueden tener el medicamento del cual dependen.

Por lo anterior, el Estado es el principal responsable de garantizar el derecho a la salud y a otros servicios públicos con el constituyente lo llama, pero a este artículo se le realizó una reforma como se ve en el Acto Legislativo 02 de 2009. Es importante resaltar que la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2º que dispone la salud como un derecho fundamental e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Y es en este artículo donde se hace referencia a los establecimientos que prestan los servicios de salud deben estar completamente dotados de tecnología la que debe estar disponible para que cada persona pueda curar su enfermedad o en el peor de los casos llevar su tratamiento de la mejor manera, esta norma se irá desarrollando con más precisión mediante el desarrollo de la investigación. (Acto legislativo 02, 2009)

A su vez, la Resolución N°. 5592 De 2018, actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud — SGSSS y se dictan otras disposiciones, esta resolución garantiza la cobertura de los medicamentos que hacen o están a cargo de la UPC, entregan una lista de los medicamentos los cuales pueden estar dentro de POS y dispone unas características que se sujetan a unas condiciones. (Resolución N°. 5592, 2018).

Ahora en concordancia a la entrega de medicamentos a los que se tiene derecho estas personas, la Ley hace referencia que calidad de medicamentos son los que tiene que ser entregados, hace referencia a una marca en especial dependiendo el tipo de tratamiento, son medicamentos originales o genéricos, se



puede hacer cambio de la marca que inicialmente se ha suministrado, cuando estas personas con enfermedades catastróficas requieren estos tipos de tratamientos inician el mismo con cierto medicamento su cuerpo lo asimila de la mejor manera y se acostumbra a él, pero al momento que este medicamento de cierta marca que se ha suministrado por gran tiempo y de un momento a otro se produce el cambio del medicamento hace que los pacientes presenten cambios o pueden hacer que la reacción al mismo no sea de la mejor manera, lo cual puede afectar el proceso del tratamiento por el cambio de un medicamento original a uno genérico sabiendo que los componentes no son los mismos y en su defecto la reacción no es la misma.

Se han visto casos donde el cambio de la marca de cierto medicamento hace que los pacientes empiecen a presentar otro tipo de síntomas como mareos, náuseas y recaídas en la enfermedad, además las entidades responsables de hacer entrega de las medicinas, deben hacerlo de acuerdo al nombre del medicamento lo que el médico tratante haya formulado Como se ha visto existen muchas normas que regulan el derecho a la salud y la entrega de medicamentos a personas que sufren de enfermedades catastróficas, pero si existen estas normas porque se escuchan todas las experiencias negativas de las personas cuando acuden a un centro de salud a hacer valer su derecho, porque el Estado tiene que esperar hasta la última instancia que es la tutela para indicarle a una EPS que debe realizar cierto tratamiento o que tiene que brindar cierto servicio a una persona sabiendo que es un derecho del cual cada habitante del territorio nacional tiene derecho, se espera que en el desarrollo de esta investigación lleguemos a una conclusión la cual nos dé una respuesta y poder entender porque muchas personas se refieren hoy en día a la salud como una carrera de la muerte.



CAPITULO II: ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.

2.1 ANTECEDENTES DE LAS ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS Y SUS ORÍGENES, ANÁLISIS Y CONCEPTOS.

El interés creciente en los principios y acceso a la salud datan del marco histórico creado como desarrollo de salud pública en la cultura occidental, el valor dado a la salud en cada sociedad, es fundamental para comprender la historia de la salud pública y de la medicina. Dicho valor está influenciado a su vez, por las ideologías y corrientes de pensamiento que han dominado el mundo a lo largo del tiempo con relación a la concepción de la salud. De acuerdo a lo preceptuado se revisan en forma muy sucinta, algunas de estas corrientes y las implicaciones que han tenido sobre el desarrollo de nuevos paradigmas, que promulgan acciones positivas de carácter más integral para alcanzar un nivel de salud óptimo y mejor calidad de vida de las poblaciones.

Es menester señalar, que las enfermedades catastróficas son aquellas que generan y deterioran la salud de las personas, se caracterizan por su alto grado de complejidad, son agudas prolongadas amenazantes para la vida pues en su gran mayoría son letales, muchas de estas patologías producen la incapacidad del paciente y provocan el desmedro económico del que las padece, de su familia o de la institución aseguradora, pudiendo el asegurador ser una institución pública o privada. Aunado a lo anterior según el diccionario Jurídico elemental de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la palabra enfermedad significa “*alteración más o menos grave de la salud, que provoca anormalidad fisiológica o psíquica, o de ambas clases a la vez, en un individuo*” (Caballenas de las Cuevas Guillermo, 2009). Por otro lado, la legislación Colombiana, en la Ley 797 de 2003, define a la enfermedad catastrófica “Como una enfermedad aguda o prolongada, usualmente considerada como amenazante para la vida o con el riesgo de dejar discapacidad residual importante. La enfermedad catastrófica, a menudo conlleva trastornos psicosociales que afectan de manera importante su evolución, porque altera el proceso de rehabilitación, los hábitos saludables y la calidad de vida y limita la adherencia a los tratamientos. Las



enfermedades catastróficas o de alta complejidad en la mayoría de los casos requieren de una evolución patológica prolongada, con largo período de incubación, gran variabilidad clínica y etiológica. Las posibilidades de recuperación son pocas ya que, lamentablemente muchas de estas enfermedades no presentan síntomas sino cuando la enfermedad ha progresado a estados muy avanzados, y se hacen de alguna manera irreversibles, tornándose difíciles a toda clase de tratamientos, la aplicación tardía de las intervenciones médicas, en la mayoría del caso son paliativas y no de recuperación.

Por otro lado, cabe señalar las enfermedades catastróficas por su alto grado de complejidad se clasifican de acuerdo a su tratamiento y por categorías, así:

Primera Categoría: Las enfermedades que son crónicamente debilitantes graves, de alto costo, diagnóstico tardío, de baja incidencia y son de origen genético. Estas enfermedades son crónicamente debilitantes, amenazantes para la vida y algunas con una prevalencia menor de 1 por cada 10.000 personas, y otras con una prevalencia menor de 1 por cada 50.000 personas.

Segunda Categoría: Las enfermedades que tienen un alto costo en el tratamiento, son graves, fáciles de diagnosticar y la recuperación en muchos de los casos es total. En esta categoría están ubicados aquellos padecimientos que requieren una gran erogación económica para el tratamiento, pero que son fáciles de diagnosticar, y una vez que se han cumplido los ciclos terapéuticos, la recuperación en muchos de los casos es total por ejemplo: el tratamiento quirúrgico para reemplazos articulares, los más comunes son los de cadera y rodilla, tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer de origen linfático, que al ser diagnosticados en las primeras etapas son curables, tratamiento médico quirúrgico para el paciente que sufre un trauma mayor, trasplantes de órganos, tratamiento quirúrgico para las personas que sufren enfermedades del corazón.

Tercera Categoría: Las enfermedades graves adquiridas de fácil diagnóstico, pero que requieren de asistencia médica de por vida. En esta categoría se ubican las enfermedades de rápido diagnóstico, pero que requieren asistencia médica de por vida, tales como diálisis para casos de Insuficiencia Renal Crónica, tratamientos para el SIDA y sus posibles complicaciones, tratamiento para el Adeno Carcinoma de origen desconocido.



De manera semejante, se establece que para el Estado Colombiano, las enfermedades catastróficas tienen un alto valor presupuestal que afecta de manera directa la economía del País, sin embargo desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció el régimen contributivo y subsidiado mediante el cual se logran definir costos y acceso a la salud y tratamientos especiales de los Colombianos, algunos generando copagos y otros no. Además, que aunque actualmente le compete al Ministerio de Salud (Ministerio de Salud y Protección Social) la actualización de tal reglamentación, históricamente han sido varias las entidades las encargadas de identificar aquellas enfermedades que se pueden considerar como catastróficas o de alto costo, indicó. En esa medida, sostuvo que es deber del juez constitucional verificar cada caso concreto en conjunto.

Luego entonces, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3974 del 2009, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, además de las enfermedades mencionadas con antelación, el Estado considera de alto costo las siguientes:

- a) Cáncer de cérvix.
- b) Cáncer de mama.
- c) Cáncer de estómago.
- d) Cáncer de colon y recto.
- e) Cáncer de próstata.
- f) Leucemia linfoide aguda.
- g) Leucemia mieloide aguda.
- h) Linfoma hodgkin.
- i) Linfoma no hodgkin.
- j) Epilepsia.
- k) Artritis reumatoidea.
- l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). (Resolución 3974, 2009)



Ahora bien, el Plan Obligatorio de Salud que aplica tanto para el régimen contributivo como subsidiado, presenta un listado taxativo referente a los procedimientos considerados de alto costo. El artículo 126 de la Resolución 5521 del 2013, establece, para efectos del cobro de copago, los siguientes eventos y servicios como de alto costo:

Alto costo régimen contributivo:

1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea.
2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.
3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.
4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.
5. Reemplazos articulares.
6. Manejo médico quirúrgico del paciente gran quemado.
7. Manejo del trauma mayor.
8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.
9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.
10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

Alto costo régimen subsidiado:

1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea.
2. Manejo quirúrgico de enfermedades cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales.



3. Manejo quirúrgico para afecciones del sistema nervioso central, incluyendo las operaciones plásticas en cráneo necesarias para estos casos, así como las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran.
4. Corrección quirúrgica de la hernia de núcleo pulposo incluyendo las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran.
5. Atención de insuficiencia renal aguda o crónica, con tecnologías en salud para su atención y/o las complicaciones inherentes a la misma en el ámbito ambulatorio y hospitalario.
6. Atención integral del gran quemado.
7. Pacientes infectados por VIH/SIDA.
8. Pacientes con cáncer.
9. Reemplazos articulares.
10. Internación en unidad de cuidados intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.
12. Manejo del trauma mayor.

Por otra parte, ha surgido infinidad de argumentaciones a las observaciones y alarmas planteadas, frente a la Ley 972 del 2015, que buscó la atención integral de todos los pacientes afectados en Colombia por enfermedades catastróficas o de alto riesgo, establece los coeficientes para cada EPS en el manejo de la insuficiencia renal. No obstante, estas iniciativas no atacan los problemas derivados de la excesiva concentración de pacientes en EPS como el seguro social, ya que no definen las responsabilidades, las fuentes de financiamiento ni establece la distribución de la carga de pacientes. Pero, además, las soluciones planteadas constituirían un conjunto de señales erróneas al sistema, con las cuales se generarían comportamientos oportunistas dentro de la racionalidad económica de las instituciones. (Ley 972, 2015).



Sin lugar a duda la legislación Colombiana ha avanzado mucho en los procesos de atención y tratamiento integral a personas que necesitan una ayuda inmediata para no perder la vida, que como bien sabemos es un derecho fundamental instituido de forma tácita en nuestra Constitución, entre los derechos del hombre, sin duda el más importante es el derecho a la vida, pues es la razón de ser de los demás, ya que no tendría sentido garantizar la propiedad, la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede está muerto. Integra la categoría de derechos civiles, y de primera generación, y está reconocido en numerosos tratados internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes.

Habría decir también, que se evidencia que en múltiples sentencias se protege de manera principal el acceso a la salud en Colombia, los Honorables Magistrados han sido benevolentes y han resuelto en la mayoría de casos, las sentencias a favor de las personas que padecen enfermedades terminales catastróficas. Mediante la Ley 972 del 2005, se determinó algo magnifico para los Colombianos que padecen de enfermedades catastróficas y se fundaron las disposiciones que se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y considerando en todo caso la relación médico-paciente. Se preservará el criterio de que la tarea fundamental de las autoridades de salud será lograr el tratamiento y rehabilitación del paciente y evitar la propagación de la enfermedad.

Las enfermedades “Catastróficas o de Alto Costo” se definen en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud, como aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo “costo efectividad” en su tratamiento. Corresponden según la normatividad a: tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplantes renal, de corazón, de medula ósea y de córnea,



tratamiento, para el SIDA y sus complicaciones, tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito, tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor, terapia en unidad de cuidados intensivos, reemplazos articulares y atención del Gran Quemado en el régimen subsidiado y contributivo. (Ministerio de Salud y Protección Social, Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud, 2015).

Otro punto es que, aún se tiene como precedente la Ley 100 de 1993 la cual nos indica cada procedimiento que se establece para el acceso a la salud dentro de Colombia como usuarios subsidiados, contributivos y de igual forma nos ilustra lo significativo de POS Y NO POS, este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema. Toda Entidad Promotora de Salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo. Para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, todas las Entidades Promotoras de Salud establecerán un sistema de referencia y contra referencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realizase por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. El gobierno nacional, sin perjuicio del sistema que corresponde a las entidades territoriales, establecerá las normas.

En la mayoría de los procesos de tratamiento integral para enfermedades catastróficas los pacientes tienen que acceder a acciones constitucionales para que cumplan con un derecho fundamental que se pretende violar por parte de las instituciones prestadoras de salud o por el mismo Estado Colombiano.



2.2 NORMATIVA INTERNACIONAL REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

Las enfermedades catastróficas son reconocidas mundialmente como un problema mayor en salud pública, requieren de procedimientos de alta complejidad para su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, pero son los medicamentos el mayor costo social, entre los que están, tratamientos con radioterapia o quimioterapia para el cáncer, diálisis para insuficiencia renal, trasplantes de órganos, tratamiento para el sida y sus complicaciones, enfermedades vasculares y del sistema nervioso central, quirúrgico para traumas, congénitos o genéticos, secuelas posquirúrgicas o de reconstrucción, terapia de cuidados intensivos. Es muy difícil que se pueda cubrir este tipo de enfermedades en una población como la nuestra, cuyo promedio de clase social tiende a ser más bajo que en los países desarrollados, donde los programas de seguridad pública y privada protegen a los beneficiarios contra enfermedades catastróficas costosas. El Gobierno deberá promover sistemas complementarios y creación de seguros especiales de aseguramiento y cobertura mixta donde intervenga lo público con lo privado, tal como existen en países desarrollados con derecho a la salud frente a las enfermedades catastróficas en forma homogénea con calidad y calidez en los servicios asistenciales a nivel nacional para el paciente y su entorno familiar.

En su dimensión más amplia y global, la Salud es objeto de análisis y motiva férreas discusiones en todos los países del mundo. En su dimensión humana, esta disciplina esencial ocupa editoriales en los medios masivos, es incorporada en discusiones dentro de las redes sociales y preocupa a familias y ciudadanos. En síntesis, el debate sobre la sostenibilidad de los sistemas de salud y las políticas de salud está presente en todos los países, tanto a nivel macro como micro. En él se distinguen las respuestas que brindan los sistemas universales de aquellas en las cuales la oferta de servicios y el acceso a los cuidados son segmentados. Sobre la base de esta tensión, se registran complejos procesos de transición que afectan a los sistemas de salud, porque impactan sobre sus costos y comprometen la gobernanza institucional. En los análisis de población se hace referencia a la transición demográfica para aludir a los cambios estructurales de una sociedad donde la mortalidad y la natalidad se han reducido y los grupos de mayor edad comienzan a adquirir una participación relativa sobre el total, mayor que los más jóvenes. Pero en este momento en el área de salud vivimos, no solo una transición demográfica, también transiciones



epidemiológica, alimentaria, tecnológica y cultural. En los países en desarrollo, estas transformaciones registran características específicas cuyo abordaje requiere estrategias diferenciadas.

Cada vez es más evidente la estrecha relación y complementariedad que existe entre una respuesta efectiva a la epidemia con el cumplimiento de atención a pacientes catastróficos sin dar una protección adecuada, por eso el respeto a los Derechos Humanos es indispensable para la eficacia de los programas de prevención y atención en redes de salud pública. De acuerdo a convenios ratificados por Colombia ante la ONU, el deber de velar por el ejercicio de esos derechos impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos financieros. El Comité pide a los Estados Partes que informen sobre las medidas que han adoptado para abordar en toda su magnitud el problema de la mala salud en los Estados, particularmente cuando dimana de enfermedades que pueden prevenirse, como la tuberculosis y el VIH/SIDA. Preocupa al Comité el hecho de que cada vez se da más el caso de que los Estados renuncian a cumplir esas obligaciones, ya que transfieren a organismos privados funciones estatales en materia de salud.

La oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos desarrolla sus funciones en el marco del Acuerdo suscrito en Ginebra (Suiza), el 29 de noviembre de 1996, por el Gobierno Colombiano y la Organización de las Naciones Unidas, expresó la situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en asesorar a las autoridades Colombianas y a la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en el país. En el marco de sus funciones, la Oficina ha preparado esta compilación de instrumentos del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo contenido es pertinente para la promoción y protección del derecho a la salud. Es importante destacar que, los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, tienen aplicación directa en el orden interno y la misma jerarquía que la Constitución Política, en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad, establecido en el artículo 93 de la Constitución y desarrollado por la Corte Constitucional. (Acuerdo de Ginebra, 1996).

En el año 2010, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se pronunció sobre la aplicación del Pacto mencionado, por parte del Estado Colombiano. Varias de las recomendaciones del



Comité a Colombia, se centraron en el derecho a la salud, a nivel mundial Las enfermedades catastróficas pueden definirse de diferentes formas. Desde el punto de vista médico clínico, corresponden a cualquier patología que, además de tener una dificultad técnica en su resolución, implican un alto riesgo en la recuperación y probabilidad de muerte. En el ámbito económico, una enfermedad catastrófica involucra un desembolso monetario significativo, que excede algún umbral considerado normal; ya sea por episodio, por periodo de tiempo, o relacionado con el ingreso familiar. Estas enfermedades, por lo general tienen un alto impacto, provocando un estado de insolvencia financiera temporal o definitiva.

Pueden ser además, subdivididas en dos categorías: enfermedades siniestrosas, que se resuelven en el corto plazo, sin tratamientos prolongados y con un alto costo por episodio y las enfermedades crónicas, que necesitan de atención por periodos largos, prolongados; las que no necesariamente conllevan un desprendimiento inmediato de dinero, pero que sí representan un gran flujo de gastos con el tiempo. Para ello, Roche clasificó las enfermedades catastróficas de la siguiente forma: *“Cáncer, Hepatitis, VIH-SIDA, Diabetes, Fibrosis quística, Artritis reumatoide, el cáncer es la enfermedad que más número de muertes representa en el mundo cada año. La suma de las muertes que representan enfermedades como la tuberculosis, el SIDA y la malaria no supera el número de muertes por cáncer”*. (Datos de Roche, 2011)

A su vez, los países brindan diferentes respuestas al desafío de disminuir la brecha entre los que acceden y los que no a un tratamiento oportuno en enfermedades catastróficas. Pero todavía no se estableció un modelo satisfactorio para las personas y que alcance, además, integralidad en la cobertura horizontal y vertical la primera implica que se cubra a las personas con una misma patología y la segunda que se cubran todas las enfermedades catastróficas y todos los gastos generados por ellas. Se pueden enunciar cuatro motivos por los cuales el Estado debería intervenir en la promoción de la cobertura de los tratamientos para este tipo de enfermedades, especialmente del acceso a medicamentos de alto costo, a veces no alcanza con garantizar el acceso a bienes y servicios esenciales para reducir las brechas en la salud de la población, es conveniente generar un adecuado pool de riesgos, porque las respuestas individuales son menos eficientes que las colectivas, es necesario garantizar una respuesta segura y adecuada en términos clínicos, y si se la integra como parte del derecho a la salud, la respuesta frente a las enfermedades catastróficas debe ser homogénea en calidad. Es difícil identificar el modelo de cobertura más extendido, pero se puede inferir qué abordaje de la problemática está condicionado por el



modelo de sistema sanitario implementado en cada país, para el caso Colombiano se tiene contributivo y subsidiado.

A causa de lo anterior, en muchos países desarrollados se implementaron seguros privados voluntarios bajo la modalidad de pólizas para enfermedades graves (en inglés, *dread disease insurance*), es decir, seguros destinados a brindar las coberturas faltantes o a complementarlas a los que acceden las personas con capacidad de pago. Por eso, la mayor debilidad de esta modalidad es la restricción para alcanzar la cobertura universal. Las pólizas surgen en Suiza y EE.UU. durante los sesenta y luego se expanden a otros países. En América latina no tuvieron mucho éxito. En la actualidad, funcionan en Panamá y algunos otros países. Se las puede dividir en dos grupos: los seguros para enfermedades graves y los que están vinculados a un seguro de vida. Este último es el más extendido dado que, en general, las enfermedades catastróficas están asociadas a una alta probabilidad de muerte. Entonces, la cobertura de la enfermedad es concebida como un adelanto financiero del siniestro que desencadenará el pago del capital asegurado en la póliza, lo que facilita la resolución de las brechas que pueden aparecer en materia de prestaciones que debería cubrir el seguro. Es difícil hacer extensivo este tipo de seguros a sistemas universales, dado que se vinculan en forma directa con la capacidad de pago.

2.3 COLOMBIA FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

Así las cosas corresponde al Estado Colombiano organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, también establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y de los particulares, de igual manera determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

En Colombia a pesar de tantos cambios de salud que se han presentado, siempre ha sido prioridad que las personas que padecen de enfermedades catastróficas tengan una atención especial y de primera calidad, es por esto que en el año 2005 se creó la Ley 792, “*Por la cual se adoptan normas para mejorar*



la atención por parte del Estado Colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida”. (Ley 792, 2005)

De acuerdo a lo anterior es de resaltar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, son los encargados de suministrar los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para que las personas que padecen enfermedades catastróficas puedan estar en un tratamiento adecuado y poder así llevar una vida digna, es así como se puede ver el esfuerzo de diferentes entidades del sector público desarrollando y coordinando planes y programas donde se capaciten a las personas a poder prevenir este tipo de enfermedades.

Es por ello que la Ley 792 de 2005 se desarrolló teniendo en cuenta como punto de partida el respeto al derecho a la vida pero sin afectar el dignidad humana, respetando el derecho al trabajo, a la intimidad, teniendo respeto por su familia y más factores que en estos casos hacen que la persona pueda ser vulnerada y rechazada y es por ello que se da gran importancia a la relación y ética que pueda llevar el paciente con su médico tratante. (Ley 792, 2005)

Es importante resaltar que esta Ley no solo hace referencia a personas que padezcan el VIH/Sida, si no a cualquier enfermedad que sea considerada catastrófica, es por esto que las entidades que prestan sus servicios por medio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no podrán negarse a prestar los servicios requeridos como los análisis de laboratorios, servicio médico u hospitalización que se requiera, todo paciente que padezca una enfermedad catastrófica debe ser atendido por su EPS, pero si la persona no cuenta con una afiliación a causa de su enfermedad o cualquier otra circunstancia la EPS no está facultada para suspender el tratamiento del paciente, pero si podrá realizar su cobro por medio del FOSYGA a través de su subcuenta ECAT que se define como “Esta subcuenta subsana el costo de las atenciones de las víctimas de accidentes de tránsito a través del SOAT y las víctimas de eventos catastróficos y terroristas.” Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Recuperado de <https://www.adres.gov.co/Tr%C3%A1mites/Procesos-y-Procedimientos/ECAT/ECAT-Reclamaciones-Nuevas>



A pesar que en Colombia aún falta mucho para que una persona pueda acceder con tranquilidad a la prestación del servicio de salud debido a tantos cambios que se han presentado, se puede resaltar que a pesar de tanta crítica en este sentido, ha tenido en cuenta a las personas que padecen enfermedades catastróficas tanto así que ha dispuesto atención prioritaria, inclusión de medicamentos dentro de los planes obligatorios de salud entre otros, es por eso que en la Constitución Política de 1991 en su artículo 49 modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009 reglamentado por la Ley 1787 de 2016 “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”(Ley 1787, art. 1, 2016)

Sin embargo, en Colombia aún existen falencias en el acceso a la salud en cuanto a la prestación del servicio tanto así que posteriormente ha evolucionado el derecho, pero los ciudadanos tienen que reivindicarlo con tutelas para hacerlo valer ya la Corte Constitucional había considerado que: “Aunque la salud no era un derecho fundamental, podía ser exigida por medio de la acción de tutela cuando se encontraba en conexidad con el derecho a la vida, (Sentencia T-597, Corte Constitucional, 1993).

Consecuentemente, el artículo quinto de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, facilitará que se mejore el acceso a los servicios de salud, se eliminen las autorizaciones para las atenciones de urgencias, se fortalezca el control de precios a los medicamentos y su avance sea más rápido en la incorporación de nuevas tecnologías, por su parte, el artículo sexto contempla elementos para evaluar el ejercicio efectivo de los derechos, como la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, de igual manera el artículo séptimo señala que el Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

En el diseño del sistema de salud Colombiano el aseguramiento es la función articuladora por excelencia, puesto que son los encargados de garantizar el acceso de los pobladores a los servicios de salud, por lo cual se constituyen en los intermediarios entre la demanda conformada por los pacientes consumidores y la oferta, compuesta por los prestadores de servicios de salud. En Colombia durante los últimos años se ha venido presentando coyunturalmente una ruptura del sistema integrado de salud, toda vez que no ha sido posible por parte del Gobierno establecer unos lineamientos claros y parámetros fijos



frente al acceso de la misma, pues basta ver que en nuestro país la congestión judicial en su mayoría se relaciona con la acción de tutela encaminada a restablecer un Derecho vulnerado como lo es la Salud.

Es importante precisar que la Salud, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, está definida como un servicio público, por ello el tratamiento frente a la falla de dicho servicio es integral este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. El nuevo SGSSS fue creado en 1993, mediante la Ley 100, la cual estableció también la reforma del sector de servicios de salud. Entre los principios que orientan la reforma, la equidad ocupa un lugar preeminente, y es entendida como la provisión gradual de servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes de Colombia, independiente de su capacidad de pago con la reforma se implementó un sistema cuya administración. Mediante el estudio de la prestación de servicios en Colombia se puede entrar a formular una discusión sobre la forma como la gobernanza se entiende y practica en el país. Dado que los servicios públicos dan cuenta de un interés de los gobernados en sus garantías, y un interés de los gobernantes en derivar legitimidad de su prestación, el concepto más amplio de gobernanza es clave para estudiar la regulación política que se da a partir de la prestación de un servicio como el de la salud.

El espíritu general de la reforma le apuesta a un sistema que combine la solidaridad en los subsidios con la apertura de la prestación del servicio al mercado para proveer al usuario la libre elección sobre el acceso a la salud, así el sistema se organizó de tal forma que la población afiliada al sistema a través de cotizaciones se agrupará en el régimen contributivo (RC), y la población afiliada gracias a los subsidios estatales se agrupará en el régimen subsidiado (RS), los trabajadores que se afilian al RC mediante las cotizaciones propias y las de sus empleadores, tramitan la prestación del servicio con las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Claramente, la reforma creó instituciones, en su mayoría privadas, para la tramitación de todos los aspectos en la prestación del servicio de salud. Esto hace que la salud en Colombia este siempre en manos de un intermediario que es usualmente privado. Sin embargo, ello no quiere decir que se despoje al



Estado de su responsabilidad en la vigilancia y control de la calidad del servicio, puesto que la Constitución establece que es deber del Estado garantizar la prestación del servicio de salud.

Se puede observar que esta Ley va de la mano con el artículo 49 de la Constitución Política y hace que sea aún más garante el Estado por preservar este derecho en las personas a nivel nacional, esta

2.4 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

El estado como garante de las prestación de servicios de salud y en especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas se ha encargado de establecer algunas normas donde se garantice un vida digna y un estado de salud optimo a las personas que padecen estas enfermedades, Esta resolución garantiza la cobertura de los medicamentos que hacen o están a cargo de la UPC, entregan una lista de los medicamentos los cuales pueden estar dentro de POS y dispone unas características que se sujetan a unas condiciones.

Según la disposición anterior el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud tiene esta función pero no especifica que tipos de medicamentos deben se deben garantizar para que las personas que padecen de enfermedades catastróficas lleven su tratamiento con normalidad y continuidad.

El Estado también se ha encargado de dar beneficios a las personas que padecen estas enfermedades, teniendo en cuenta que para poder acceder a la prestación de un servicio de salud se debe pagar una cuota moderadora y si una persona que padece una enfermedad catastrófica al momento de necesitar un servicio de salud no se encuentra al día en sus pagos la entidad prestadora de salud no podía prestar sus servicios por el retraso en la cuota moderadora, es por esto que el Estado vio que esto era una vulneración al derecho a la salud y la vida digna de los usuarios por ello es que se vio que era posible no aplicar las normas que establecían estos pagos y resalto que cuando una persona necesite un servicio de urgencia la entidad prestadora de salud debe asumir el costo del servicio prestado, pero es ahí donde entran dos interrogantes los cuales estable la alta corte y es un solo para personas que carecen de capacidad económica para estar al día en sus copagos, y la segunda es que de acuerdo al artículo 7 del



acuerdo 260 de 2004 se da como excluido el copago para personas que padecen enfermedades catastróficas las cuales se encuentran reguladas en la Resolución 3974 de 2009 proferida por el Ministerio de Salud las cuales considera como enfermedades catastróficas las siguientes:

- Cáncer de cérvix. Cáncer de mama
- Cáncer de estómago.
- Cáncer de colon y recto.
- Cáncer de próstata.
- Leucemia linfoide aguda.
- Leucemia mieloide aguda.
- Linfoma hodgkin.
- Linfoma no hodgkin.
- Epilepsia.
- Artritis reumatoidea.
- Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

De acuerdo a esto y a disposiciones que el Estado ha establecido se puede decir que se ha hecho lo posible para que las personas que padecen enfermedades catastróficas se vean protegidas por el Estado, también es cierto que hace falta un poco más de firmeza en las normas establecidas y en su cumplimiento por parte de las entidades prestadoras de salud, como derecho fundamental el Estado es garante de proteger a este grupo de personas y ha hecho lo que más ha podido para que las personas con estas enfermedades puedan llevar una vida digna y tratar de olvidar un poco su padecimiento. (Resolución 3974, 2009)



CAPITULO III

3.1 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la protección de las personas que padecen enfermedades catastróficas.

En Colombia la Corte Constitucional ha sido enfática y persistente en blindar los Derechos Constitucionales inherentes al ser humano y transversales con la integridad y la vida, por ende se promueve en acceso el derecho a la salud como un derecho fundamental. El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que requiere garantizarse a todos los habitantes del territorio Colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política, en relación con lo anterior, consagró que toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así mismo, la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible, En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela. (Ley 1751, 2015)

Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado. En síntesis, el Plan Obligatorio de Salud, actualmente regulado por la Resolución



No. 5592 de 2015, establece todos aquellos servicios a los que tienen derecho quienes se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud y, por consiguiente, son las EPS las que deben asumir aquellos gastos relacionados con su prestación. (Resolución 5592, 2015)

A la luz de lo señalado, existen algunos servicios que se encuentran excluidos de este plan, lo que tiene como fundamento la sostenibilidad financiera, pues, debido a que los recursos del sistema son limitados, se debe propender hacia su adecuado manejo económico que, de alguna manera, justifica la cobertura delimitada, situación que ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional.

En ese orden, en principio, cuando el servicio que se requiere se encuentre excluido del POS, no es obligación de la EPS cubrirlo y, por tanto, debe ser asumido por el paciente. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, si bien, ha aceptado las mencionadas exclusiones, como se vio en el párrafo precedente, también ha sido enfática en señalar que existen determinados casos en los que la no prestación de un tratamiento, procedimiento o medicamento, bajo el argumento de encontrarse por fuera de lo señalado en el citado plan, puede afectar gravemente el derecho fundamental a la salud de una persona, dado que existe la posibilidad de que no cuente con los recursos necesarios para asumirlo por cuenta propia y no se prevea una alternativa que permita conjurar la afectación que padece. Por lo tanto, la regla que se plantea no es absoluta.

De manera semejante, y en virtud de lo anterior, se observa que todo servicio cuya inclusión no se encuentra prevista el Plan Obligatorio de Salud, incluyendo, insumos, suplementos o ayudas técnicas, deben ser autorizados y asumidos por las entidades correspondientes, de evidenciarse los supuestos antes mencionados.

Así, las cosas, se infiere que, si bien el Plan Obligatorio de Salud contempla ciertas exclusiones en pro del equilibrio financiero del sistema, esta Corte ha admitido que, en aquellos eventos en los que el afiliado requiera un servicio que no se encuentra bajo esta cobertura, pero la situación fáctica da crédito de los requisitos antes establecidos, es obligación de las EPS autorizar dicha solicitud, pues lo que debe prevalecer es la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud del afiliado. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud.



Reiteración de jurisprudencia. El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

Así, la Resolución No. 5592 de 2015, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”, establece, en su artículo 126, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria. Por lo tanto, en principio, son estos eventos los que deben ser cubiertos por las EPS. (Resolución No. 5592, 2015)

No obstante, esta Corporación ha sostenido, como se observó en párrafos anteriores y lo ha reiterado en sus pronunciamientos, que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud.

El Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia entre las *cuotas moderadoras* y los *copagos*, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema. (Acuerdo 260, 2004).



De este modo, ha dicho la Corte, que el citado acuerdo, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, atiende el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación.

En el mencionado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Se establecen los principios que deben respetarse para la aplicación de los mismos. En la Sentencia T-984 de 2006 la Corporación reiteró que cuando una persona no cuenta con los recursos económicos para sufragar los costos de las cuotas correspondientes y requiera de un tratamiento con urgencia, en razón a su estado de salud, este deberá prestársele sin sujeción a lo estipulado en la norma que contempla la exigibilidad de los pagos. En este sentido, la Corte señaló expresamente que:

“Cuando una persona requiera de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.” (Sentencia T-984, Corte Constitucional, 2006).

En este orden de ideas, de conformidad con lo indicado, se tiene que la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y/o copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental.



A la luz de lo anterior, la Corte ha reiterado, a su vez, que debido a que el derecho fundamental a la salud comprende no solo el bienestar físico, biológico y funcional de la persona, sino, también, los aspectos psicológicos y emocionales y que la atención integral debe aplicarse a todas estas facetas, se configura la obligación de las EPS de brindar un tratamiento completo para todas las enfermedades que afectan todos aquellos ámbitos que hacen parte del mencionado derecho, para, de esta manera, propiciar una adecuada calidad de vida y dignidad humana en todas las esferas de la salud de una persona.

Bajo la anterior perspectiva, la Corte ha reconocido que el servicio de salud debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal. En ese mismo sentido, es que se debe encaminar la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno. En consecuencia, es claro que en casos en los que la enfermedad de la persona hace notorias sus condiciones indignas de existencia, resulta desproporcionado y contrario al principio de integralidad en materia de salud, que se exijan requisitos de carácter administrativo, como lo es la prescripción por parte del galeno tratante, para que el paciente pueda recibir la asistencia médica requerida.

Aunado a lo anterior, cabe concluir que el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más dicho entendimiento cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional.

La Constitución Política establece, en su Artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. El Sistema de



Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud, cuya regulación se enmarca en el Artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y la Resolución No. 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

3.2 EL ESTADO Y SU GESTIÓN DE PROTECCIÓN EN CUANTO A GARANTIZAR CONDICIONES MÍNIMAS A PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

Es de importancia recordar que la salud está reconocida como un derecho, pero a su vez se encuentra dentro del grupo de los servicios públicos esenciales a cargo del estado, gracias a esto se encuentra obligada a asegurar la prestación de los servicios de manera efectiva tal cual lo ordena los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. Para entender un poco más se va a definir de una manera rápida estos tres principios:

Principio de Universalidad: Según el Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Principio de Eficiencia: La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Implica así mismo la realización del control de resultados del servicio. (Corte Constitucional Sentencia, T-166, 1993).

Principio de Solidaridad: El principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los



particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley. (Corte Constitucional, Sentencia, C-459, 2004).

Teniendo en cuenta lo anterior resalta que el derecho a la salud protege varios asuntos de la vida humana, es por ello que también se ha considerado un derecho de naturaleza compleja porque una variedad de compromisos que se dan por la capacidad y variedad de gestiones e imprevisiones que a causa del cumplimiento y la gran cantidad de demanda que posee el estado y la sociedad, cabe precisar que siendo consecuente con la Constitución Política, se entiende que todas las entidades que prestan servicios de salud deben garantizar la prestación del servicio tanto de manera formal como material a sus afiliados pues ya que entre el derecho a la salud se incluye el derecho a la vida digna la cual lo debe garantizar el Estado.

Lo anterior inculca a las entidades prestadoras de salud que no puede rechazar a una persona que llegue solicitando un servicio y más cuando es una personas que padece una enfermedad catastrófica sin importar la capacidad de pago en la que se encuentre y lo cual no podrán solicitar u obstaculizar el servicio al no presentar una orden previa o la existencia de un contrato, vale la pena aclarar que el cobro que se realiza por esta razón será asumido por el Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre vinculado el usuario.

Otra manera donde el Estado garantiza a una persona que padece una enfermedad catastrófica se encuentra en la conocida forma de vinculación a una Entidad prestadora de salud, permanencia del afiliado, lo cual para este tipo de personas requiere que sea de dos años después de realizado el tratamiento de alto costo en la Entidad que le realizo el mismo esta disposición se hace debido a que después de prestar un servicio que es de gran gasto económico para la EPS, se pretende que se le garantice los demás servicios a estas personas pero también se busca un tipo de retribución económica a la EPS y para ello es que se busca un mínimo tiempo de cotización, pero para garantizar una adecuada prestación del servicio a una persona que padece una enfermedad catastrófica, el mismo puede realizar el cambio de EPS así se le haya realizado un tratamiento de alto costa es porque la entidad donde se encuentra no dispone de una atención adecuada o no cuenta una prestación del servicio apta para su tratamiento, es la única excepción para garantizar la protección de los derechos de la persona.



De acuerdo a lo anterior el Estado ha manifestó su interés y preocupación por las personas que padecen enfermedades catastróficas, es por esto que ha iniciado una atención especial para este grupo de personas, esto con el fin de poder garantizar un estilo de vida de manera digna y sin que le sean vulnerados sus derechos, es por esto que si una persona que padece una enfermedad catastrófica y requiere de un tratamiento para seguir su vida de manera “normal”, ninguna EPS podrá negar sus servicios y se encuentra en la obligación de atender al paciente de manera prioritaria y garantizar su tratamiento de inicio a fin, hoy en día muchas entidades prestadoras de salud de escudan que los pacientes deben encontrarse al día en los aportes para poder recibir la prestación del servicio, teniendo presente que la Corte Constitucional en muchas oportunidades a reconvenido para que el servicio prestado a estas personas sea de manera inmediata y garantizando el mejor servicio tanto en materia profesional como haciendo uso de los implementos que se requieran para ello.

3.3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA POR LA OMISIÓN EN EL ACCESO A LA SALUD A PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

Así como el Estado se ha preocupado por procurar que las entidades prestadoras de salud cumplan el propósito de prestar sus servicios de manera correcta y oportuna a las personas que padecen enfermedades catastróficas, no es un secreto que también ha tenido fallas al momento que las personas con enfermedades catastróficas hagan uso del derecho a la salud, y no se trata solo de los medicamentos los cuales ya hacen parte del paciente para su tratamiento, se va a analizar la omisión del Estado frente a personas que necesitan de un transporte para ir a otra ciudad a poder recibir su tratamiento y es como se evidencia en la Sentencia T-261 de 2017. (Corte Constitucional, T-261, 2017).

En la presente sentencia se evidencia la acción de tutela que fue interpuesta por la señora Luz Derly Córdoba Fernández quien actúa como representante de su señora madre María Marleny Fernández Erazo, quien considera que se le están vulnerando el derecho a la vida, a la seguridad social y a la salud, a su progenitora debido a que la EPS-S Ecoopsos ESS no hiciera entrega de los medicamentos Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm, y del suplemento alimentario Ensure los cuales fueron ordenados por el médico tratante y por haber negado la orden del traslado del paciente a la ciudad de Bogotá para ejecutar su tratamiento. La señora Fernández Erazo, vivía en el municipio de la Plata Huila, la EPS, le prestaba el



servicio de transporte a la ciudad de Bogotá por medio aéreo, la señora Fernández Erazo por su estado de salud debió ser trasladada del lugar de residencia a la ciudad de Cali para estar en constante observación por sus familiares, la EPS negó el servicio de transporte argumentando que no existía una solicitud expresa y por ende no se podía volver a realizar el traslado del paciente a sus tratamientos, el Instituto Nacional de Cancerología ESE, manifestó que según la historia clínica de la señora Fernández Erazo padece de un cáncer de colon y de recto y que debe asistir cada veinte días al tratamiento de quimio terapia por un tiempo indefinido y del cual solicita el apoyo de un transporte aéreo ya que su lugar de residencia era muy retirado de la ciudad de Bogotá, la accionante señora Córdoba Fernández afirma que el estado de salud de su progenitora cada vez es más crítico por la falta de los medicamentos de los cuales la paciente es dependiente y por la falta de las quimioterapias. (Corte Constitucional, Sentencia T-261, 2017).

3.4 JURISPRUDENCIA:

En la **Sentencia T-094/16** se refiere a la demora injustificada en la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento hace que la persona le sea vulnerado los derechos fundamentales a la salud e integridad física, esto debido a que si se hace una espera de gran magnitud se presume que se puede hacer desviar la intención original del tratamiento, pero que se es de más importancia cuando se está en tratamiento de una enfermedad degenerativa como la esclerosis múltiple. (Sentencia, T-094,2016).

En la Sentencia T-098/16 dentro del Expediente T-5195642, se interpuso demanda a favor de la señora Luz Carmelina Chamorro Recalde, quien tiene 74 años de edad y está vinculada al sistema general de salud como beneficiaria del régimen subsidiado a través de Emssanar EPS-S, para que se amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud por su avanzada edad y los quebrantos de salud que la agobian debido a un accidente cerebro vascular hemorrágico que le graves secuelas y le dejó una parálisis del 95% en su cuerpo, no tiene capacidad para controlar sus esfínteres y no cuenta con habla, presenta úlceras en sus tejidos blandos por no poderse levantar de la cama, por daños en su cerebro no es consciente de lo que pasa en su entorno, debe contar con un tercero para para que la ayude a movilizarse, alimentarse y poder realizar las necesidades fisiológicas además necesita de distintos



medicamentos y elementos para poder llevar su enfermedad en condiciones dignas entre otros necesita pañales, paños húmedos, crema para el cuerpo y una silla de ruedas, Ensure e insumos para cuidado de escaras los cuales no han sido entregados por no estar dentro del POS, el familiar que se encarga de la señora chamorro vive con su madre y una hija de 14 años y no cuenta con los recursos necesarios al no tener un trabajo estable, lo que hace que no pueda tener gastos para el sostenimiento de su progenitora y hasta el momento la ha sostenido con los ahorros que ha tenido y con la ayuda de amigos y familiares.

Por su parte la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo solicito que su desvinculación del proceso porque en ningún momento esta entidad ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y es a la EPS la que le corresponde garantizarle al paciente las prestaciones solicitadas, indujo también que en la base de datos de esta entidad no se encuentra ningún tipo de solicitud y por esto es que no se ha vulnerado ningún derecho toda vez que no se ha negado ningún servicio al peticionario.

Teniendo en cuenta lo anterior para esta demanda la Corte Constitucional ha decidido confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo civil Municipal de Valledupar por la cual se negó la acción de tutela, advirtió a la EPS no volver a incurrir en fallas las cuales dieron origen a la presentación de la tutela y cumplir con la entrega de medicamentos a los pacientes sin importar el municipio donde se encuentren domiciliados, conceder la acción de tutela en los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Putumayo realizarle a la señora Chamorro una valoración para determinar la cantidad y tiempo que requiere de los implementos para su cuerpo solicitados por medio de la acción de tutela y ordeno también a la Secretaria de Salud Departamental de Putumayo que haga entrega de los insumos a través de la IPS que requiera el profesional de la salud. (Sentencia T-094, Corte Constitucional, 2016).

3.5 DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA.

Cada vez que se habla de un derecho fundamental es necesario establecer las normas las cuales lo determina, en este caso se iniciara hablando sobre el preámbulo de la Constitución Política de 1991, el cual determina como uno de los fines esenciales del estado colombiano el de garantizar a sus ciudadanos



la vida, de una misma manera se encuentra anclada al artículo 11 de la ya cita constitución el derecho a la vida como un derecho fundamental para ello depende del aseguramiento real de otros derechos como lo es el derecho a la salud que se encuentran en los artículos 48 y 49 de la Constitución Colombiana, la cual se desarrolla en la Ley 100 de 1993, la cual dio una estructuración al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual tiene como uno de los objetivos regular el servicio público de salud, crear mecanismos para que toda la población pueda acceder al servicio, tener óptimas condiciones y contingencias de enfermedad general, y maternidad de los afiliados y beneficiarios.

En este orden de ideas se dice que la naturaleza jurídica del derecho a la salud ha sido muy discutida en sentido que una justificación certificada en el momento que se requiera interponer una acción de tutela, en la sentencia T-760 de 2008, reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, estudiando esta sentencia y otras jurisprudencias no se ve claro un verdadero reconocimiento y otras sentencia ven el derecho a la salud como conexidad, de esta manera se pate del derecho a la salud como una clave del estado social lo cual conlleva a que este derecho se pueda gozar de una manera integral y real donde sea realmente valorada la parte física, mental, emocional y social que le permita a la persona poder gozar y desarrollar en forma digna y al máximo sus potenciales, el bien de sí mismo el de su familia y de la colectividad en general. (Sentencia T-760, Corte Constitucional, 2008).

El pensamiento burgués, en el cual Osuna ha señalado “El estado propio del liberalismo, se justifica teóricamente como una organización política racional, cuyo último fin consiste en el respeto de la libertad individual”; de igual manera el auto refiere “los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre”. Según el mismo autor, pone la posibilidad de todas las personas el poder gozar de la libertad real en condiciones de igualdad así como las mismas condiciones de dignidad, los derechos fundamentales en un estado social, lo que hace es poner unas cláusulas de apartamiento entre las obligaciones privadas y públicas pues debido a que este derecho tiene un recaudo especial para su sostenimiento y la colectividad con énfasis en el bienestar hace que se tome un componente muy importante y significativo de la dinámica política. Se ha dicho que el derecho a la salud es un derecho que desde su inicio entra excluyendo una discusión de considerarse entre derecho fundamental o un servicio público. (Superintendencia Nacional de Salud, de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia, 2009, pp 22)



3.6 EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL:

La corte Constitucional hace referencia al Derecho a la Salud como un servicio público que a su vez genera derechos prestacionales y derechos fundamentales, la Constitución le dice a la Ley como debe ser el acceso al sistema de salud, así como se debe realizar el cobro o como lograr las prestaciones obligatorias en el tema tratante. Visto desde otro punto de vista, el derecho a la salud tiene como inicio y parte del sistema que organice el estado para poder cumplir con los servicios de la comunidad, es por esto que la doctrina lo reconoce y le asigna el carácter de derecho prestacional, a lo cual tiene que tener un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para dar una expansión y cobertura garantista a la población, se dice que el derecho que incluye el derecho a la salud es programático, debe tener un proceso en el cual se inicie con un proceso donde se tengan en cuenta diseños y se derive una planificación donde se identifique que instituciones se van a incluir y que sistema lo puede hacer posible, pero para ello se debe contar con un tiempo prudencial para realizarlo, así como no dejar de lado la apropiación de recursos que serán destinados bajo unos parámetros que serán objeto de discusión y en este sentido pasa de ser programático a progresivo siempre y cuando cumpla con lo dicho anteriormente.

De igual modo, hay quienes ven el derecho a la salud como un derecho no fundamental, sin embargo, en desiguales condiciones de derecho especial, los derechos prestacionales se transforman de derechos subjetivos, la jurisprudencia de la Corte ha dispuesto unos supuestos donde se puede entender el derecho a la salud como derecho fundamental ligado a los criterios de la acción de tutela frente a este derecho. La jurisprudencia ha estimado que los derechos fundamentales por conexidad, son lo que no han sido catalogados como tal en el contexto constitucional, pero que se ven como fundamentales porque tienen una íntima relación con otros derechos fundamentales, en virtud que si no fueron protegidos de manera inmediata los primeros, se considera la vulneración o amenaza de los segundos, es como se ve la salud, que sin ser un derecho fundamental obtiene ese factor de importancia cuando al enfermo se le amenaza con poner en peligro su derecho a la vida, es por ello que la Corte Constitucional.



CONCLUSIONES

Colorario lo anterior, se he logrado evidenciar y establecer que en Colombia a partir de la Ley 100 de 1993, se generó una inminente ruptura en los procesos de salud pública dentro del País, ya que fueron creados los el régimen subsidiado y el contributivo, de ahí parte la gran problemática dentro de nuestras IPS y EPS, toda vez que los recursos en salud y los giros directos que debe reconocer el Estado a las entidades que prestan servicio de salud no son suficientes y por el contrario la deuda pública en salud cada vez es más grande y no alcanza para cubrir las necesidades de las personas que sobrellevan enfermedades de alto riesgo o catastróficas.

Así mismo, las enfermedades de alto riesgo o catastróficas a nivel mundial son muy costosas, se deben adjudicarse tratamientos integrales los cuales no pueden ser cubiertos por la IPS y EPS, toda vez que no se cumple con los requisitos mínimos exigidos para atención de ahí parten los traslados, los pagos entre entidades prestadoras de servicio en salud y los eventos o capitas que se dan de acuerdo a lo constituido dentro de la Ley 100 de 1993. Así mismo, se puede establecer que la Constitución Colombiana de 1991 ha sido muy garante y ha buscado proteger los derechos de cada una de las personas que de una u otra manera buscan el acceso a la salud en Colombia por ello fueron instituidas las acciones constitucionales que prevalecen los derechos fundamentales. En resumen, en Colombia gracias a nuestra Constitución y a su artículo 86 que dispone. Toda persona tiene derecho acceder a la acción de tutela para reclamar ante los jueces un derecho preferente (Constitución Política de Colombia, art. 86, 1991).

Dicho brevemente, una vez se realiza la investigación y según las cifras reportadas se evidencia que en el 80% de los casos la salud en Colombia es rogada y cada vez se debe interponer más tutelas para logran una cita, un tratamiento integral y entrega de medicamentos, sin lugar a duda algo verdaderamente complejo para las personas que sufren enfermedades de alto costo y muchas veces hasta terminales, cada vez son más las ESP que niegan el servicio a los usuarios, ya que no cuentan con la disponibilidad presupuestal para asumir este tipo de procesos, de igual forma es evidente que la salud quebranto al utilizar o definir tratamientos y medicamentos POS o no POS, es el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. Conjunto básico de servicios de salud que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), deben prestar a sus afiliados.



En último lugar, la definición original del POS no se basó en un estado actuarial y el plan de beneficios del régimen contributivo fue en realidad una derivación de la cobertura de servicios que brindaba el Instituto de Seguros Sociales a sus afiliados. Ese conjunto de beneficios fue adoptado en la Ley 100 de 1993 y posteriormente recogido por la Ley 1122 del 2007, como norma de cobertura para todos los colombianos.

De hecho, en el plan de beneficios del Régimen Contributivo fue concebido como el conjunto de servicios que en su momento representaban esa cobertura integral a los sucesos de enfermedad de la población y en la cual se exceptuaban diferentes servicios suntuarios y no pertinentes para mantener la vida y prevenir la discapacidad.

En resumen, desde el punto de vista del aseguramiento social los decretos de emergencia social nos llevaron a un POS fraccionado donde se generan nuevos nichos de mercado para los aseguradores y en los que la mayor justificación social de la reforma de salud, como es la integralidad de los beneficios en salud, quedará aún más diluida. En Colombia el acceso a la salud es funesto, sobre todo en las poblaciones más vulnerables y de escasos recursos, se evidencia una desigualdad total, un desinterés por salud y la vida de pacientes perjudicados que buscan mejorar la calidad de vida y prolongar la misma sin sufrimiento, pero al igual es evidente que la población no ha tenido una mayor intervención para exigir sus derechos plasmados dentro de la Constitución, es evidente que todavía hace falta mayor participación de los pacientes y ciudadanos como actores activos en suscitar la participación por una mejor institucionalidad, por la transparencia, por el trabajo conjunto entre los actores, por la regulación de los actores dentro del sistema en términos de controlar la depredación económica y al mismo tiempo lograr un sistema de salud que sea equitativo, efectivo y eficiente para todos.

Finalmente, se puede concluir de que cada persona que sufre enfermedades catastróficas y se encuentra en estado de vulnerabilidad muy grande, y a sabiendas que son los que tienen mayor interés en los cambios del sistema de salud Colombiano, necesita de la solidaridad de parte de familiares y del Estado, el cambio del sistema de salud se logra entre todos y es responsabilidad política de muchos congresistas que debería expedir leyes estatutarias más tajantes.



Además, aunque durante 20 años la Ley 100 de 1993 promulgó la universalidad, el sistema funcionó con un alto nivel de inequidad, debido a que el paquete básico de servicios del régimen contributivo contenía más servicios que el paquete del régimen subsidiado. Sin embargo, el primero de julio de 2012, con el Acuerdo 032, se logró la unificación del POS del régimen contributivo y subsidiado para todos los grupos de edad. Análogo a la crisis financiera de los hospitales, que ha sido la más mediática, están las historias de miles de personas que no acceden oportunamente a los servicios de salud requeridos. Así mismo, de acuerdo con el experto, se requiere una política de Estado de Salud, que se funde en un pacto sobre lo fundamental e involucre a las tres instancias: ejecutiva, legislativa y la Corte. “Desde alguna de las ramas es imposible hoy, por ello se requiere un pacto bajo una visión de Estado, para que sea sostenible en el tiempo. Por ejemplo, debemos interpretar como país de forma única la autonomía médica”.

En último lugar, la corte Constitucional hace referencia al Derecho a la Salud como un servicio público que a su vez concibe derechos prestacionales y derechos fundamentales, la Constitución le dice a la Ley como debe ser el acceso al sistema de salud, así como se debe realizar el cobro o como conseguir las prestaciones obligatorias en el tema tratante



REFERENCIAS

Caballenas, C. G. (2009). Diccionario Jurídico Elemental. Colombia. Heliasta.

Ministerio de Salud y Protección Social, Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud, 2015.

Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Recuperado de <https://www.adres.gov.co/Tr%C3%A1mites/Procesos-y-Procedimientos/ECAT/ECAT-Reclamaciones-Nuevas>

Sentencia T-094, Corte Constitucional, Expediente T-4091402 (20 de febrero de 2016).

Sentencia, T-261, Corte Constitucional, Expediente T- 5.894.762 (28 de abril de 2017).

Sentencia, C-459, Corte Constitucional, Expediente D-4910, (11 de mayo de 2004).

Sentencia T-760, Corte Constitucional, expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326 (31 de julio de 2008).

Sentencia, T-597, Corte Constitucional, Expediente T-21469 (15 de diciembre de 1993).

Congreso de Colombia, 15 de julio de 2005, Ley 972 de 2005.

Congreso de Colombia, Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015.

Congreso de Colombia, 23 de diciembre de 1993, Ley 100 de 1993.

Congreso de Colombia, 27 de diciembre, Ley 344, 1996.

Congreso de Colombia, 29 de enero de 2018, Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003, Ley 797, 2003).