

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA EN DECLARACION DE EMERGENCIA- Configuración

La Corte de manera general ha señalado que se configura una “inconstitucionalidad consecuencial” cuando en los casos de decretos con fuerza de ley, derivados ya sea de la declaratoria del estado de emergencia o del ejercicio de facultades extraordinarias, ha recaído un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre el decreto que declara el estado de emergencia o sobre la norma legal de autorizaciones extraordinarias

Referencia: expediente RE-157

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 126 de enero 21 de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de 2010.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las previstas en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 126 de enero 21 de 2010“ Por el cual se dictan disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”

I. ANTECEDENTES.

El veintidós (22) de enero de 2010 el Ministro del Interior y de Justicia remitió a la Corte Constitucional el Decreto 126 de 2010 para su revisión constitucional.

II. TEXTO DEL DECRETO REVISADO.

A continuación se transcribe el texto del decreto legislativo sometido a revisión:

“DECRETO 126 DE 2010

(enero 21)

Diario Oficial No. 47.599 de 21 de enero de 2010

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las contenidas en el artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 4975 de 2009;

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

Que, según la información recientemente aportada por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo –Afidro, se ha logrado evidenciar, por una parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía–FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades

oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios, circunstancias que atentan contra la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS poniendo en inminente peligro el goce efectivo del derecho a la salud de la población;

Que, de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del SGSSS y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

Que los hechos que sustentan la declaratoria de la emergencia social han desbordado, tanto la capacidad, como los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control –SIVC– del sector salud, razón por la cual se requiere adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, de recuperación de recursos y punitivas, con el fin de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales; así como también, fortalecer la atención al usuario, el control al precio y adquisición de medicamentos y las actividades de inspección, vigilancia y control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del SGSSS;

Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del SGSSS entre otros, en lo que se refiere a la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes ante el crecimiento inusitado de las graves situaciones que originaron esta crisis;

Que en desarrollo de la emergencia social es necesario adoptar disposiciones que propendan por el goce efectivo del derecho a la salud, el equitativo y adecuado manejo y flujo de los recursos del SGSSS; para lo cual es necesario adoptar medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de inspección, vigilancia y control del mismo,

Que, se requiere armonizar el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control – SIVC vigente para que la Superintendencia Nacional de Salud pueda constituirse como el eje integrador del mismo, con el fin de garantizar la prestación efectiva del servicio de salud y la preservación de los recursos del SGSSS;

Que, se requiere dotar a la Superintendencia Nacional de Salud de funciones jurisdiccionales

y administrativas y de facultades que le permitan adoptar acciones preventivas, inmediatas y correctivas para la protección efectiva del usuario, la prestación del servicio de salud, el goce del derecho fundamental a la salud, la continuidad en la prestación del servicio de salud y el goce del derecho fundamental a la salud, así como las que afectan o amenazan la viabilidad del SGSSS.

Que es necesario prevenir y corregir conductas desarrolladas por servidores públicos, particulares que administran recursos públicos y profesionales de la salud, que no corresponden con los principios y normas que orientan la prestación del servicio público de salud, tales como la destinación diferente de los recursos reservados para la salud, la pérdida o no ejecución de tales recursos en la prestación de los servicios de salud poniendo en riesgo la vida de las personas, el condicionamiento a la práctica o prescripción médica, la recepción de dádivas para prescribir determinados medicamentos o procedimientos, la negativa a prestar atención inicial de urgencias, entre otras;

Que tales prácticas ponen en grave riesgo la viabilidad y efectividad de la prestación del servicio público de salud y la vida y la salud de los habitantes del territorio nacional, afectando el bien jurídicamente protegido, por la ley penal, de la salud pública;

Que las prácticas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública;

Que se requiere orientar los ingresos provenientes de las multas por infracciones que afecten directamente el SGSSS a mejorar las labores de inspección, vigilancia y control, así como las de lucha contra la corrupción;

Que igualmente es necesario dictar disposiciones relacionadas con el régimen de control de los precios de los medicamentos y dispositivos médicos, para propender porque los costos que enfrenta el sector sean consistentes con la viabilidad del SGSSS y se eviten abusos frente al mismo;

Que, teniendo en cuenta lo anterior, las medidas extraordinarias a adoptar resultan necesarias para la protección del goce efectivo del derecho a la salud, a través de los

mecanismos legales descritos, en la medida en que le permite a las entidades competentes frenar los abusos detectados y ejercer un papel de control eficaz al contar con los instrumentos jurídicos sólidos e idóneos para ello.

DECRETA:

CAPÍTULO I.

SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.

ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. Los procedimientos, órdenes e instrucciones de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de inspección, vigilancia y control serán de obligatoria aplicación por parte de las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud o cualquiera que sea su denominación en los departamentos, municipios y Distritos en relación con las competencias de inspección, vigilancia y control asignadas a éstas, dónde actúen en forma concurrente con la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin perjuicio de las atribuciones de las Entidades Territoriales, los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud, por orden expresa de esta, podrán ser sujetos de acciones de inspección y vigilancia por parte de las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud o cualquiera que fuera su denominación de los departamentos, municipios y Distritos en los casos en los cuales tenga competencia dentro de su respectiva jurisdicción.

Las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud o cualquiera que fuera su denominación de los Departamentos, Municipios y Distritos presentarán en los plazos que la Superintendencia le otorgue, los informes sobre el desarrollo de las órdenes impartidas. Igualmente rendirán cuentas de las actividades de inspección, vigilancia y control que en desarrollo de sus facultades realicen a sus vigilados.

El incumplimiento de estas actividades por parte de las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud o cualquiera que sea su denominación de los departamentos, municipios y Distritos, dará lugar a las multas establecidas en el presente decreto y en caso de reincidencia dará lugar a la intervención técnica y administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 2o. SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud establecerá, en uso de sus facultades de instrucción, los parámetros que deben tener en cuenta sus vigilados en la implementación de un sistema de administración del riesgo para la identificación, prevención y reporte de eventos sospechosos de corrupción y fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 3o. ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA EL REPORTE DE EVENTOS SOSPECHOSOS DE CORRUPCIÓN Y FRAUDE. La administración del sistema de información para el reporte de eventos sospechosos de corrupción y fraude estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, y tendrá por objetivo detectar e informar prácticas asociadas con la corrupción y con el fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud reportarán los eventos sospechosos de corrupción y fraude al Administrador del Sistema de Información. El administrador centralizará, sistematizará y analizará la información proveniente de dicho reporte y en cumplimiento de su objetivo, comunicará a las autoridades competentes y al Tribunal Nacional de Ética Médica la información pertinente.

ARTÍCULO 4o. INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA. La Superintendencia Nacional de Salud, sin perjuicio de las facultades vigentes, podrá mediante acto administrativo debidamente motivado, ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación, administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, las Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud cualquiera sea la denominación que le otorgue el ente territorial en los términos de la ley y los reglamentos, cuando sin justificación no paguen sus obligaciones o no transfieran los recursos dentro de los plazos establecidos en la normatividad vigentes. Igual medida se aplicará cuando las citadas entidades inviertan o utilicen los recursos de la salud en forma no prevista en la ley.

Esta facultad también se ejercerá cuando la Superintendencia Nacional de Salud detecte que

sus vigilados no garantizan la red de prestadores de servicios de salud por niveles de complejidad, no cumplen con el suministro de actividades, intervenciones y procedimientos contenidos en el POS o haya renuencia en el envío de la información solicitada por la Superintendencia Nacional de Salud, por el Ministerio de la Protección Social o por la cuenta de Alto Costo.

Cuando las entidades territoriales se encuentren adelantando procesos de salvamento ante la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda establecidos en el Decreto 028 de 2008 o en las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, únicamente procederá la intervención técnica y administrativa de la Superintendencia Nacional de Salud cuando exista la solicitud escrita de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las facultades previstas en el presente artículo podrán ser de aplicación inmediata, sin perjuicio de continuar el proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

ARTÍCULO 5o. ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Modifíquese el párrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 y adiciónese el Párrafo 1o en los siguientes términos:

“Párrafo 1o. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato, orden previa ni exigencia de pago previo o la suscripción de cualquier título valor que garantice el pago.

Las EPS en relación con sus afiliados o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar el pago de servicios a las IPS públicas o privadas, cuando estén causados por este servicio, aún sin que medie contrato.

Si la desatención es causa directa de la muerte del paciente y es responsabilidad de la Entidad, la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar la entidad causante de la desatención.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y

dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.”

ARTÍCULO 6o. CESACIÓN PROVISIONAL. El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar a la entidad competente, la cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida de los pacientes o los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

En caso de peligro grave e inminente de la salud de las personas o de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud podrán adoptarse las medidas cautelares a que se refiere el inciso anterior sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes de haberse conocido el hecho por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

ARTÍCULO 7o. ATENCIÓN AL USUARIO. Las entidades administradoras de planes de beneficio en cumplimiento del servicio público de Seguridad Social en Salud deberán tramitar y resolver las quejas, reclamos y peticiones de sus afiliados en un plazo no superior a quince (15) días calendario a través de las oficinas de atención al usuario que se organicen para tal efecto.

En dicho término, se podrán practicar y ordenar las pruebas solicitadas por el afiliado o las que se requieran para decidir en un plazo de cinco (5) días calendario, durante el cual no se podrá suspender el plazo establecido para resolver.

En el caso que la respuesta a la queja, reclamo o petición sea negativa, el usuario podrá solicitar el pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual deberá resolver en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, término durante el cual se podrán practicar y ordenar las pruebas que se requieran, y, como resultado, se podrá ordenar la suspensión de práctica, así como imponer las sanciones a que haya lugar, según el caso.

Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad del usuario de recurrir directamente a la Superintendencia Nacional de Salud.

Las actuaciones a las que se refiere el presente artículo podrán realizarse directamente por

parte del usuario.

ARTÍCULO 8o. MEDIDAS CAUTELARES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Adicionar un nuevo párrafo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 así:

“Párrafo 3o. La Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del sistema de Seguridad Social en Salud y podrá suspender la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere, mientras se surte el mismo en los términos establecidos en la ley.

En desarrollo de esta competencia podrá ordenar a la entidad competente que se realicen en forma inmediata los procedimientos, actividades e intervenciones de salud cuando su negativa por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios, pongan en riesgo o amenacen la vida del usuario. De igual manera, podrá definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de multiafiliación y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El funcionario en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del organismo técnico científico, según sea el caso.

CAPÍTULO II.

PRECIOS DE LOS MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS.

ARTÍCULO 9o. COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS- CNPMD-. La Comisión Nacional de precios de Medicamentos -CNPMD- creada por la Ley 100 de 1993, se denominará en adelante Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- y será el órgano de formulación de la política de precios de medicamentos y de dispositivos médicos.

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio del deber de reporte de información, los actores de las cadenas de comercialización de medicamentos y de dispositivos médicos, deberán suministrar la

información particular sobre precios, márgenes y canales de comercialización que requiera la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- o el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para el desarrollo de sus funciones de seguimiento y control. La información reportada, relativa a secretos empresariales u otra respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad tendrá carácter reservado frente a terceros y solamente podrá ser conocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como entidad de control de precios y por las demás autoridades de control y vigilancia, para el ejercicio de sus funciones. La revelación en todo o en parte de la información que tenga carácter reservado constituirá falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

PARÁGRAFO 2o. Además de la política especial de precios común a todos los medicamentos y dispositivos médicos, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- podrá establecer políticas particulares o individuales aplicables a una cadena en particular o a uno o varios de sus eslabones, así como para aquellos medicamentos o dispositivos médicos que, de acuerdo con los criterios establecidos en la política general, deban ingresar en un régimen particular de control de precios.

ARTÍCULO 10. CLASIFICACIONES RELEVANTES. Para el ejercicio de la política de control de precios, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- establecerá mediante circular y modificará cuando sea pertinente, las clasificaciones anatómicas, terapéuticas, químicas relevantes -CR- para la política de precios de medicamentos, con base en la información que le sea suministrada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA, quien podrá tomar como referente la Clasificación Internacional ATC (Sistema de Clasificación Anatómica Terapéutica Química).

Los productos incluidos dentro de la misma Clasificación Relevante -CR- deberán ser sustitutos entre sí teniendo en cuenta criterios anatómicos, farmacológicos, terapéuticos y químicos. Se presume que un medicamento no tiene sustitutos o competidores en el mercado cuando su composición química se encuentre amparada por una patente, cuando la información no divulgada de dichos productos se encuentre protegida en los términos del Decreto 2085 de 2002 o, en todo caso, cuando sea el único que contenga determinados principios activos.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMD– podrá fijar los precios y los márgenes máximos de comercialización de los medicamentos en términos de presentación o forma farmacéutica o en precio por unidad de medida, de conformidad con las medidas comúnmente utilizadas para el tipo de medicamento de que se trate.

ARTÍCULO 11. RÉGIMEN DE CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El régimen de control de precios de medicamentos continúa siendo un régimen especial de control de precios. Por medio del presente decreto se extiende dicha facultad a los precios de los dispositivos médicos. En tal virtud, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMD– podrá ampliar, modificar o complementar la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos, en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 12. MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN. En ejercicio de sus funciones, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMD– podrá fijar los márgenes máximos de comercialización admitidos para la comercialización de medicamentos o de dispositivos médicos, los cuales serán de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades y agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS– como para los demás actores de la cadena. Para tal efecto, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMD– podrá fijar un margen general aplicable a todos los medicamentos y dispositivos médicos, así como márgenes especiales para determinados medicamentos o dispositivos médicos o grupos de ellos, en función de las particularidades de su comercialización. De igual forma, podrá fijar márgenes máximos entre un eslabón y otro, si lo considera necesario para el ejercicio del control que le ha sido asignado.

PARÁGRAFO 1o. En todo caso, de detectar, de oficio o por información de terceros, posibles abusos en los márgenes de comercialización o en algunos de ellos, la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos –CNPMD–, pedirá al actor o actores de la cadena en cuestión que demuestren, mediante estudios de costos, la racionalidad de tal exceso. De no demostrarse tal racionalidad, la CNPMD establecerá el margen o los márgenes máximos aplicables en la cadena o en el eslabón de que se trate, de conformidad con la información comprobable que le haya sido aportada, y el actor o actores correspondientes deberán reducir sus márgenes a los que hayan sido señalados por la CNPMD.

PARÁGRAFO 2o. El incumplimiento de las disposiciones sobre márgenes de comercialización de medicamentos y dispositivos médicos, acarreará las sanciones previstas en este decreto.

ARTÍCULO 13. DEBER DE REPORTAR PRECIOS. Sin excepción, todas las entidades y agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- que compren o vendan medicamentos y dispositivos médicos, así como aquellos actores de las cadenas de comercialización de bienes y servicios de la salud deberán, a solicitud de la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD-, reportar la información al Sistema de Información de precios de Medicamentos -SISMED-, así como la información comercial de compra y venta de medicamentos y dispositivos médicos que señale la citada Comisión.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD-, en los casos en los que se detecten abusos que obliguen a los usuarios a adquirir innecesariamente mayores cantidades del producto, podrá determinar que los productores o importadores ajusten las presentaciones y formas farmacéuticas a las dosis requeridas para un tratamiento completo o partes iguales del mismo. La Sala Especializada de Medicamentos de la Comisión Revisora del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA-, definirá las presentaciones comerciales en cuanto a formas farmacéuticas y número de unidades que correspondan a los tratamientos completos de medicamentos de acuerdo con la prescripción del médico tratante.

ARTÍCULO 14. SISTEMA DE INFORMACIÓN DE MEDICAMENTOS -SISMED-. De la información recopilada a través del Sistema SISMED, se procesará y dará a conocer al público, como mínimo, aquella correspondiente a: precios mínimos y máximos reportados, el promedio de los precios reportados, la mediana de los precios reportados y el total de las unidades vendidas por cada medicamento o insumo médico, en cada eslabón de la cadena de comercialización.

ARTÍCULO 15. PRECIOS DE ADQUISICIÓN DE LOS MEDICAMENTOS Y DE LOS DISPOSITIVOS MÉDICOS POR PARTE DE LAS ENTIDADES Y AGENTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -SGSSS-. Las entidades y agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud que tengan la obligación de adquirir medicamentos o dispositivos médicos, no podrán adquirirlos por encima de los precios señalados por la Comisión Nacional de precios

de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- para aquellos productos que se encuentren incluidos en los regímenes de libertad regulada o de control directo. El agente que viole estas disposiciones será sancionado de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente decreto.

ARTÍCULO 16. FINANCIAMIENTO DE LA VIGILANCIA, EL SEGUIMIENTO Y EL CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. Con el objeto de apoyar las actividades de definición de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos, y su seguimiento, control y vigilancia, el Ministerio de la Protección Social suscribirá convenios con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para apoyar las labores de la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- y con la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los convenios se financiarán con recursos de las subcuentas de Compensación y Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud.

CAPITULO III.

PROCEDIMIENTO Y MULTAS.

ARTÍCULO 17. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ABREVIADO. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas a que se refiere el presente decreto realizando un proceso administrativo sancionatorio abreviado consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles, de la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de 30 días calendario y sancionará u ordenará el archivo de las actuaciones sancionatoria o de archivo en un plazo máximo de 30 días.

ARTÍCULO 18. CONDUCTAS SANCIONABLES. La Superintendencia Nacional de Salud impondrá multas en las cuantías señaladas en el presente decreto a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a Título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quién haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social

en Salud y de los monopolios rentísticos de suerte y azar y licores, cervezas, vinos, aperitivos y similares, en especial por incurrir en las siguientes conductas:

1. Violar la Ley 1098 de 2006.
2. Aplicar preexistencias a los afiliados por parte de la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo y subsidiado.
3. No realizar la atención inicial de urgencias.
4. Violar las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188 204, 210, 225 y 227 de la Ley 100 de 1993.
5. Poner en riesgo la vida de los sujetos de especial protección Constitucional como son maternas, menores de un año y los pacientes de la tercera edad.
6. No realizar las actividades en salud derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional, accidentes de tránsito y eventos catastróficos,
7. Impedir o atentar en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, por parte del empleador y en general por cualquier persona natural o jurídica.
8. Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Evadir, eludir o no realizar oportunamente el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los empleadores, contratistas, entidades que realizan afiliaciones colectivas o trabajadores independientes.
10. Incumplir con las normas de afiliación por parte de los empleadores, contratistas, entidades que realizan afiliaciones colectivas o trabajadores independientes.
11. Incumplir las normas que regulan el monopolio rentístico de licores, cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares y del monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.

12. Incumplir la Ley 972 de 2005.

13. No reportar la información solicitada por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Ministerio de la Protección Social, según las denuncias por este efectuadas.

14. Violar cualquiera de las disposiciones de atención al usuario por parte de las entidades administradores de planes de beneficios, por las instituciones prestadoras de servicios y por las entidades territoriales cuando presten servicios de salud.

15. Obstruir las investigaciones y el incumplimiento de las obligaciones que deben informar los vigilados.

PARÁGRAFO. De conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, el pago de las multas que se impongan a Título personal debe hacerse con recursos de su propio peculio, y en consecuencia no se puede imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen.

ARTÍCULO 19. CONDUCTAS SANCIONABLES POR VIOLACIONES AL RÉGIMEN ESPECIAL O GENERAL APLICABLE AL CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. La Superintendencia de Industria y Comercio impondrá multas en las cuantías señaladas en el presente decreto a cualquiera de las entidades y agentes del SGSSS o de los actores de la cadena de comercialización y producción de medicamentos y dispositivos médicos, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen especial o el general aplicables al control de precios, incluidas la omisión, renuencia o en cualquier forma de evasión o de elusión en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente conforme a la política fijada por la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos-CNPMD-, o que sea solicitada de manera específica, para efectos del ejercicio de la política de precios por parte de la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- o del seguimiento y control de la misma por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o si la misma resulta incompleta, inexacta o inconsistente.

ARTÍCULO 20. VALOR DE LAS MULTAS. Las multas a imponer por las conductas sancionables previstas en el presente decreto a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, así como a Título

personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado serán:

1. En desarrollo del artículo 68 de la Ley 715 de 2001 las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado entre diez (10) y dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuyo monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la Resolución Sancionatoria.
2. Multas a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud hasta por una suma equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la Resolución Sancionatoria.

Cuando se encuentre que alguna Entidad Promotora de Salud aplique preexistencias a algún afiliado la Superintendencia Nacional de Salud podrá aplicar multas por el mayor valor que resulte de aplicar lo dispuesto en el presente artículo o hasta por dos veces el valor estimado del tratamiento de la enfermedad excluida. Cada vez que se reincida, se duplicará el valor de la multa.

Las multas podrán ser por el mayor valor que resulte de aplicar lo dispuesto en el presente artículo o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor cuando con ella se puso en riesgo la vida del paciente.

ARTÍCULO 21. MULTAS POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN ESPECIAL O GENERAL APLICABLE AL CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. La Superintendencia de Industria y Comercio realizará la vigilancia e impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 smlmv) a cualquiera de las entidades, agentes y actores de las cadenas de comercialización y producción de medicamentos y dispositivos médicos, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen especial o en

general aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos establecido en el presente decreto. Las multas podrán imponerse diariamente, de persistir la conducta infractora y hasta tanto esta sea suspendida.

Las multas podrán corresponder al mayor valor que resulte de aplicar lo dispuesto en el inciso precedente o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

ARTÍCULO 22. GRADUACIÓN DE LAS MULTAS. Para efectos de graduar las multas, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate.
2. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.
3. La colaboración con la investigación por parte de los procesados.
4. El patrimonio del infractor.
5. La persistencia en la conducta infractora.
6. La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos; o de los arbitrios rentísticos, monopolios de licores, suerte y azar, cervezas, sifones, vinos aperitivos y similares o con el incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes impartidas por el Gobierno Nacional, por las autoridades de inspección, vigilancia y control o por la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- o por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en ejercicio de sus funciones de seguimiento y control de la política fijada por la Comisión Nacional de precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD-.

ARTÍCULO 23. DESTINO DE LAS MULTAS. Las multas que imponga la Superintendencia Nacional de Salud en el ejercicio de sus funciones serán giradas al Fondo Anticorrupción del Sector Salud a que se refiere el presente decreto. Las multas que imponga la

Superintendencia de Industria y Comercio le pertenecen a dicha entidad.

CAPITULO IV.

DISPOSICIONES EN MATERIA DISCIPLINARIA.

ARTÍCULO 24. PROCEDIMIENTO. Adiciónase el artículo 175A al Capítulo I del Título XI del Libro IV de la Ley 734 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 175A. También se adelantarán por el procedimiento verbal previsto en el artículo anterior los procesos disciplinarios por conductas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 25. FALTAS GRAVÍSIMAS EN EL SECTOR SALUD. Adiciónanse los párrafos 6o y 7o al artículo 48 del Título único del Libro II de la Ley 734 de 2002, los cuales quedarán:

PARÁGRAFO 6o. También incurrirán en falta gravísima las personas sujetas a esta ley que desvíen u obstaculicen el uso de los recursos destinados para el Sistema General de Seguridad Social en Salud o el pago de los bienes o servicios financiados con estos.

PARÁGRAFO 7o. También incurrirán en falta gravísima los servidores públicos investidos de facultades de policía judicial que se nieguen a declarar en un proceso en el cual se investigue o juzgue un evento de corrupción o fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 26. RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO Y DE LOS COMITÉS TÉCNICOS DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. Para todos los efectos, los integrantes del Comité Técnico Científico y de los comités técnicos de prestaciones excepcionales en salud, se consideran como particulares que prestan un servicio público de Seguridad Social en Salud en todo lo concerniente a la autorización de servicios o medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo o las prestaciones excepcionales en salud. Por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que señala la ley para los servidores públicos.

POR EL CUAL SE MODIFICA Y ADICIONA EL CÓDIGO PENAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES QUE ADMINISTRAN RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -SGSSS. Para efectos penales, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 20 del Código Penal, también se considerarán como particulares que ejercen funciones públicas, aquellas personas que administren recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo lo relacionado con dichos recursos.

ARTÍCULO 28. OMISIÓN EN LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Adiciónase el artículo 131-A al Capítulo VII del Título I del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 131-A. Omisión en la Atención Inicial de Urgencias. El que teniendo la capacidad institucional y administrativa para prestar el servicio de atención inicial de urgencias y sin justa causa niegue la atención inicial de urgencias a otra persona que se encuentre en grave peligro, incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad si el paciente que requiere la atención es menor de doce (12) o mayor de sesenta y cinco (65) años.

Si como consecuencia de la negativa a prestar la atención de urgencias deviene la muerte del paciente, la pena será de prisión de setenta (70) a ciento veinte (120) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

ARTÍCULO 29. ESTAFA. Adiciónase el numeral 5 del artículo 247 de la Ley 599 de 2000:

“5. La conducta tenga por objeto defraudar al Sistema General de Seguridad Social en Salud”

ARTÍCULO 30. ESPECULACIÓN. Adiciónase el artículo 298-A al Capítulo I del Título X del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 298-A. Circunstancia de Agravación Punitiva. El que ponga en venta medicamento o dispositivo médico a precios superiores a los fijados por autoridad competente, incurrirá en pena de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses de prisión y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 31. AGIOTAJE CON MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. Adiciónase el

artículo 301-A al Capítulo I del Título X del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 301 A. Circunstancia de Agravación Punitiva. Cuando la conducta punible señalada en el artículo anterior se cometa sobre medicamentos o dispositivos médicos, la pena será de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses de prisión y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 32. CONTRABANDO DE MEDICAMENTOS. Adiciónase el artículo 319-2 al Capítulo IV del Título X del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 319-2. Contrabando de Medicamento, Dispositivo, Suministro o Insumo Médico. La pena será de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes si el delito descrito en el artículo anterior se cometiere sobre medicamento, dispositivo, suministro o insumo médico.

ARTÍCULO 33. VENTA FRAUDULENTE DE MEDICAMENTOS. Adiciónanse los artículos 374-A al Capítulo I del Título XIII del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 374-A. Venta fraudulenta de medicamentos. El que con el objeto de obtener un provecho para sí o para un tercero, venda un medicamento que le haya sido entregado para su atención por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho (48) meses y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 34. PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE FRENTE A RECURSOS DE LA SALUD. Adiciónase los artículos 399-A y 400-A al Capítulo I del Título XV del Libro II de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 399-A. Circunstancia de Agravación Punitiva. La pena será de prisión de cincuenta (50) a ciento veinte (120) meses, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la salud.

Artículo 400-A. Circunstancia de Agravación Punitiva. Las penas previstas en el artículo 400 de la Ley 599 de 2000 serán de cincuenta (50) a ciento veinte (120) meses cuando se cometan frente a bienes del sector de la salud.

ARTÍCULO 35. FONDO ANTICORRUPCIÓN DEL SECTOR SALUD. Créase el Fondo Anticorrupción del Sector Salud como un fondo especial de la Superintendencia Nacional de Salud.

El Fondo Anticorrupción del Sector Salud estará financiado con las multas que imponga la Superintendencia Nacional de Salud, los aportes que se le asignen en el Presupuesto General de la Nación, las donaciones, los recursos provenientes de cooperación internacional, las inversiones que se efectúen y los demás ingresos que de acuerdo con la ley esté habilitado para recibir.

Dentro de los 15 días siguientes a la expedición del presente decreto el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud-Fosyga- y la Dirección de Crédito Público y del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferirán al Fondo Anticorrupción del Sector Salud las multas impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud recaudadas en los años 2008 y 2009.

El objeto del Fondo será financiar los gastos necesarios para el fortalecimiento de la facultad de inspección, vigilancia y control y para la puesta en marcha, operación y administración del sistema de información para el reporte de eventos sospechosos de corrupción y fraude a que se refiere el presente decreto.

La Superintendencia Nacional de Salud podrá, con cargo a los recursos del Fondo Anticorrupción del Sector Salud, realizar convenios con la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación tendientes a fortalecer la lucha contra la corrupción y el Tribunal de Ética Médica.

A través de este Fondo se harán las devoluciones de multas de acuerdo con las decisiones judiciales.

ARTÍCULO 36. MODIFICACIÓN DE MULTAS. Modifíquese en lo relativo a las multas las Leyes 90 de 1979, 15 del 1989, 10 de 1990, 100 de 1993, 643 de 2001, 715 de 2001, 828 de 2003, 972 de 2005, 1098 de 2006, 1122 de 2007 y las demás que las modifiquen o adicionen.

ARTÍCULO 37. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su

publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 21 de enero de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

El Ministro del Interior y de Justicia,

FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Defensa Nacional,

GABRIEL SILVA LUJÁN.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS DARÍO FERNÁNDEZ ACOSTA.

El Ministro de la Protección Social,

DIEGO PALACIO BETANCOURT.

El Ministro de Minas y Energía,

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES.

El Viceministro de Comercio Exterior, Encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comercio, Exterior,

GABRIEL DUQUE MILDENBERG.

La Ministra de Educación Nacional,

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

CARLOS COSTA POSADA.

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA.

ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO.

La Viceministra de Cultura Encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra de Cultura,

MARÍA CLAUDIA LÓPEZ SORZANO.”

III. INTERVENCIONES.

Dentro del proceso de revisión constitucional se registraron las siguientes intervenciones:

A. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad del Decreto 126 del 21 de enero de 2010.

a) La Superintendencia Nacional de Salud. Para la Superintendencia el sistema de inspección, vigilancia y control establecido en la Ley 1122 de 2007, no resulta suficiente para evitar la corrupción del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los hechos que sustentan la declaratoria de emergencia social superaron la capacidad y los mecanismos preventivos sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de que actualmente dispone el Sistema de IVC (inspección, vigilancia y control) del sector salud, lo cual justifica adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, de recuperación de recursos y punitivos con el objeto de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas e ilegales; así como para fortalecer la atención a los usuarios. En ese orden, la Superintendencia de Salud,

solicita declarar exequible el decreto 126 de 2010.

b) El ciudadano Miguel Andrés Araque Marín, solicita se declare exequible el decreto 126 de 2010, siempre que se condicione a que los márgenes de comercialización de medicamentos y dispositivos médicos se establezcan de manera obligatoria y, no sólo a partir de los precios de comercialización de los productos, sino de los precios reales, teniendo en cuenta que en el mercado de los medicamentos y dispositivos los descuentos que operan son del 30 al 60 %.

c) La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-, solicita la declaratoria de exequibilidad de los artículos 1, 2, 3, 5, 7 y 9 al 16 del Decreto 126 de 2010. De otra parte, la inexecutable de los artículos 4, 18, 20, 21 y 27 al 34.

En relación con los artículos 1, 2 y 3 del decreto 126 de 2010 señala ACEMI que cumplen con los criterios de conexidad directa y específica entre la materia a que se refieren los decretos legislativos y la situación que determinó la declaratoria del estado de excepción. Los hechos que motivaron el decreto 4975 de 2010 desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos sacionatorios, de vigilancia y control del sector de salud, necesarios para el goce eficaz del derecho a la salud. De acuerdo con información aportada por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo -AFIDRO-, para algunos medicamentos el valor de recobro del FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio. De esta manera, las funciones de inspección y vigilancia permitirán que los recursos del Sistema no se desvíen para fines diferentes.

En relación con la solicitud de inexecutable de la artículo 4º del Decreto, señalan que la medida de intervención forzosa por parte de la Superintendencia de Salud para administrar o liquidar entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación, administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, EPS, IPS, para conjurar la crisis por el inadecuado manejo de los recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud resulta inadecuada y sobrepasa la finalidad de la emergencia, en la tanto la norma no precisa las causales que dan lugar a la intervención forzosa, las cuales quedan al arbitrio e interpretación de los interesados, es decir, no se establecen parámetros mínimos para una aplicación objetiva de la medida con lo cual se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política.

En cuanto al artículo 6º se manifiesta que este artículo habilita a la Superintendencia para

ordenar la cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida de los pacientes o los recursos del Sistema, sin antes oír a la parte contraria. Al respecto, sostiene la Asociación que no existe en relación con la declaratoria de emergencia ningún argumento que justifique y soporte una medida que implique restricción al derecho de defensa, por tanto solicita su inexecuibilidad.

De otra parte, considera ACEMI, que los artículos 5 y 7 del Decreto 126 de 2010 son constitucionales al consagrar la obligación de las instituciones públicas y privadas que presten servicios de salud, de prestar la atención inicial de urgencias a todas las personas independientemente de su capacidad de pago, así como la obligación de resolver quejas y peticiones perentorio y no superior a 15 días hábiles. De la misma forma estima la Asociación que los artículos 9 al 16 cumplen con el test de constitucionalidad y que se hace necesario establecer un control a los precios de los medicamentos y dispositivos médicos, los márgenes de comercialización y el deber de reportar precios por parte de las entidades y agentes del Sistema de Seguridad Social en salud. Este tipo de control de márgenes, bajo un criterio de costo - efectividad resultan útiles si se manejan de manera general por parte de todos los que participan de la cadena, evitando conductas abusivas y corrupción, asegurando el efectivo y adecuado uso de los recursos.

A propósito de los artículos 18, 20 y 21 del capítulo de procedimientos y multas, considera la Asociación que no cumplen con el criterio de finalidad, que tiene que ver con mejorar la aplicación de los recursos del Sistema, pues la imposición de multas excesivas no consulta criterios de dosimetría y dosificación de la sanción, y resultan inocuas para conjurar la presente crisis. Al respecto, anotan que sin necesidad de estas medidas, las multas se han incrementado al punto que, la Superintendencia pasó de imponer multas en el 2008 por valor de 7.793 millones de pesos a 43.353 millones de pesos. Adicionalmente, las conductas sancionables resultan indeterminadas y abstractas, lo cual vulnera el principio de legalidad. De otra parte, las conductas a sancionar no tienen entidad tal que puedan dar lugar a una calamidad pública.

En lo que dice relación a la constitucionalidad de los artículos 27 al 34 se señala que la creación de tipos penales o su modificación exige una revisión especial. Según la sentencia C-224 de 2009 se contempla la posibilidad de dar ordenes de carácter penal a efectos de que el estado de emergencia pueda responder de manera oportuna e idónea a la amenaza o

perturbación grave del orden económico y social. En este caso, el legislador extraordinario cuando hace uso de la facultad punitiva en un estado de emergencia social, está sujeto a unos precisos límites: i) Juicio de restricción material; ii) juicio de finalidad, iii) juicio de necesidad; iv) Juicio de estricta racionalidad y proporcionalidad.

En el caso concreto, mientras el bien jurídicamente tutelado en virtud de la emergencia es el orden social, los delitos tipificados protegen bienes jurídicos diferentes de acuerdo con su ubicación en el Código Penal (Ley 599 de 2000):

TIPO PENAL

BIEN JURIDICO TUTELADO

Omisión en la atención inicial de urgencias

La vida e integridad personal

Estafa

Buena fe

Especulación

Orden económico social

Agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos

Orden económico y social

Contrabando de medicamentos

Orden económico y social

Venta fraudulenta de medicamentos

Salud Pública

Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de salud

Administración pública

Los tipos penales son descritos de manera abstracta y no satisfacen el juicio de necesidad. El derecho penal es la última ratio y, en el caso concreto, existen otros tipos penales que resultan idóneos para la finalidad de conjurar la crisis:

TIPO PENAL consagrado en el decreto 126 de 2010

TIPO PENAL EXISTENTE EN EL CÓDIGO PENAL. (LEY 599 DE 2000)

Omisión en la atención inicial de urgencias

Omisión de socorro (art. 131) y Omisión impropia (art.25)

Estafa (art. 246)

Especulación

Especulación (art.298)

Agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos

Agiotaje (art.301)

Contrabando de medicamentos

Contrabando (art.319)

Venta fraudulenta de medicamentos

Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud. (art. 374)

Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de salud

Peculado por aplicación oficial diferente (art. 399) y peculado culposo (art. 400)

B. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 126 de 2010.

a) La ciudadana Karen Delgado Corredor, solicitó a esta Corporación declarar la

inexequibilidad de la norma objeto de control, al considerar que las disposiciones establecidas en el Decreto 126 de 2010, relativas a la modificación de disposiciones del Código Penal, van en contra de la Reserva de Ley establecida por la Constitución. Siendo esto así, establece que el Presidente de la República, no puede por vía de facultades extraordinarias invadir la órbita propia de la reserva de ley.

Considera igualmente, que la creación de tipos penales y sanciones ético disciplinarias a los médicos y odontólogos, establecidas por el Decreto 126 de 2010, violan el Principio de finalidad consagrado en la Ley 137 de 1994, ya que no se dirigen a conjurar las causas de la perturbación, ni van encaminadas a impedir la extensión de sus efectos. La expedición de las normas en las que se tipifican conductas como delitos o se modifican tipos penales, no tienen una estrecha y necesaria relación con los fundamentos esgrimidos en el Decreto mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social.

b) Los representantes de los pensionados agrupados en el Comité de Acción Unitaria de los Pensionados y Ex Trabajadores de las Comunicaciones CAUPEC, solicitan se exoneren a los pensionados de la cofinanciación de las prestaciones excepcionales de salud, establecidas en los Decretos relativos a la declaratoria de la Emergencia Social. Así mismo, solicitan que el POS no solo se mantenga con los servicios y medicamentos existentes, sino que los mejoren en calidad y efectividad.

Argumentan los intervinientes que el Estado de Emergencia Social, lo declaró el gobierno como consecuencia de la situación económica del Sistema General de Seguridad en Salud, porque le faltó planeación en la configuración del presupuesto y el Plan de Desarrollo Nacional, así como en los mecanismos de control y vigilancia.

Así mismo plantean que, las soluciones económicas establecidas en los Decretos de Emergencia Social afectan los principios sociales y democráticos; temas como la obligatoriedad de financiar la salud con las cesantías o con los créditos especiales van en contra de los derechos fundamentales como la salud.

c) El ciudadano Heliodoro Guerrero, aduce que es pensionado desde 1983, recibe una mesada pensional de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. De esta mesada tiene que pagar los servicios públicos y demás gastos para satisfacer sus necesidades básicas. De tal forma que a duras penas alcanza a vivir dignamente. Siendo esto así arguye

el ciudadano, las medidas adoptadas por los decretos de emergencia social imponen obligaciones injustas para los pensionados, medidas que incluso llegarían a vulnerar el mínimo vital de quienes se encuentran en su misma situación. Por lo tanto considera que se debe declarar inexecutable el decreto 126 de 2010.

d) La ciudadana Nidia Gutiérrez manifiesta su inconformidad con el Decreto 126 de 2010 aduciendo que es un decreto que atenta contra el patrimonio de las personas al establecer que el paciente debe destinar sus cesantías para cubrir los tratamientos que pasan de ciertos costos y que se requieran. Atenta contra los derechos fundamentales a la vida y a la salud. Por lo tanto solicita se declare inconstitucional.

e) La ciudadana Rocío Giraldo Pinilla solicita declarar la inconstitucionalidad de los Decretos expedidos con ocasión de la declaratoria de Emergencia Social, al considerar que son arbitrarios con las cesantías de los usuarios. Considera que son Decretos que atentan contra el derecho fundamental a la vida, ya que la persona que no tenga dinero no podrá recibir los servicios de salud que requiera.

Así mismo, aduce la interviniente que si antes era difícil que a un paciente le ordenaran un examen o un tratamiento, como será ahora que los médicos no tienen la autonomía profesional para recetar los medicamentos y tratamientos que requieren los pacientes, ya que pueden ser objeto de multas por incumplir las normas establecidas en estos Decretos. Por los anteriores argumentos solicita se declare la inconstitucionalidad de este y todos los decreto proferidos con ocasión de la emergencia social.

f) El ciudadano Andrés De Zubiria Samper manifiesta su inconformidad con el Decreto Legislativo 126 de 2010, especialmente considera que los artículos 1, 6, 8 y 10 del citado decreto vulneran los artículos 1, 116, y 287 de la Constitución. Argumenta que el citado decreto vulnera los principios constitucionales de la descentralización y autonomía de los entes territoriales. En efecto, aduce el interviniente que el artículo 10 del Decreto 126 de 2010 establece el carácter obligatorio de los procedimientos, órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud, a las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud, en los Departamentos Municipios y Distritos. Norma esta que contraria la capacidad de autogobierno y autoadministración de las entidades descentralizadas territorialmente, facultades que se consagran en los artículos 1 y 287 de la Constitución.

Así mismo, considera el interviniente, que la facultad que se le otorga a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 6 del citado Decreto, de ordenar a la entidad competente, la cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida de los pacientes o los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, va en contra de la descentralización administrativa y de la autonomía de las entidades territoriales.

Por otro lado, establece el interviniente que el artículo 8 del precitado Decreto al establecer que “la Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud...” vulnera el artículo 116 Constitucional que establece de manera excepcional funciones judiciales en cabeza de las autoridades administrativas, ya que le está otorgando de manera permanente funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud.

g) El Centro de Investigaciones Para el Desarrollo de la facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, considera que los decretos expedidos con ocasión de la declaratoria de Emergencia Social son inconstitucionales, ya que los argumentos que sustentan la declaratoria de Emergencia Social son equivocados y las consecuencias de la aplicación de las medidas contempladas en estos decretos resultan nefastas para la garantía y protección de la salud de la población. Es así como se advierte que, el incremento en el gasto por parte del Estado en la prestación de los servicios de salud, no es un hecho que haya aparecido de forma intempestiva o sobreviniente, como debería serlo para declarar la emergencia social, sino que por el contrario, se trata de problemas estructurales del sistema, tanto de organización como de funcionamiento, anunciados desde hace ya largo tiempo.

Así mismo, establece que la falta de recursos en el sector salud, se debe a políticas públicas que han sido adoptadas desde hace ya varios años. Como por ejemplo, la decisión de disminuir los recursos a los entes territoriales, generada por las dos reformas consecutivas al sistema de transferencias, la primera en 2001 y la segunda en 2007. Por estas reformas se disminuyó en casi un 5% la proporción de los ingresos corrientes de la Nación dirigidos al gasto público en salud entre 1999 y 2007. Es así como, por este tipo de decisiones regresivas, se ha llegado a una grave situación en los ingresos en el sector salud, sobre todo frente a las entidades descentralizadas, situación esta que, ahora el Gobierno pretende solucionar generando mayores impuestos de carácter regresivo.

h) La Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, presenta un estudio relativo a la emergencia social y el Sistema General de Seguridad Social en Salud declarado mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009 con el fin de solicitar su inexecutable, así como la de todos los decretos legislativos proferidos con ocasión de aquella. Para el efecto sostienen que los problemas del Sistema de Seguridad Social en Salud son estructurales.

El primer aspecto se sustenta en que el modelo implementado por Colombia previsto como un espacio de transacciones económicas susceptible de ser administrado desde los principios de libre empresa: una población libre de escoger una amplia gama de servicios estatales y privados, un conjunto de instituciones administradoras de recursos y riesgos y un Estado regulador. La Ley 100 puso fin al subsidio a la oferta (transferencia directa de recursos a los hospitales públicos) e instaló un sistema de subsidio a la demanda a través de administradoras del aseguramiento que compiten en el mercado. Esto supone una racionalidad económica centrada en la rentabilidad del mercado de aseguramiento separando el régimen contributivo del subsidiado. Se pretendió contar para el año 2001 con una cobertura universal de aseguramiento de la población inscrita en el régimen contributivo del 70% y el 30% en el régimen subsidiado. No obstante, esta perspectiva no tuvo en cuenta los movimientos macroeconómicos en política económica y laboral, es decir, al recargar el esfuerzo en la capacidad contributiva se dejó expuesto el sistema a los ciclos de empleo-desempleo de la población trabajadora. El trabajo infantil en Colombia asciende al 58%, en tanto que el subempleo y el empleo temporal se mantienen en niveles no inferiores al 30% de la población trabajadora. El desempleo ha mostrado un aumento sostenido que llegó en diciembre de 2009 al 12,3% de la fuerza laboral urbana.

Esta falencia debió llevar a tomar medidas dirigidas a garantizar la estabilidad macroeconómica del Sistema, en cambio, se tomaron medidas pro cíclicas como desconocer las obligaciones con el “paripassu” y recorte de transferencias por vía de reforma constitucional. En 1999 las medidas restrictivas de carácter monetario el ritmo de ampliación de la cobertura del aseguramiento sufrió un fuerte estancamiento especialmente respecto del régimen contributivo que pasó del 30,2 % en el año 1999 al 30,5% en el año 2004. A ello se sumó la estrategia según la cual por un porcentaje de la UPC subsidiada se ofreció a la población pobre un paquete aún más reducido que el POS subsidiado pleno, con lo cual se profundizó la práctica discriminatoria de planes de beneficio, dando la falsa idea de

protección total y de universalidad, sin contar con que una amplia franja de la población se hallaba colada en el régimen subsidiado.

De otro lado se abrió paso el interés por ampliar y maximizar la rentabilidad de las EPS lo que estimulo la práctica de integración vertical. Sin tener en cuenta la capacidad instalada del país, estas instituciones organizaron su propia red de servicios de salud convirtiéndose a la vez en administradoras del aseguramiento y prestadoras de servicios. Tales condiciones distorsionaron el costo real del servicio recibido por el usuario y aumentaron la ineficiencia del sistema, lo cual fortaleció la posición de las aseguradoras sobre el resto de los actores, hecho que adicionalmente limitó la libre elección del usuario respecto de los prestadores.

Debe preguntarse el país si es cierto el supuesto de escasez de los recursos, hace años se cuestiona dónde están los dineros de salud y por qué son escasos, pero no se ha dado respuesta a ese interrogante. De otro lado, es cierto que el precio de los medicamentos, tecnologías y procedimientos son un asunto complejo que debe ser regulado con políticas serias dirigidas a proteger la producción de genéricos, controlar las patentes de segundo uso, evaluar la introducción de nuevas tecnologías, estos problemas devienen de mercados no regulados no de una ley natural.

Después de 16 años de reforma el sistema de información en salud mantiene grandes falencias. Las agencias del sistema recogen una gran cantidad de información que nadie procesa y no existe un mecanismo dirigido a utilizar las bases de datos de los RIPS que se recopilan más en cumplimiento de un requisito de facturación que en un instrumento de toma de decisiones. Las Agencias retienen información critica dándole un manejo confidencial, lo cual es reflejo del des interés del Gobierno en documentar evidencia que demuestre la eficiencia y resultado de gestión del Sistema.

De otro lado, el principio de eficiencia se ha centrado en la contención de costos, que demuestra la inutilidad de la intermediación y justifica la subcontratación, lo cual genera una cadena de “costos agregados” que no necesariamente se acompaña de un valor agregado. De otra parte, se ha establecido un hegemonía en el mercado, de manera que en el 2000 se detectó que en el 66% de los municipios el mercado de aseguramiento del régimen contributivo registraba una tendencia monopólica y en el 29% de los municipios dicho mercado se comportaba bajo tendencias oligopólicas; sólo el 5% de los municipios observó

un comportamiento competitivo de EPS del régimen contributivo, en términos empíricos en el 56% de los municipios del país se localiza para el régimen contributivo una EPS dominante, es decir, que controla más del 50% del mercado municipal, en tanto en el régimen subsidiado dicho porcentaje asciende al 74% de los municipios.

En tales condiciones es moralmente inaceptable y constitucionalmente controvertible soportar la declaratoria de una emergencia social en aspectos previsibles a través de una emergencia que profundiza la regresividad y viola el principio de progresividad, en tanto no se explicita el contenido del POS y se nivela por lo bajo, sin contar con que se retrocede en la descentralización de la gestión en salud y de recursos.

i) El ciudadano José Gregorio Hernández solicita declarar inexecutable los artículos 4, 6, 17, 18 numerales 11 y 13, 20, 22 y 36 del Decreto Legislativo 126 de 21 de enero de 2010.

Expone el ciudadano José Gregorio Hernández la hipótesis de la inconstitucionalidad por consecuencia, en el evento en que la Corte Constitucional declare inexecutable el Decreto 4975 de 2009, por el cual se declaró el estado de emergencia social, caso en el cual, el decreto que ocupa esta providencia, así como todos los proferidos con ocasión de aquel deben ser declarados inexecutables. Al respecto, anota que el carácter sobreviviente de los hechos que configuran la crisis económica, social y ecológica, o la grave calamidad pública, resulta esencial para entender que el Presidente de la República, mediante la sola declaración del Estado de Emergencia, queda automáticamente dotado de facultades extraordinarias.

Ahora bien, en caso de que el decreto 4975 de 2009 sea declarado executable, encuentra el interviniente que los artículos materia del Decreto 126 de 2010, no guardan relación directa con las causas de perturbación alegado en el decreto de declaratoria de emergencia, ya que se orientan a la estructura funcional de un organismo del Estado, cuya operación no tiene incidencia frente a ninguno de los motivos invocados por el Gobierno para asumir funciones legislativas. Con dichos artículos se persiguen finalidades relativas al curso habitual y permanente de la función de vigilancia de manera que: el procedimiento sancionatorio abreviado; la inclusión, en calidad de conductas sancionables, de hechos tan generales como el posible incumplimiento de normas que regulan el monopolio rentístico, o el no suministro de la información solicitada por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Ministerio de

la Protección Social; el señalamiento de multas frente a infracciones de la más variada naturaleza; la graduación de las multas y su destinación, son medidas perfectamente explicables dentro del sistema jurídico que regula la actuación de la Superintendencia, pero carecen de sustento en el estado de emergencia, con el cual no guardan relación directa, y menos exclusiva y específica, como lo exige la Constitución.

Las medidas contempladas no repercuten de manera directa en la solución de los problemas invocados, es decir, no tienen alcance para “conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos”, en razón a la generalidad de la regulación contenida en el Decreto 126 de 2010, con lo cual se invade la órbita del Congreso.

En últimas, es tal la generalidad de las disposiciones objeto de impugnación que se advierte en el conjunto del Decreto 126 de 2010 una clara pretensión de sustituir al Congreso en toda la extensión de la tarea que constitucionalmente le corresponde.

j. La Empresa Prestadora de Salud Servicio Occidental de Salud considera que los artículos 4, 5, 6 y 8 del Decreto Ley 126 de 2010 deben ser declarados inexecutable, en la medida que vulneran los derechos al honor, buen nombre y honra, debido proceso, la presunción de inocencia, la observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio, el derecho a la defensa y el principio del non bis in idem.

A juicio de la empresa la facultad para realizar una intervención forzosa administrativa o adoptar medidas cautelares sin adelantar de manera previa el proceso administrativo o un proceso por responsabilidad médica, vulnera el debido proceso y la presunción de inocencia.

Ello desconoce además que existe un procedimiento y jurisdicción que tiene a su cargo el conocimiento de las acciones por responsabilidad médica. La cesación provisional de acciones y la adopción de medidas cautelares son oír a la parte contraria contraría el derecho constitucional al derecho de defensa.

La superintendencia ejercería una doble función, por una parte la administrativa y de investigación y por otra la de juzgamiento, con lo cual se adjudica una competencia que viola la doble instancia y genera incertidumbre respecto del juez natural de estas causas.

k. El ciudadano Eduardo Montealegre Lynett, interviene a propósito del Decreto 126 de 2010, con el fin de solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1º de la citada

disposición, atendiendo para el efecto los criterios de finalidad, conexidad y proporcionalidad, señalados por la jurisprudencia en relación con la declaratoria de emergencia social:

a.) Delegación de competencias de la Superintendencia Nacional de Salud a las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud. Vicios en la delegación.

En la sentencia C-1150 de 2003, la Corte se refirió a las funciones de inspección, vigilancia y control que la Carta atribuye al Presidente (CP art. 189 ords. 21, 22 y 24). Ha dicho que pueden ser delegadas en otros entes estatales, definidos por la ley, como las Superintendencias, pues es imposible que todas esas atribuciones sean directamente ejercidas por el Presidente. Al tiempo la Corte ha determinado las implicaciones de la desconcentración y la delegación, de manera que las funciones del Presidente son ejercidas bajo una de las siguientes tres condiciones: (a) como Jefe de Estado; (b) como Jefe de Gobierno y (c) como Suprema Autoridad Administrativa. Esta clasificación tiene consecuencias directas respecto de las posibilidades de delegación y desconcentración, de manera que el Presidente ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control en su condición de Suprema Autoridad Administrativa, de manera que el Congreso puede crear instituciones a través de las cuales el Presidente puede ejercer dichas funciones, bien por vía de desconcentración, bien por vía de delegación.

Precisamente, la Ley 489 de 1998 indica las competencias del Presidente de la República que pueden ser objeto de delegación, entre las que se mencionan las de control y vigilancia. De otra parte, la sentencia C-372 de 2002 indica con claridad cuáles son los elementos de la delegación administrativa: 1. la finalidad de la delegación es diseñar para el cumplimiento de funciones propias de su empleo en aras del cumplimiento de la función administrativa, de allí que las restricciones impuestas a la delegación traten de evitar la concentración de poder en una autoridad y preservar la separación de funciones. 2. El objeto de la delegación. La delegación recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones a su cargo. 3. La autorización para delegar. Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados. Para la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Carta establece que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los funcionarios que señala el artículo. Esta norma dice también que las autoridades administrativas podrán ser delegantes, en las

condiciones que fije la ley.

Para efectos de la delegación se requiere: 1. De una ley que señale las funciones que se pueden delegar, siempre y cuando la naturaleza de la misma lo permita. 2. que las funciones delegadas estén asignadas al delegante. 3. un acto de delegación que la concrete. 4. que recaiga en los funcionarios y entes que menciona el artículo 211 de la Carta. La función delegada, al tenor de la misma norma, puede ser reasumida por el delegante. En cualquier momento. De esta manera las funciones que el Presidente ostenta como jefe de Estado, no se pueden delegar, mientras que las funciones que cumple como Jefe de la Administración, en principio, si se pueden delegar.

Expone el interviniente que la Superintendencia recibió sus competencias según delegación efectuada por el Presidente de la República, razón por la cual, la Superintendencia se encuentra impedida para delegar las competencias que le fueron delegadas, menos aún respecto de entidades territoriales. Explica el ciudadano que si bien pueden existir competencias concurrentes no es posible que las entidades territoriales actúen bajo imposición, esto es a partir de órdenes impartidas por la Superintendencia, como tampoco puede aceptarse el envío de informes a esta por las entidades territoriales en la medida que se constituye en una clara intromisión en asuntos territoriales. Con esta medida se exceden los propósitos de la emergencia y los postulados constitucionales, se aparta de las exigencias propias de la delegación y se afecta el debido proceso administrativo.

b. Violación del principio de autonomía territorial. La ley 489 de 1998, al retomar lo establecido por la Constitución Política, exige la celebración de convenios con las entidades territoriales a fin de dar claridad y proteger la autonomía territorial. La Carta es exigente en la defensa de tal autonomía y por ello para el reparto definitivo de competencias entre la nación y las entidades territoriales, ha diseñado mecanismos rigurosos, a través de trámites legislativos exigentes, como los propios de leyes orgánicas.

Dicha autonomía, se ve protegida en el evento de una delegación, si el traslado de competencias, previamente autorizado por el legislador resulta ser aceptado por la entidad territorial mediante la suscripción de un acuerdo. Eso explica que toda delegación de funciones entre entidades nacionales y territoriales, opere en virtud de un convenio en el que se definan los derechos de la delegante y de la delegataria y los recursos que fueren

necesarios para la función delegada, dentro del marco de las disposiciones presupuestales y de planificación, todo ello siempre que no se trate de un reparto definitivo de competencias, sino tan sólo temporal, ya que el reparto definitivo sólo puede darse a través de ley orgánica en los términos del artículo 151 Superior.

Según el artículo 189-22 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos, entre ellos la seguridad social en materia de salud, lo cual cumple a través de la Superintendencia de Salud, con absoluto ceñimiento a la ley. Para hacer efectivos tales propósitos se asigna a la Superintendencia, entre otras, la potestad sancionatoria con observancia de las reglas propias del debido proceso. Sin embargo, el artículo 1 del Decreto 126 de 2010 otorga a las entidades territoriales la competencia para actuar como órganos de inspección y vigilancia y les otorga la facultad de crear normas sobre procedimientos y acciones a seguir. Aunque la entidades territoriales tiene a su cargo la prestación efectiva del servicio de salud, no son responsables del diseño y regulación del Sistema, imponiendo a las entidades territoriales competencias que constitucionalmente no les corresponden.

c. Exceso en el ejercicio de las facultades del ejecutivo en estados de emergencia por adoptar una medida desproporcionada. Lo previsto en el decreto acusado va más allá de las facultades otorgadas al ejecutivo como legislador excepcional de emergencia al establecer una medida desproporcionada al deferir la creación de procedimientos a entes meramente ejecutorios como las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud, afectando para el efecto la autonomía de las entidades territoriales, mas aun cuando tales medidas no tiene por finalidad directa conjurar la crisis y sin afectan el principio de legalidad.

I. Los intervinientes Gabriel Jiménez Soto, Claudia Patricia Ramírez, Catalina Rosero, Angela León Merchan, Mario Camilo León Martínez, Nancy Logreira Gómez, Gabriel Simón Arévalo Pulido, solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículo 4, 5 (parcial), 6, 7, 8, 15, 18, 21 (parcial), 24, 26, 27, 28, 29 (parcial), 30 y 34 del decreto 126 de 2010, sin perjuicio de manifestar que todo el decreto resulta inconstitucional porque versa sobre materias estructurales y no sobre hechos sobrevivientes y carece de conexidad con las causas invocadas para declarar el estado de emergencia social.

Todos los artículos del decreto regulan aspectos atinentes a temas estructurales del sistema

de inspección, vigilancia y control (artículos 1 a 8), del régimen penal o disciplinario (artículos 18, 22, 23 y 24 a 36), del funcionamiento permanente de órganos del Estado (artículos 1, 2, 7 y 8), de las competencias ordinarias de estos órganos así como de los procedimientos para la imposición de sanciones (artículos 17, 20, 21,). Su materia versa sobre problemas endémicos, no sobre hechos acaecidos de manera súbita e inusitada.

Lo anterior no significa que no haya corrupción, abusos o irregularidades en el sistema de salud, y que tales problemas deban permanecer sin respuesta por parte del Estado. Al contrario, es precisamente porque estos problemas son de vieja data y consustanciales, no sólo al sistema de salud, sino a diversos entes públicos y privados, que la Constitución prohíbe que se aproveche la declaratoria de un estado de emergencia para que sea el Ejecutivo y no el Congreso, la rama del poder público que legisle sobre estos temas estructurales.

En la pruebas aportadas por el gobierno, se trata de suplir esta ausencia de conexidad haciendo un salto argumentativo. En las intervenciones que hicieron el secretario jurídico de la presidencia de la república y el Ministerio de la Protección Social dentro del presente proceso, para probar el cumplimiento del requisito de la conexidad, en primer lugar, se transcriben todos los considerandos del decreto legislativo 126 de 2010 y a continuación, inmediatamente después, se concluye: “Por lo tanto, con este Decreto Legislativo se pretende generar liquidez en las diferentes entidades del Sistema, tales como Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, mediante la destinación de los excedentes de los recursos del situado fiscal y del sistema general de participaciones al sector salud, con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio a la población pobre no asegurada y el cubrimiento de aquellos servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.”

Sin embargo, en la intervención del gobierno no se dice por qué la palabra liquidez no figura en los considerandos transcritos, si ese es el objetivo del decreto. Tampoco se explica qué tiene que ver un decreto sobre inspección, vigilancia y control, procedimientos y sanciones, con los recursos excedentes del situado fiscal y el sistema general de participaciones.

Al revisar las medidas específicas adoptadas, es claro que la relación de las medidas con el problema de iliquidez no existe y que se trata de una conexidad construida artificialmente

abusando del lenguaje genérico de las medidas y de las causas. Se trata de un nexo teórico según el cual adoptar medidas para controlar el abuso en la gestión de los recursos contribuye a mejorar la liquidez del sistema de salud. Sin embargo, esta relación no es específica, en primer lugar, porque la crisis no se debe al abuso en la gestión de los recursos y, en segundo lugar, porque las medidas buscan corregir aspectos del sistema de inspección, vigilancia y control, así como establecer sanciones penales y disciplinarias que relativas a otro tipo de problemas endémicos y cotidianos que son de vieja data y que no tienen relación con las causas concretas de la emergencia.

Tampoco hay una relación directa entre las medidas y las causas de la emergencia, puesto que la capacidad eventual de las medidas de resolver los problemas de iliquidez que precipitaron la crisis está sujeta a numerosas conjeturas sucesivas. Las medidas adoptadas en el decreto apuntan a problemas del sistema que son estructurales y que se relacionan con las funciones ordinarias de inspección, vigilancia y control, así como de aplicación del Código Penal y del Código Disciplinario. Afinar los mecanismos de control y sanción puede contribuir a mejorar el funcionamiento del sistema y a controlar los abusos, pero no tiene incidencia directa en la solución inmediata de un problema de iliquidez en las entidades territoriales y en algunos agentes del sistema de salud. Y su incidencia posterior o mediata en el mejoramiento del déficit fiscal es tan solo eventual y depende de una serie de factores cuya realización es gradual y de largo plazo, como por ejemplo que la Superintendencia impida que los recursos del FOSYGA sigan siendo invertidos en TES, algo que no ha siquiera intentado en la pasada década y para lo cual las nuevas medidas no proveen ningún instrumento adicional. Y en cuanto a los recursos del sistema que se están perdiendo por corrupción, solo al cabo de una serie de investigaciones y procedimientos habrá sanción para los responsables, sin que ello redunde necesariamente en el ingreso de los recursos distraídos al flujo de recursos para la salud, en especial para financiar los servicios No POS. Como lo reconoce el propio gobierno, el problema de iliquidez en el presente caso proviene de decisiones atinentes a las fuentes de financiación y a la distribución de los recursos existentes entre servicios POS y servicios no POS, así como de la determinación de la responsabilidad de financiar unos y otros tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo. En este sentido, si bien las medidas en el Decreto 126 buscan contribuir a mejorar el sistema de control, no atacan directamente las causas de la emergencia: las fallas en la imposición de controles y sanciones no fueron el problema que dio lugar a la crisis de iliquidez de algunas entidades y agentes del sistema y, en todo caso, como se verá más

adelante, en las leyes ordinarias se cuenta con herramientas suficientemente fuertes para enfrentar los abusos, que el propio gobierno ha elogiado y que dice haber aplicado adecuadamente.

Como se ve, primero se afirma (1) que hay déficit de recursos e incremento de cartera; (2) luego se reconoce que ya se adoptaron medidas para obtener recursos. Pero como este decreto no busca obtener recursos, se aduce (3) que a pesar de que el problema es de déficit, en la “búsqueda de soluciones” se debe enfrentar la defraudación patrimonial a través de gestiones en el sistema de inspección, vigilancia y control, sin decir por qué ello atiende de manera inmediata un problema de iliquidez, ni por qué las nuevas sanciones y procedimientos tienen una relación directa y específica con el incremento de la cartera y el déficit de recursos. No obstante, de lo anterior se concluye – sin que se explique ni se entienda cómo – (4) que existe una conexidad directa y específica. Afirmar que entre dos extremos hay una relación directa y específica no transforma una conexidad remota, indirecta y genérica en el tipo de conexidad exigido por la Constitución. Al contrario, los saltos y vacíos en esta construcción argumentativa muestran claramente que estas medidas enfrentan problemas diferentes a los de la crisis de iliquidez.

En conclusión, las medidas del Decreto 126 de 2010 no tienen relación de conexidad directa y específica con las causas que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia: mientras éstas se centran en la iliquidez de algunas entidades, las medidas apuntan a reformar y pulir aspectos del sistema de IVC. Si bien ello puede ser conveniente, no son las medidas de la emergencia el camino para afinar las normas vigentes y hacerle ajustes a los procedimientos.

Afirman también en su intervención que el Decreto 126 de 2010 viola de manera flagrante el requisito de necesidad.

Uno de los límites jurídicos que debe respetar el Ejecutivo durante cualquier estado de excepción es el requisito de necesidad: las medidas que el Ejecutivo adopte en ejercicio de un estado de excepción deben ser indispensables para hacerle frente a las causas que motivaron la declaración del correspondiente estado y para conjurar la extensión de sus efectos. La Ley Estatutaria define este principio en los siguientes términos, en el artículo 11: “Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una

de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.” En el artículo 9, la misma ley resalta el límite que dicho principio comporta: “Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley.” (subrayado fuera de texto)

El Decreto 126 de 2010 desconoce de manera evidente el requisito de necesidad. Por ejemplo, el considerando número 11 alude a la adopción de “tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública,” e indica que estas conductas, que pretenden conjurar algunas “prácticas”, “no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar(las)”. Afirmar que una conducta no ha sido tipificada y que por eso ahora se tipifica es una explicación manifiestamente insuficiente. La motivación, a la luz del requisito de necesidad, exige más que una tautología. Exige por lo menos referir a la conducencia del medio escogido para conjurar las causas de la emergencia, es decir, justificar que se requiere adoptar nuevos tipos penales con un contenido específico y mostrar cómo ello conduce a la solución de la emergencia.

En segundo lugar, desde el punto de vista del elemento fáctico del requisito de necesidad, las medidas adoptadas en el Decreto 126 no son necesarias puesto que no son indispensables para hacerle frente a los hechos alegados en el decreto declarativo como causas de la emergencia. Las razones que explican la crisis en el decreto declarativo pueden resumirse en un incremento abrupto de la demanda de servicios No POS y en un deterioro financiero del sistema con énfasis especial en los fiscos departamentales. De entrada, es claro que las medidas que se adoptan en el Decreto 126 no encuentran ninguna relación con el núcleo de la crisis.

En este punto, es indispensable subrayar que dichas desviaciones, como ha sido de conocimiento público, se refieren al uso indebido de recursos de la salud de lo cual ha sido protagonista el propio gobierno. Al respecto, se ha divulgado en numerosos medios de comunicación que existe un porcentaje importante de los recursos del sistema de salud invertidos en TES1. Tal y como lo muestran las cifras publicadas por el propio Fosyga2, más

del 90% de los recursos con los que cuenta esa entidad para financiar, entre otros, los servicios de salud No POS, que corresponden a 5.921.099 millones, o sea, cerca de seis billones de pesos, se encuentra invertidos en diferentes opciones, especialmente en TES.

Esta faceta de la desviación de recursos no es atacada en ningún sentido por el Decreto 126 de 2010, por lo que allí tampoco puede encontrarse la motivación de la necesidad de las medidas. De otra parte, dentro del proceso de constitucionalidad del decreto declarativo se señalaron otro tipo de desviaciones de recursos que podrían ser las que eventualmente se podrían asumir como la explicación del Decreto 126 de 2010. Señaló el gobierno dentro del proceso RE-152 en relación con este considerando que: “De acuerdo con lo reportado por la Superintendencia Nacional de Salud se anexa un número de 208 casos donde se infiere que los recursos del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos, aplicándose en forma diferente a lo exigido por las normas del SGSSS”. Ningún otro informe o situación relativa a la desviación de recursos es reportada por el gobierno. Sobre los casos reseñados se observa que abarcan el período comprendido entre 1995 y 2009. Si bien muchos de estos corresponden al año 2009, no son la mayoría y frente a todos la Superintendencia reporta haber adoptado acciones encaminadas a neutralizar el acto irregular como apertura de investigación.

Esto muestra que la supuesta desviación de recursos tampoco explica la necesidad de modificaciones estructurales al Sistema de inspección, vigilancia y control ni agravaciones de las sanciones y penas en casos relacionados con la gestión de los recursos del sistema de salud. La motivación del Decreto declarativo muestra más bien que existen medios ordinarios para abordar estos problemas y que no se requieren modificaciones al sistema actual que parece funcionar adecuadamente.

En tercer lugar, en cuanto a la necesidad jurídica, es claro que los mecanismos ordinarios de regulación resultan suficientes para abordar los problemas identificados en materia de inspección, vigilancia y control.

La Ley 1122 de 2007, expedida hace pocos años cuando la situación actual era bien conocida, introdujo varias reformas al sistema de inspección, vigilancia y control diseñado inicialmente en la Ley 100 de 1993. A través del artículo 36 creó el “Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud” como “un conjunto de

normas, agentes, y procesos articulados entre sí, el cual estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales”. Asimismo estableció unas prioridades sobre las cuales debía recaer el ejercicio de las facultades de la Superintendencia: financiamiento, aseguramiento, atención al usuario y participación social, acciones y medidas especiales (intervenciones forzosas administrativas), entre otros.

Estas facultades no son en absoluto facultades de “papel” sino que son ejercidas efectivamente. Incluso la propia Superintendencia en el informe de gestión presentado en Agosto de 2009 sobre su gestión institucional (Informe de Ejecución a 31 de agosto – Plan Anual de Gestión 2009) estima cumplidos al 100% sus metas del período en los temas que suscitan la declaratoria de la emergencia. Entre otros indica este informe:

Finalmente, en Colombia existe ya un sistema disciplinario adoptado mediante la Ley 734 de 2002, que especifica los procedimientos, las conductas sancionables y las sanciones. Este sistema ofrece ya elementos suficientes para sancionar las conductas de quienes se aparten de las reglas generales del SGSSS sin que resulte necesario especificarlas de manera concreta para el sector salud. A título de ejemplo el artículo 42, que se encuentra entre los que se pretenden modificar, ya contiene faltas gravísimas que permiten sancionar comportamientos que desconozcan las normas sobre administración de recursos de la salud como “Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley”; “Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el artículo 346 de la Constitución Política”.

Que este sistema funciona de manera efectiva fue argumentado por el propio gobierno en las pruebas presentadas dentro del presente proceso. En los escritos del secretario jurídico de la presidencia y del Ministerio de Protección Social se señala: “En el año 2009 aumentó de manera alarmante el número de casos de corrupción en el sector salud”, lo cual prueban mostrando que aumentaron “las sanciones disciplinarias, pliegos de cargos y procesos en curso” (pg 18, de dichos escritos). Esta afirmación también indica que el sistema disciplinario actual tiene una capacidad plena de abordar esos problemas, de procesarlos y de ofrecer resultados. De otra parte, parecería no ser un problema de dimensiones inabarcables puesto que el universo total de los casos del 2009, que “aumentaron”, es de 9.

Lo mismo puede predicarse en materia penal, en la que existen procedimientos (Ley 906 de 2004) y delitos (Ley 599 de 2000) que permiten investigar, juzgar y condenar a quienes incurren en conductas contrarias a las reglas básicas de gestión de los recursos de la salud. De hecho lo que hace el decreto legislativo es agravar penas para delitos existentes como la estafa (artículo 274 de la Ley 599 de 2000), la especulación (artículo 298 de la Ley 599 de 2000), el agiotaje (artículo 300 de la Ley 599 de 2000), el contrabando (artículo 319 de la Ley 599 de 2000) o el peculado (artículo 399 de la Ley 599 de 2000).

En el tema penal, también el propio gobierno muestra que el sistema vigente funciona. Al respecto señala en su intervención (pg. 24 de ese escrito) que: “en la Fiscalía General de la Nación se tramitan en la actualidad múltiples procesos penales relacionados con la desviación y aprobación de recursos de la salud” y dentro de ellos documenta 20 casos, todos ellos con resultados efectivos y oportunos de la justicia.

En conclusión, en lo que respecta al requisito de necesidad, el decreto 126 de 2010 no cumple (1) el elemento argumentativo porque las motivaciones expresadas en los considerandos son amplias y vagas y no explican la conducencia o necesidad del diseño escogido y, en últimas, no explican las medidas del decreto legislativo orientadas a transformar aspectos ordinarios e institucionales del sistema de inspección, vigilancia y control; (2) no cumple el elemento fáctico porque las medidas adoptadas en este decreto legislativo, que se refieren a aspectos estructurales del sistema de IVC y a sanciones disciplinarias y penales, no son necesarias para enfrentar el aumento de la demanda de servicios No POS y el deterioro de los fiscos departamentales. Las medidas adoptadas en el Decreto 126 apuntan a otro tipo de problemas como la falta de personal, o la variación en el número de vigilados. Finalmente, (3) tampoco se cumplen las exigencias del elemento jurídico del requisito de necesidad porque las facultades ordinarias de la Superintendencia permiten abordar los mismos problemas que son regulados por el Decreto 126 de 2010. También existen normas para sancionar penal o disciplinariamente a quien desvíe los recursos del sistema de salud en contra de las de las obligaciones estipuladas en la ley.

m. Interviene el señor Rabel Alberto Molano Piracoca en su condición de Presidente encargado de la Central Unitaria de Trabajadores CUT y el señor Luís Miguel Morantes Alfonso, quienes manifiestan que el Observatorio del Medicamento en Colombia presentó en septiembre de 2009 un informe que revela que las ventas de siete productos representaron

el 22 por ciento de los recobros del Fosyga , para un total superior a 1.1. billones de pesos. “Una selección de tres laboratorios (Roche, Abbot y Novartis)” reportaron ventas por 247.916 millones de pesos con sólo siete medicamentos considerados éxitos mercadotécnicos. Consideran que el acceso a medicamentos de calidad es un lujo para la mayoría de colombianos lo que demuestra la inmensa inequidad del sistema. Concluyen que el Decreto 126 deja por fuera del análisis la corrupción y las sanciones para luchar contra esta.

n. Presenta intervención la Academia Nacional de Medicina, cuyos representantes manifiestan que en efecto una causa del grave déficit de los recursos destinados a la salud tiene que ver con el aumento indebido en el valor de recobro del precio de los medicamentos al FOSYGA, así como un número superior de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios, pero esta era una situación conocida por el Ministerio de Protección Social y el Ministerio de Salud quien tenía las herramientas necesarias para conjurar la crisis. La Academia recomendó un sistema de información que no se ha concebido en más de 16 años de vigencia de la Ley 100.

ñ. La Defensoría del Pueblo, respecto de las disposiciones relativas al sistema de inspección vigilancia y control del decreto 126 de 2010, señala que el artículo 1º desconoce el principio de proporcionalidad que rige la adopción de medidas en estados de excepción ya que existen otras medidas menos lesivas contra el principio de autonomía territorial, por lo cual no las encuentra ajustadas a la Constitución Política. Respecto de los artículos 2 y 3 del decreto 126 de 2010 los encuentra ajustados a la Constitución en cuanto se limitan a crear un Sistema de Información.

Frente al artículo 4o del decreto 126 de 2010 relativo a la intervención forzosa administrativa, considera que satisface los juicios de proporcionalidad, conexidad y finalidad, sin embargo respecto de la causal de intervención “cuando sin justificación [los actores del sistema] no paguen obligaciones”, sostiene que se desconoce el principio de tipicidad que rige el derecho administrativo sancionador, de manera que resulta manifiestamente indeterminada y que queda en el ámbito subjetivo desconociendo el texto superior. Es así como respecto de este artículo, señala que solo puede tener ocurrencia únicamente cuando resulten insuficientes las medidas ordinarias de control administrativo.

Tampoco encuentra reparo frente a los artículos 5, 6 y 7 del decreto 126 de 2010. Ahora

bien, frente al contenido del artículo 8 por el cual se otorgan facultades jurisdiccionales a la Superintendencia para decretar medidas provisionales, sostiene que se desconoce el derecho al debido proceso así como el hecho de que este tipo de medidas sólo las puede tomar el Congreso mediante Ley Estatutaria.

Los artículos 9 al 16 del decreto se limitan a evitar el excesivo valor de recobro de medicamentos y dispositivos médicos los cuales se encuentran ajustados al artículo 333 y 334 de la Constitución Política que autoriza la intervención del Estado en la economía, de manera que deben declararse exequibles. En cuanto a los artículos 17 a 22 la Defensoría no encuentra reparo alguno, pero considera que debe declararse inexecutable el artículo 23 dado que la creación de un Fondo Anticorrupción del Sector Salud no guarda conexidad alguna con los hechos que motivaron la crisis social.

o. La Federación Colombiana de Municipios plantea a través de intervención que se esta ante un problema crónico y estructural, de manera que no es posible precisar cuáles medidas propuestas en el Decreto tienen vocación y alcance de excepción para retornar la situación a condiciones de normalidad ya que el déficit y la acumulación de cuentas en el FOSYGA, así como la reforma tributaria en el monopolio restístico de juegos de suerte y azar ha sido parte de las agendas gubernamentales y legislativas de 2007, 2008 y 2009.

IV. PRUEBAS.

Mediante Auto de 2 de febrero de 2010 el Magistrado sustanciador avocó el conocimiento del proceso de la referencia, decretó la práctica de pruebas y ordenó oficiar al Secretario General de la Presidencia de la República, al Ministerio de Protección Social, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio del Interior y de Justicia para presentar los argumentos fácticos y normativos que justificaran cada uno de los artículos contenidos en el Decreto 126 de 2010.

Mediante auto de nueve (9) de febrero de 2010, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó que en relación con las pruebas solicitadas se allegaron las siguientes:

* Oficio OFI 10-00010259 /AUV 13200 de cuatro (4) de febrero de 2010 de la Secretaria Jurídico de la Presidencia de la República en 1 Folio.

* Oficio DEF 10-7 DOJ-0340 de ocho (8) de febrero de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia.

* Oficio del 08 de febrero de 2010 de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

* Oficio del 08 de febrero de 2010 del Ministerio de la Protección Social.

De la citada documentación se advirtió que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no atendió el requerimiento formulado por la Corte y que el Ministerio del Interior y de Justicia se limitó a realizar una transcripción de las consideraciones del Decreto y de los artículos del mismo, sin que para nada hubiese aportado insumos dirigidos a establecer la constitucionalidad de las medidas en estudio desde el punto de vista de la finalidad, necesidad y proporcionalidad.

Es así como, mediante el auto de 23 de febrero del año en curso se solicitó nuevamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como al Ministerio del Interior y de Justicia presentar los argumento fácticos, técnicos y jurídicos dirigidos a justificar las medidas contenidas en el decreto 126 de 2010. Vencido el término otorgado mediante auto del 1º de marzo de 2010, la Secretaria de la Corporación remitió:

* Oficio DEF10-14-DOJ-0340 de fecha 16 de febrero de 2010, del Ministerio del Interior y de Justicia.

* Oficio de 26 de febrero de 2009 suscrito por el doctor OSCAR IVAN ZULUAGA ESCOBAR, en su calidad de Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Las entidades emplazadas enviaron los siguientes informes:

1. Presidencia de la República.

El Secretario General de la Presidencia de la República presentó escrito, el día 8 de febrero de 2010, mediante el cual solicitó la declaratoria de EXEQUIBILIDAD del decreto 126 de 2010, con fundamento en la siguiente justificación:

1.1 Declaratoria de Estado de Emergencia.

El Decreto Legislativo Número 4975 de 23 de diciembre de 2009, por el cual se declara el Estado de Emergencia Social, en unas de sus partes considerativas, señala:

“Que, el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios;

Que, en efecto, tanto en el, Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores v agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo-eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios v recursos, como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema;

Que además, recientemente, de acuerdo con la información aportada por Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo – Afidro, se ha logrado evidenciar por una parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio v, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios;

Que, en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud v del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

Que los hechos descritos en el presente decreto desbordan la capacidad v los mecanismos preventivos, sancionatorios v de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia v Control del sector salud necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional, tal como lo ha señalado la

Procuraduría General de la Nación en el informe “El Derecho a la Salud”;

Que de mantenerse las actuales condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud v demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional;

Que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad v catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos;

Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;

Que si bien la Lev 1122 de 2007 contiene una serie de avances la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la Prestación de los servicios, la protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes;

Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar inminentemente el orden social;

Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación v mecanismos para la prestación de servicios de salud v provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo

y Subsidiado del Sistema General en Seguridad Social en Salud;

Que se necesita crear instrumentos para lograr que el Sistema tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, a la nación y flujo de los recursos tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado, así como más transparencia y eficiencia en la gestión de los mismos, de tal manera que se eviten o corrijan las fallas, demoras y desviaciones injustificadas en el uso de los recursos, además de crear unas reglas de orientación de destinación de los mismos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final;

Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación – de los servicios de salud;

Que se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

Que es necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema”

En síntesis, y de acuerdo con las consideraciones señaladas en el decreto que declaró la emergencia, se evidencia que los mecanismos actuales de inspección, vigilancia y control en el sector salud han resultado insuficientes para conjurar la crisis cuya consideración primordial es el interés superior de la efectiva y continua prestación del servicio de salud.

1.2 El Decreto Legislativo No. 126 de 2010.

Advierte la Presidencia de la República que el Decreto Legislativo cumple con los requisitos de forma, esto es, la firma del Presidente de la República y todos los ministros, y fue expedido dentro del término de treinta (30) días establecido en el Decreto Legislativo Número 4975 de 2009.

1.2.1 El representante de la Presidencia de la República destaca de la parte considerativa:

“Que, según la información recientemente aportada por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo – Afidro, se ha logrado evidenciar, por una parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios, circunstancias que atentan contra la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS poniendo en inminente peligro el goce efectivo del derecho a la salud de la población;

Que los hechos que sustentan la declaratoria de la emergencia social han desbordado, tanto la capacidad, como los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control -SIVC del sector salud, razón por la cual se requiere adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo de recuperación de recursos y punitivas, con el fin de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales; así como también, fortalecer la atención al usuario, el control al precio y adquisición de medicamentos y las actividades de inspección, vigilancia y control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del SGSSS;

Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del SGSSS entre otros, en lo que se refiere a la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes ante el crecimiento inusitado de las graves situaciones que originaron esta crisis;

Que, se requiere dotar a la Superintendencia Nacional de Salud de funciones jurisdiccionales y administrativas y de facultades que le permitan adoptar acciones preventivas, inmediatas y

correctivas para la protección efectiva del usuario, la prestación del servicio de salud, el goce del derecho fundamental a la salud, la continuidad en la prestación del servicio de salud v el goce del derecho fundamental a la salud, así como las que afectan o amenazan la viabilidad del SGSSS;

Que es necesario prevenir y corregir conductas desarrolladas por servidores públicos, particulares que administran recursos públicos y profesionales de la salud, que no corresponden con los principios y normas que orientan la prestación del servicio público de salud, tales como la destinación diferente de los recursos reservados para la salud, la pérdida o no ejecución de tales recursos en la prestación de los servicios de salud poniendo en riesgo la vida de las personas, el condicionamiento a la práctica o prescripción médica, la recepción de dádivas para prescribir determinados medicamentos o procedimientos, la negativa a prestar atención inicial de urgencias, entre otras;

Que las prácticas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública.

Que igualmente es necesario dictar disposiciones relacionadas con el régimen de control de los precios de los medicamentos v dispositivos médicos, para propender por que los costos que enfrenta el sector sean consistentes con la viabilidad del SGSSS v se eviten abusos frente al mismo”

Por lo tanto, con este Decreto Legislativo se pretende generar liquidez en las diferentes entidades del Sistema, tales como Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, mediante la destinación de los excedentes de los recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones al sector salud, con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio de salud a la población pobre no asegurada y el cubrimiento de aquellos servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

1.2.2 En relación con la parte dispositiva precisa la Presidencia:

- * El obligatorio cumplimiento del sistema de inspección vigilancia y control, por parte de las Secretarías o Direcciones Territoriales de Salud de los Departamentos, Municipios y Distritos.
- * El establecimiento, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, de los parámetros que deben tener en cuenta sus vigilados, en la implementación del sistema de inspección, vigilancia y control respecto al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- * La creación del Sistema de información para el reporte de eventos sospechosos de corrupción y fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrada por la Superintendencia Nacional de Salud.
- * La obligación de las entidades públicas y privadas que presten sus servicios de salud, en suministrar atención inicial de urgencias, sin que medie para el efecto criterio o condicionamiento de carácter económico.
- * La facultad del Superintendente Nacional de Salud de ordenar la cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida de los pacientes o los recursos del sistema general de seguridad social en salud.
- * El trámite a seguir para resolver las quejas, reclamos y peticiones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- * La protección al usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso judicial de que trata el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.
- * Las prerrogativas al respecto de la formulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos, a cargo de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – Cnpmd -.
- * La facultad de establecer clasificaciones anatómicas para efecto de la política de control de precios, por parte de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – Cnpmd -.La calificación especial del régimen de precios de medicamentos y dispositivos médicos.

- * El obligatorio cumplimiento de los márgenes de comercialización fijados por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – Cnppmd -.
- * La facultad de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – Cnppmd -/ de solicitarle a las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que compren o vendan medicamentos y dispositivos médicos, y a aquellos actores de las cadenas de comercialización de bienes y servicios de la salud, reportar información al Sistema de Información de Precios de Medicamentos -Sismed-, e información comercial de compra y venta de medicamentos y dispositivos médicos.
- * El acceso al sistema de Información de Precios de Medicamentos para los usuarios.
- * Los parámetros de los precios en la adquisición de medicamentos y dispositivos médicos por parte de las entidades y agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y la vigilancia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto.
- * El financiamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos – Cnppmd -/ mediante convenios interministeriales, financiados a su vez, con recursos de las subcuentas de Compensación y Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud.
- * El procedimiento sancionatorio abreviado.
- * La tipificación de las conductas sancionables.
- * La tipificación de las conductas sancionables por violación al régimen de precios de medicamentos y dispositivos médicos.
- * El valor de las multas.
- * EL valor de las multas por violación al régimen de precios de medicamentos y dispositivos médicos.
- * Los criterios de graduación a seguir en la imposición de las multas.
- * El Fondo Anticorrupción del Sector Salud, como destino de las multas impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, y la Superintendencia de Industria y Comercio, como

destino de las multas impuestas por ella misma.

- * La aplicación del procedimiento verbal establecido en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, a las faltas disciplinarias relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- * El establecimiento como faltas gravísimas, la desviación u obstaculización de los recursos destinados para el Sistema General de Seguridad Social en Salud o el pago de los bienes o servicios financiados con éstos; y, la negativa de los servidores públicos investidos con facultades de policía judicial, a declarar en un proceso en el cual se investigue o juzgue un evento de corrupción o fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- * La calidad de servidor público de los integrantes del Comité Técnico Científico y de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales.

- * La responsabilidad de los integrantes del Comité Técnico Científico y de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales.

- * La responsabilidad penal de los particulares que administran recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- * La tipificación de la defraudación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como estafa en el Código Penal.

- * La tipificación de la venta de un medicamento o dispositivo médico, a un precio superior al fijado por la autoridad competente, como una circunstancia de agravación punitiva del punible de Especulación en el Código Penal.

- * El agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos.

- * El contrabando de medicamentos, dispositivos, suministros o insumos médicos.

- * La tipificación de la venta del medicamento entregado para sí por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para obtener provecho propio o para un tercero, como Venta Fraudulenta de Medicamentos en el Código Penal.

- * La circunstancia de agravación punitiva en el Peculado por Aplicación Oficial Diferente frente a Recursos de la Salud.

* La creación del Fondo Anticorrupción del Sector Salud a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

* La modificación de las multas contempladas en leyes anteriores.

* Vigencia y Derogatorias.

1.2.3 Justificación de las medidas adoptadas en cuanto al Sistema de Inspección, vigilancia y Control -IVC-.

La Ley 100 de 1993 dispone que el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante “SGSSS”) está conformado por organismos de Dirección, Vigilancia y Control; organismos de Financiación y Administración; las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud públicas, mixtas o privadas y los afiliados, beneficiarios y Comités de Participación Comunitaria -COPACOS-. El artículo 3 de la Ley 1122 de 2007, precisa los alcances del subsistema de inspección, vigilancia y control del SGSSS. En virtud de la designación como coordinador del sistema IVC, la Superintendencia realizó una reforma organizacional para asumir lo establecido por la Ley 1122 de 2007 al expedir el Decreto 1018 de 2007. Para efectos del nuevo subsistema IVC, la ley precisó los conceptos de inspección, vigilancia y control así:

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

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

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

La Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus competencias expidió la Circular 054 de 2009, con la finalidad de compilar y recordar a los gobernadores, alcaldes municipales y distritales y, específicamente, a las Secretarías de Salud departamentales, municipales y distritales las principales competencias en materia de inspección, vigilancia y control que tienen asignadas en el ordenamiento legal vigente en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

2° Que el literal a) del artículo 39 de la Ley 1122 del 2007 estableció como objetivo de la Superintendencia Nacional de Salud fijar las políticas de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3° Que el artículo 44.1.3 de la ley 715 del año 2001 estableció como competencia de los municipios el gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.

4° Que el literal a) del artículo 12. de la Ley 10 de 1990 estableció como deber de las autoridades municipales, Bogotá D.C., el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y las áreas metropolitanas coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud en el correspondiente territorio local;

5° Que el literal f) del artículo 12 de la Ley 10 de 1990 establece como deber de las autoridades municipales, Bogotá D.C., el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y las áreas metropolitanas supervisar y controlar el recaudo de los recursos locales que tienen distinción específica para salud;

6° Que el literal g) del artículo 12 de la Ley 10 de 1990 establece como deber de las autoridades municipales, Bogotá D.C., el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y las áreas metropolitanas, cumplir y hacer cumplir en su jurisdicción, las políticas y normas trazadas por el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la adecuación hecha por la respectiva Dirección Seccional del Sistema de Salud.

7° Que el numeral 4° del artículo 176 de la Ley 100 de 1993 establece como función de las direcciones seccionales, distritales y municipales de salud ejecutar la inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

8° Que el artículo 44.2.3 de la Ley 715 del 2001 establece como función de los municipios celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorias.

9° Que el artículo 44.3 y sus respectivos numerales de la Ley 715 del 2001 asignan funciones de Inspección, Vigilancia y/o control en el área de Salud Pública a los entes territoriales municipales.

10° Que el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, estableció que sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia.

11° Que el artículo 43.1.2. estableció como función de los departamentos adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que formule y expida la Nación o en armonía con éstas.

12° Que el artículo 43.1.4 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 11 Literal g de la Ley 10 de 1990, establecieron que es función de los departamentos supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.

13° Que el artículo 43.1.5. de la Ley 715 de 2001, estableció como función de los departamentos vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, así como las actividades que desarrollan los municipios de su

jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

14° Que el artículo 43.1.6. de la Ley 715 de 2001 estableció como función de los departamentos adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

16° Que el artículo 43.2.6 de la Ley 715 de 2001, estableció que los departamentos deben efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente.

17° Que el artículo 43.4.1 estableció como función de los departamentos ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993.

18° Que el artículo 43.2.8 de la Ley 715 de 2001, estableció como función de los departamentos vigilar el cumplimiento de las normas técnicas dictadas por la Nación para la construcción de obras civiles, dotaciones básicas y mantenimiento integral de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de los centros de bienestar de anciano.

19° Que el artículo 43.2.5 de la Ley 715 del 2001 estableció como función de los departamentos monitorear y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción.

20° Que el artículo 43.3.8 de la Ley 715 del 2001 estableció como función de los departamentos ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana, y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4a., 5a. y 6a. de su jurisdicción.

21° Que el artículo 43.3.9 estableció como función de los departamentos coordinar, supervisar y controlar las acciones de salud pública que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades transformadas y adaptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes especiales, así como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud e instituciones relacionadas.

22° Que el artículo 3° del decreto 3518 de 2006 definió como Autoridades Sanitarias a las entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública.

23° Que el artículo 3° del decreto 3518 de 2006 definió la Vigilancia en Salud Pública como una función esencial asociada a la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud, consistente en el proceso sistemático y constante de recolección, análisis, interpretación y divulgación de datos específicos relacionados con la salud, para su utilización en la planificación, ejecución y evaluación de la práctica en salud pública.

24° Que el artículo 3° del decreto 3518 de 2006 definió la Vigilancia y Control Sanitario como una función esencial asociada a la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud, consistente en el proceso sistemático y constante de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de normas y procesos para asegurar una adecuada situación sanitaria y de seguridad de todas las actividades que tienen relación con la salud humana. “

Considerando lo expuesto, una de las problemáticas que presenta el subsistema de IVC es la dispersión de competencias y la falta de claridad en las funciones de las entidades responsables que requiere ser armonizada y articulada para que la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con las competencias constitucionales y legales se constituya como eje integrador del mismo y como garante de la prestación efectiva del servicio de salud y la preservación de los recursos del SGSSS a través de procedimientos, órdenes e instrucciones en materia de competencias en el subsistema de IVC. Para conjurar esta situación se otorgaron las siguientes facultades y competencias a la Superintendencia Nacional de Salud:

1.2.3.1 Cesación provisional.

Se faculta al Superintendente Nacional de Salud para ordenar la cesación provisional de las conductas o acciones que pongan en riesgo la vida de los pacientes o los recursos del SGSSS como medida que sustentada en un acto administrativo motivado que da inicio al proceso administrativo ante el despacho del Superintendente.

1.2.3.2 Intervención forzosa administrativa.

Conforme las normas vigentes, la Superintendencia Nacional de Salud en los casos de incumplimiento de margen de solvencia y patrimonio mínimo tiene la facultad de ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar. o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación, administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, las Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud cualquiera sea la denominación que le otorgue el ente territorial respectivo. No obstante frente a las circunstancias que pasamos a enunciar la Superintendencia sólo puede ejercer la facultad sancionatoria y no una actividad preventiva. Dichas conductas son:

- i. Incumplimiento en el pago de las obligaciones o no transferencia de los recursos dentro de los plazos establecidos en la normatividad vigente. .
- ii. Utilización de los recursos del sistema de salud en forma no prevista en la ley.
- iii. Las entidades vigiladas no garantizan la red de prestadores de servicios de salud por niveles de complejidad.
- iv. Incumplimiento en cuanto al suministro de actividades, intervenciones y procedimientos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.
- v. Renuencia en el envío de la información solicitada por la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio de la Protección Social o por la cuenta de Alto Costo.
- vi. Desatención en los casos urgencias que causan la muerte del paciente y resulta

comprobada la responsabilidad de la entidad prestadora.

1.2.3.2 Atención al usuario.

Teniendo en cuenta que las quejas son la manifestación de la insatisfacción de los usuarios frente a las barreras que el sistema impone para acceder a él o al goce efectivo del derecho, con estándares de calidad adecuados, la falta de procedimientos de atención y trámite de quejas en las entidades administradoras de planes de beneficio afecta el goce del derecho a la salud de los usuarios del sistema, en la medida en que funciona en muchos casos a través de canales informales de solución de las peticiones, el Gobierno para solucionar esta problemática reguló en el artículo 7 del Decreto 126 de 2010 un procedimiento ante las EAPB para que en un plazo máximo de 15 días calendario por intermedio de la oficina de atención al ciudadano, esta medida se adopta como garantía de acceso a la prestación del servicio de salud.

No obstante, el usuario quejoso también podrá acudir directamente a la Superintendencia Nacional de Salud.

La atención de quejas por parte de las EAPB soluciona situaciones individuales y le permite a las mismas detectar las falencias y diseñar correctivos que efectivamente permitan que el sistema garantice el derecho y preste el servicio adecuado según los estándares definidos al efecto.

1.2.3.3 Medidas cautelares en la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

Así las cosas, una de las medidas adoptadas consiste en otorgar dicha facultad jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud como una medida provisional para la protección del usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud y suspender la aplicación del acto que vulnere o amenace vulnerar, mientras se surte el proceso judicial.

1. Justificación de los medicamentos y dispositivos médicos.

1. Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos.

El mercado de medicamentos y dispositivos médicos, por su naturaleza esencial tiende a presentar distorsiones que requieren de intervención especial del Estado. La política de precios vigente antes de la declaratoria de emergencia, fijaba el régimen especial de precios aplicable a este mercado sin que evitara los abusos en los precios de los medicamentos por insuficiencia de herramientas disuasivas y coercitivas para hacer efectiva su aplicación y, por falta de claridad de sus disposiciones han dado lugar a que se generen discusiones jurídicas dilatorias sobre su interpretación.

Uno de los retos más importantes para este Gobierno es velar por la protección del Sistema de Seguridad Social en Salud y la protección de la salud pública de la población. Al respecto, la medida consiste en garantizar a la sociedad el acceso a los medicamentos y dispositivos médicos de mejor calidad a precios razonables. El propósito del Gobierno a través de las medidas adoptadas es reducir las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los medicamentos en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud y optimizar los recursos a través de la utilización racional de los medicamentos y dispositivos médicos.

Al ser bienes esenciales para la vida y la salud de la población, los medicamentos tienen dos cualidades intrínsecas que son ajenas al control de los consumidores, por un lado deben poseer estándares de calidad que deben ser garantizados por el fabricante bajo la estricta vigilancia de una entidad especializada de carácter gubernamental, como lo es el INVIMA; por otro, la fijación de precios, sobre la cual los consumidores no tienen injerencia alguna.

Los anteriores motivos justifican la existencia de un organismo como la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, responsable de establecer las políticas para regular los precios y prevenir los abusos que podrían ocasionarse debido a las especiales características de estos mercados. Esta misma situación se presenta con los dispositivos médicos, pues éstos son utilizados en prevención, tratamiento, diagnóstico, rehabilitación y alivio de enfermedades, entre los que se pueden mencionar jeringas, guantes, tensiómetros y equipos biomédicos.

El carácter esencial de los medicamentos y dispositivos médicos, tiene injerencia en la demanda inelástica al precio y porque muchos de ellos, además de ser esenciales para preservar la vida y, la salud, son únicos en el mercado. El recobro de los dispositivos médicos

ante el FOSYGA en el año 2008 fue de aproximadamente \$140 mil millones y en el año 2009 cercano a \$225 mil millones, cifras que por su importancia llevaron al Gobierno a incluir dentro de las facultades de la CNPMD intervenir y fijar los precios cuando a ello hubiere lugar.

Anteriormente el régimen especial de control de precios abarcaba medicamentos solamente, ahora incluye dispositivos médicos debido a que estos comparten las características fundamentales de los medicamentos antes descritas.

La CNPM conforme el decreto legislativo puede fijar precios máximos de venta en cualquier nivel de la cadena de comercialización e incluso puede fijar márgenes de comercialización para todas las cadenas, para una sola de ellas e incluso para un solo eslabón de una cadena. Igualmente puede establecer precios por unidad de medida (según la presentación y fórmula farmacéutica) y, en casos de abusos, incluso ordenar que para un medicamento se adopte determinada presentación o forma farmacéutica, de acuerdo con las indicaciones del INVIMA.

El objetivo del Gobierno con esta medida es que los diferentes actores involucrados en la fijación de precios de medicamentos y dispositivos médicos reporten la información para prevenir abusos y detectar las variaciones excesivas en los precios de los medicamentos y dispositivos médicos y hacer seguimiento, vigilancia y si es del caso controlar o en últimas sancionar los abusos que se puedan presentar.

1.2.4.2 Deber de reportar precios.

Otro objetivo del reporte es extraer información procesada y consolidada y dar a conocer al público en general los precios del mercado, de manera que puedan tener información de medicamentos y dispositivos médicos.

La previsión del parágrafo del artículo 13 del decreto, facilita el control y seguimiento de las políticas de precios de medicamentos y dispositivos médicos, dado que se ha detectado que por una parte, en algunos casos a los consumidores se les obliga a adquirir innecesariamente mayores cantidades de producto porque solamente existe esa presentación, no obstante que la dosis o el tratamiento respectivo requiere menores dosis. De esta manera también se cobra al consumidor o al SGSSS precios que sobrepasan los razonables.

Al tener la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos la responsabilidad de evitar abusos relacionados con los precios de los medicamentos, ésta podrá en adelante, en caso de encontrar irregularidades en las presentaciones tomar medidas al respecto. El INVIMA es el encargado de definir las presentaciones comerciales y formas farmacéuticas que correspondan a los tratamientos, pues esta entidad cuenta con la información acerca de la dosificación, información de las prescripciones según los tratamientos y es la competente para autorizar la comercialización de las presentaciones de todos los medicamentos.

En cuanto a la información que puede ser puesta a disposición del público, la Constitución Política de Colombia en su artículo 74 establece que las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo en aquellos casos expresamente establecidos por la Ley. De esta manera podemos observar como la regla general contempla la publicidad de 105 documentos en poder de las entidades públicas o generados por ellas, y como excepción encontramos aquellos casos en donde dicha información es reservada, los cuales en la medida en que son excepciones tienen connotación taxativa y deben estar expresamente consagradas en la ley.

Se garantiza la reserva de los documentos privados, salvo para conocimiento del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como entidad de control de precios y las demás autoridades de control y vigilancia para el ejercicio de sus funciones. Las empresas y los comerciantes gozan de una reserva corporativa, de la cual hace parte la reserva documentaria, que garantiza que las informaciones y los documentos privados de la empresa estén por fuera del acceso público; sin embargo, la reserva legal no es absoluta, pues de conformidad con la ley mercantil, dicha información está destinada a trascender al público en distintas oportunidades relacionadas con el interés público y social, como es el caso de las entidades del sector financiero y asegurador que deben publicar sus estados financieros.

Al momento de tomar la decisión frente al tipo de información susceptible de publicarse, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos analiza el carácter de cada una en especial y si la misma está cobijada por las normas de confidencialidad. En el caso de los medicamentos existe un inconveniente que no se presenta en otros sectores, por la gran segmentación de productos y marcas que existen y por las asimetrías de información que tiene el paciente. En otros sectores, las medidas de concentración de la producción al interior

de cada producto homogéneo, se pueden medir indistintamente en valores de ventas o en unidades vendidas, por la sustitución perfecta que existe entre los mismos productos de diferentes empresas, dada la dinámica de los mercados para generar un precio único para el producto, independientemente de quien lo produce. En el sector de medicamentos, productos iguales desde el punto de vista terapéutico, no se manifiestan como sustitutos perfectos en el mercado, porque los consumidores no los consideran así, como lo evidencia empíricamente la existencia de diferencias sustanciales de precios entre productos de marca y productos genéricos con el mismo principio activo, aún en el caso que sean alternativas de tratamiento con la misma eficacia terapéutica y la misma biodisponibilidad. Este mismo fenómeno económico puede darse entre productos de moléculas diferentes que tienen eficacias terapéuticas similares, desde el punto de vista clínico.

Es por eso, que la Comisión al momento de considerar que un medicamento debe entrar a un régimen especial de precios, debe tener en cuenta entre otros criterios, el anatómico, farmacológico, terapéutico y en especial el criterio químico, este último correspondiente al principio activo del medicamento.

En este sentido, vale la pena resaltar lo que señaló la Superintendencia de Industria y Comercio en su Concepto 03012384 del 29 de Mayo de 2003: “,.. la libertad económica, como concepto ligado a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, como todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general. ”

La Ley 81 de 1988 establece un régimen general de control de precios, aplicable a las entidades que la misma ley señala y en las condiciones allí previstas. No obstante, el régimen de control de precios de medicamentos y dispositivos médicos es un régimen especial de control de precios. Éstas como consumidoras de este mercado de manera general no tienen elección cuando se trata de comprar un medicamento o someterse a un tratamiento debido a que la oferta es limitada en algunos casos y en otros debe someterse a la prescripción del médico tratante. De modo que no se trata solamente de que el precio influya a los consumidores en la compra de un determinado medicamento al compararlo con otro sino que, en la mayoría de los casos no tiene otra elección distinta a adquirir el medicamento prescrito.

Por esta razón, para evitar abusos en la fijación de los precios la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos -CNPMD- debe fijar una política especial de precios para los medicamentos y los dispositivos médicos y tener la facultad de ampliarla, modificarla o complementaria en cualquier tiempo, de conformidad con la evolución del mercado. Como se mencionó, los dispositivos médicos comparten las características fundamentales de los medicamentos y es por eso que a través del Decreto 126 de 2010, se amplían las facultades de la Comisión para incluirlos en el régimen especial de precios.

Una política adecuada de control de precios de medicamentos y dispositivos médicos contribuye a la realización del deber del Estado de velar por la protección de la salud de la población al permitir el acceso a los medicamentos y dispositivos médicos necesarios para los diferentes tratamientos médicos a un precio razonable. Una manera de prevenir que en la cadena de comercialización, se incrementen los precios por encima de lo que puede ser considerado como razonable es mediante el seguimiento y control, y si es necesario la fijación de los márgenes máximos de comercialización para los medicamentos y dispositivos médicos puesto que en muchos casos la asimetría de los precios se debe a las grandes diferencias en los márgenes de comercialización.

Las entidades administradoras de planes de beneficios -EAPB-, es decir, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, Empresas Solidarias de Salud, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud; administran recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que la jurisprudencia constitucional ha considerado como recursos públicos de naturaleza parafiscal que deben estar afectos a la prestación de los servicios de salud dentro de los mayores parámetros de racionalidad y economía.

Por esta razón el decreto estableció que los medicamentos y los dispositivos médicos no pueden ser adquiridos por encima de los precios señalados por la CNPMD para aquellos productos que se encuentren incluidos en los regímenes de libertad regulada o de control directo. En iguales condiciones se encuentran las Instituciones Prestadoras de Servicios -IPS- cuando reciben recursos parafiscales para la prestación de servicios. La vigilancia de las

EAPB y de las IPS le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud pero la competencia de vigilar el cumplimiento de las normas de control de precios la realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, de tal forma que se estableció la colaboración armónica entre Superintendencias a través de convenios.

La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos creada por la Ley 100 de 1993 está conformada por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el Ministro de la Protección Social y un Delegado del Presidente de la República. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ejerce la Secretaría Técnica de la Comisión. Esta Secretaría está a cargo de la Dirección de Regulación de dicho Ministerio, la cual actualmente cuenta solamente con dos profesionales de apoyo en el seguimiento de la política y recursos por \$67.200.000.00. Con estos recursos actualmente se realizan actividades de difusión y visitas aleatorias a los diferentes actores de la cadena con el fin de verificar el cumplimiento de la política de precios de medicamentos. No obstante es evidente que tales recursos son muy limitados para realizar un seguimiento adecuado y eficaz.

Con la finalidad de ejercer el debido control y seguimiento de la política de precios de medicamentos, la cual además por virtud del decreto en comento, incluye ahora los dispositivos médicos, se hace necesaria la obtención de mayores recursos con el objeto de incrementar las capacidades técnicas de la CNPMD, para lo cual se ha previsto que el Ministerio de la Protección Social destine recursos suficientes, dado su carácter de Director del Sistema de Seguridad Social.

1.2.5 Justificación procedimientos y multas.

Las leyes 9 de 1979, 15 de 1989, 10 de 1990, 100 de 1993, 643 de 2001, 715 de 2001, 828 de 2003, 972 de 2005, 1098 de 2006 y 1122 de 2007 definen el sistema de multas que puede imponer la Superintendencia Nacional de Salud a través de diferentes procedimientos que impiden una reacción pronta ante la violación de las normas por parte de los actores del SGSSS. Estas multas van desde la amonestación escrita hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se imponen a través de diferentes procedimientos que no garantizan la rápida respuesta que necesita el sistema de salud.

Por su parte el Decreto 2876 de 1984 le confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio en los artículos 11 y 12, la competencia para sancionar las conductas que atentan

contra el régimen general de precios. Las normas del Decreto referido la facultan para sancionar y vigilar a las entidades y agentes del SGSSS y a los actores de las cadenas de producción y comercialización de medicamentos y dispositivos médicos, específicamente por las infracciones al régimen especial de control de precios y dispositivos médicos, pero el escaso poder disuasorio de las sanciones y las multas que de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 2876 de 1984 son hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, hacían inocua su vigilancia.

Con el objeto de que las multas se constituyan en un elemento verdaderamente disuasivo para quienes tienen la intención de incurrir en una violación de las normas legales, es necesario que su cuantía resulte adecuada para este fin.

Por estas razones para garantizar un sistema de inspección, vigilancia y control con facultades expeditas y a su vez disuada a los actores a la comisión de actividades que atenten contra las normas del SGSSS y del control de precios de medicamentos y dispositivos médicos se propuso el fortalecimiento de las multas y la simplificación de los procedimientos sancionatorios.

1. Justificación disposiciones en materia disciplinaria.

El Decreto 4975 de 2009, a través del cual se declaró el Estado de Emergencia Social, señala la importancia de tomar medidas para fortalecer los mecanismos de control frente a la evasión y la elusión en el sector de la salud, así como también, dispone la necesidad de evitar y corregir las desviaciones en el uso de recursos y de fomentar la transparencia en sistemas.

Estos objetivos solamente pueden alcanzarse con la adopción de medidas que permitan luchar contra la corrupción y el fraude en el sistema de salud en Colombia, en el cual se desvían recursos, se abusa del precio de los medicamentos, se presentan recobros fraudulentos y se niega la atención inicial de urgencias de los pacientes, tal como se explicará a continuación,

En el año 2009 aumentó de manera alarmante el número de casos de corrupción en el sector

de la salud, situación que se evidencia en las sanciones disciplinarias, pliegos de cargos y procesos en curso llevados a cabo por la Procuraduría General de la Nación sobre este tema:

a) En marzo de 2009, la entonces alcaldesa municipal de Barbosa (Santander) fue destituida e inhabilitada por 10 años por irregularidades en un contrato de prestación de servicios suscrito con una IPS.

b) En junio de 2009, el entonces Director del Instituto Departamental de Salud de Caquetá fue destituido e inhabilitado por 13 años por aprovechamiento de recursos de la salud en provecho de terceros.

c) En julio de 2009, la entonces Gerente de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca fue destituida' e inhabilitada por 12 años por la falsificación de certificados,

d) En junio de 2009, la entonces gerente de la Empresa Social del Estado (ESE) San Rafael fue destituida e inhabilitada por 10 años, por irregularidades en su vinculación.

e) En septiembre de 2009, los entonces Gerentes de la Lotería del Libertador del Magdalena fueron sancionados con dos meses de suspensión por irregularidades en la administración de los recursos derivados de las rentas del monopolio del juego de lotería.

f) En abril de 2009, el entonces alcalde encargado del municipio de San Juan del Cesar (Guajira) fue suspendido por un mes por haber “contratado con la clínica privada Someda Ltda, la prestación de los servicios de salud a los beneficiarios del régimen subsidiado en acciones de promoción y prevención en el citado municipio, a sabiendas de que el hospital San Rafael Nivel II venía prestando dichos servicios y además había presentado propuesta para contratar este servicio nuevamente, por vencimiento del contrato.

h) Igualmente, las irregularidades en el sector llevaron a que el Procurador General de la Nación instara a “tener en cuenta la inversión tendiente a disminuir o mantener los niveles de cobertura en educación básica, salud de la población pobre, acueducto y saneamiento básico, así como la disminución de la mortalidad infantil.

Las anteriores circunstancias motivaron que en noviembre de 2009, el Procurador General de la Nación ordenara “iniciar indagación preliminar y adelantar las etapas procesales

disciplinarias necesarias para determinar posibles responsables por el deficiente flujo de recursos en el sector salud y determinar si con conductas atribuibles a funcionarios públicos o a particulares que administran recursos públicos, se atentó contra la normatividad vigente” ante las reiteradas quejas por la demora en el flujo de recursos en el sector salud y la deficiente respuesta por parte de los actores del sector a la etapa preventiva.

i) Adicionalmente, debe destacarse que en diciembre de 2009, la Secretaría Distrital de Salud fue condenada por el Tribunal de Arbitramento de la ARS UNICAJAS – COMFACUNDI contra el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaría Distrital de Salud por concepto de los descuentos retroactivos efectuados de manera irregular.

En el año 2008, por la época en la cual se profirió la sentencia T-760 de la Corte Constitucional que motivó la declaración de la emergencia también se evidenciaron graves casos de corrupción:

a) En diciembre de 2008, la entonces alcaldesa del municipio de Apartadó fue destituida e inhabilitada por irregularidades en el manejo de los recursos provenientes del Plan de Atención Básica en Salud.

b) En agosto de 2008, el entonces alcalde y Secretario de Salud Municipal del municipio de Sabanagrande (Atlántico) fueron sancionados con suspensión de tres meses por irregularidades relacionadas con la administración de recursos del régimen subsidiado en salud.

c) En junio de 2008, dos gerentes de la lotería de Bolívar fueron destituidos e inhabilitados por 11 años por no girar al sector salud los recursos correspondientes.

d) En febrero de 2008, se formuló pliego de cargos contra el entonces gobernador del departamento del Chocó por supuestas irregularidades en el manejo y destinación de los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud.

e) En enero de 2008, la Procuraduría Regional del Atlántico formuló cargos contra los entonces representantes legales de tres Administradoras del Régimen Subsidiado ARS por mantener deudas con los hospitales departamentales que prestan el servicio de salud.

f) En marzo de 2008, el entonces alcalde de Barbacoas (Nariño) fue sancionado con

destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por un término de 20 años por no transferir los recursos del régimen subsidiado en salud y darles destinación indebida.

1.2.6.1 Procedimiento sancionatorio abreviado.

Los anteriores casos evidencian la necesidad de que los procesos disciplinarios relacionados con faltas que afecten los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se tramiten a través de un procedimiento abreviado y no a través de un procedimiento ordinario de acuerdo a la ley 734 de 2002 e igualmente que los mismos sean sancionados con falta gravísima a aquellas personas que desvíen u obstaculicen el uso de los recursos destinados para el Sistema General de Seguridad Social en Salud o el pago de los bienes o servicios financiados con éstos y a aquellas personas que cumpliendo funciones de policía judicial no declaren en los procesos en los que se investiguen eventos de corrupción o fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1.2.7 Justificación a la modificación y adición al Código Penal y expedición de otras disposiciones.

La agravación de las conductas punibles está fundada en que las mismas no solamente afectan a los bienes jurídicos objeto directo de la acción, sino también a la salud pública:

a) En los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposos que afectan recursos de la salud se afecta inicialmente la administración pública pero también se pone en grave peligro la salud de las personas, especialmente en países como Colombia, donde los fondos de la salud son limitados.

b) En los delitos de especulación, contrabando y agiotaje respecto de medicamentos, se afecta inicialmente el orden económico social pero también evidentemente la salud.

c) En el mismo sentido, en la omisión de socorro se pone en peligro la vida pero también la salud de las personas.

Sumado a los casos disciplinarios reseñados anteriormente sobre corrupción y fraude en el sistema de seguridad social en salud, en la Fiscalía General de la Nación se tramitan en la actualidad múltiples procesos penales relacionados con la desviación y la apropiación de recursos de la salud, dentro de los cuales podemos señalar los siguientes:

- a. Proceso 1638 por el delito de peculado por aplicación oficial diferente contra el ex alcalde de Santa Marta, en el cual se investiga la destinación de recursos del PAB Plan de Atención Básica para rubros como: identificación Biométrica de ciudadanos, remodelación de la oficina en donde funciona el PAB, gastos de refrigerios, celaduría y digitación por \$26.7 millones.
- b. Proceso 24 por los delitos de peculado, falsedad, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, iniciado por la apropiación de recursos del régimen subsidiado por funcionarios de la ARS “Covisalud” de la ciudad de Bucaramanga en el cual los implicados ya fueron condenados por el Juzgado 10 Penal del Circuito de Cundinamarca.
- c. Proceso 54 por los delitos de peculado y falsedad, iniciado por la apropiación de recursos del régimen subsidiado por funcionarios de la ARS “Saluddar” de la ciudad de San Gil, quienes fueron condenados por el Juzgado 1 o del Circuito de San Gil (Santander).
- d. Proceso 68 por el delito de peculado, iniciado por la apropiación de recursos del régimen subsidiado por funcionarios de la ARS “Coisbu” de la ciudad de Bucaramanga, quienes fueron condenados por el Juzgado 10 Penal del Cto. Bucaramanga.
- e. Proceso 92 por el delito de peculado, iniciado por la apropiación de recursos del régimen subsidiado por funcionarios de la Secretaria Departamental de Salud de Santander, en el cual ya se profirió sentencia condenatoria
- f. Proceso 576 por el delito de peculado, iniciado por la apropiación de recursos del régimen subsidiado por funcionarios de la ARS “Salud Colombia” de la ciudad de Bucaramanga.
- g. Proceso 1678 por el delito de peculado, iniciado por la apropiación de recursos del Plan de Atención básica del municipio de Sahagún (Córdoba), el cual se encuentra en etapa de juicio en el Juzgado Penal del Cto. de Sahagún Córdoba.
- h. Proceso 1785 por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, iniciado por el fraccionamiento de contratos al Secretario de salud Departamental de Córdoba por dos contratos de vacunas de perros y gatos, el cual se encuentra en etapa del juicio en el Juzgado 20. Penal del Cto. de Montería Córdoba.
- i. Proceso 2078 por los delitos de falsedad y estafa, en el cual se investiga que la EPS

SALUD MEDICA presuntamente contrató con una serie de sociedades de Derecho Privado para obtener beneficios en detrimento de los intereses de COOMEVA EPS, toda vez que al colapsar aquella, esta asumió las obligaciones contraídas por aquella.

j. Proceso 2228 por el delito de estafa, en el cual se investigan presuntas irregularidades presentadas por la contratación efectuada al interior de COOMEVA E.P.S., Cooperativa Médica del Valle y de profesionales, cuyo objeto social es la “filiación y registro de la población al sistema general de seguridad social en salud.

k. Proceso 2229 por el delito de falsedad, en el cual se investiga ala conducta de COOMEVA EPS que contrató con la empresa Medicamentos de Occidente Ltda, la prestación de unos servicios, contrato que a la luz del objeto social no podía cumplir debido a la falta de capacidad y a que hubo lucro excesivo en los manejos de VIH-SIDA con suministro de medicamentos al igual que en lo referente a reemplazos de articulaciones, como haber realizado facturaciones dobles, facturación a personas fallecidas o facturación a afiliados que fueron atendidos por otra entidad.

l. Proceso 2240 por el delito de peculado por apropiación, en el cual se investigan irregularidades en el manejo de recursos para la salud, en el municipio de Puerto López (Meta), vigencia 2004-2005.

m. Proceso 1696 por el delito de peculado por apropiación en el cual se investiga la desviación de los recursos para la salud de la Lotería del Chocó y que se adeudan a Dasalud Chocó en el año 2004.

n. Proceso 981, en el cual se investiga el manejo irregular de recursos de la salud de la ARS Coesperanza Sogamoso en el cual ya se presentó sentencia condenatoria.

o. Proceso 984, en el cual se investiga el manejo irregular de dineros régimen subsidiado ECOSMAR Tunja

p. Proceso 1007, en el cual se investiga el manejo irregular de dineros EPS Risaralda, proceso en el cual ya existe sentencia condenatoria

q. Proceso 1857, iniciado por los delitos de peculado por apropiación, prevaricato y falsedad, en el cual se investiga la apropiación de recursos provenientes de transferencias

hechas a través del Sistema General de participaciones y cuya destinación única y específica por leyera para Saludrégimen subsidiado. – vigencia años 2002 -2003.

r. Proceso 1940, iniciado por el delito de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente en el cual se investigan las transferencias irregulares de recursos al Departamento de Salud de Quibdo – Chocó, provenientes del impuesto al consumo licores nacionales envasados por la fabrica licores del valle para la fabrica Licores Choco,- vigencias fiscal 2003 2004

s. Proceso 1953, iniciado en el cual se investigan presuntas irregularidades en la Contratación de suministro Medicamentos de DASALUD Chocó período 2004-2007, y contratación de Personal.- Contratación del Hospital Bahía y contratos celebrados por los Municipios de Solano, Pizarro y Tadó.

Sin embargo, el caso más grave de corrupción en el sector salud se encuentra en proceso de investigación y se presentó en el Instituto de Seguros Sociales. De una parte, existen serios indicios sobre el direccionamiento de la licitación para organizar y sistematizar información del archivo del ISS en el cual está involucrado el propio ex gerente de la entidad.

Por otro lado, los riesgos de corrupción del sistema de seguridad social en salud fueron señalados en el documento publicado en el 2009 y denominado “Dilemas en las decisiones en la atención en salud” elaborado por La Procuraduría General de la Nación, la Universidad de Antioquia, la Facultad Nacional de Salud Pública, la Universidad Industrial de Santander y COLCIENCIAS. Este documento señala los riesgos que implica el sistema para el clientelismo.

1.2.7.1 Las principales formas de defraudación al sistema de seguridad social en salud han sido expresadas por la Procuraduría General de la Nación de manera categórica, aunque desafortunadamente hasta el momento no han tenido una solución, que es la que se pretende con el decreto:

a) Solicitud de requisitos no contemplados en la ley.

b) Inconsistencias en los sistemas de afiliación y la falta de actualización inmediata con relación a pagos.

c) Exigencia de fuertes cantidades de dinero para prestar atención, especialmente de urgencias.

d) Discriminación en la atención a los afiliados.

1.2.7.2 Las decisiones de los comités técnico científicos tienen una vital importancia en el sistema de seguridad social en salud, pues en estos se decide qué procedimientos se realizan cuando no están incluidos en el POS. Sin embargo, estos comités están conformados por particulares cuya responsabilidad no estaba claramente definida en la ley, lo cual puede fomentar la irresponsabilidad en el manejo de los recursos del sistema de salud.

1.2.7.3 Se consagra de manera expresa la calidad de particulares que prestan funciones públicas para efectos penales a aquellas personas que administren recursos de la salud, circunstancia que tiene fundamento en el artículo 20 del Código Penal y que ha sido muy controvertida y por ello se quiere cerrar definitivamente el debate sobre esta situación.

A través de esta norma se pretende aplicar los delitos contra la administración pública relacionados con el manejo de recursos públicos, como el peculado por apropiación, el peculado por aplicación oficial diferente y el peculado culposo a aquellas personas que administren recursos de la salud.

El efecto más importante de esta medida es la posibilidad de imputar responsabilidad culposa y por desviación de recursos a rubros no autorizados a quienes administren recursos de la salud, situación que anteriormente no era posible, pues el delito que se estaba aplicando es el abuso de confianza calificado, el cual castiga solamente modalidades de apropiación y no de desviación de recursos, y además esta conducta punible solamente está contemplada en la modalidad dolosa y no culposa.

El decreto de emergencia socio económica hace mención, como una de las principales causas de la misma, la desviación de recursos del sistema, situación que sucede frecuentemente en las instituciones que hacen parte del sistema de salud y por ello es necesario aplicar frente a las mismas el delito de peculado por apropiación oficial diferente.

Otro factor que ha motivado la crisis es el manejo irresponsable y descuidado de los recursos del sector de la salud, conducta que como se señaló no podía sancionarse penalmente a

pesar de su gravedad, pues la conducta punible que se estaba aplicando para estos particulares era el abuso de confianza calificado, que solamente tiene modalidad dolosa.

1.2.7.4 Al consagrar una modalidad agravada de omisión de socorro tipificada como conducta punible en el código penal en aquellos eventos en los cuales se niegue la atención inicial de urgencias, se busca un efecto preventivo general, por medio del cual las personas que prestan el servicio de salud sean conscientes de la importancia de la atención inicial de urgencias.

Esta conducta está basada en el llamado “paseo de la muerte”, en el cual una persona es remitida de una institución del sistema de seguridad social a otra hasta que finalmente perece. Muchos son los casos denunciados del paseo de la muerte en diversas ciudades del país que incluso han originado investigaciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, como se acreditó en el documento técnico del decreto legislativo.

1.2.7.5 Se consagra una nueva causal de agravación de la estafa que se presenta en aquellos eventos en los cuales la conducta tenga por objeto afectar el sistema de seguridad social en salud.

La tipificación de esta conducta busca canalizar a través de la estafa todas aquellas conductas en las cuales se defraude al sistema general de salud, tales como la sobrefacturación en los recobros, la duplicación de bases de datos, la afiliación de personas muertas y la sustitución de usuarios, entre otros.

Uno de los eventos que implica una mayor desviación de recursos en el sistema de seguridad social en salud, son los recobros al FOSYGA en relación con recursos de la salud, situación en la cual se realizan todo tipo de fraudes que deben ser castigados por el ordenamiento jurídico penal dentro del marco de un delito cuya aplicación ha demostrado ser eficaz para la persecución del fraude, tal como sucede con el delito de estafa.

En este sentido, no se optó por la tipificación de una conducta punible nueva en relación con el recobro al FOSYGA, pues se hubiera generado confusión respecto de las defraudaciones que ya se vienen generando al sistema de seguridad social en salud. Se prefirió entonces la utilización de una conducta punible ya existente pero agravada, como la estafa, que reúne los dos requisitos fundamentales que se presentan en los fraudes al sistema general de

salud: el engaño y el perjuicio patrimonial.

Las irregularidades en los cobros realizados al FOSYGA que van desde la presentación de información falsa hasta la realización de cobros con enmendaduras también se relacionan en el documento técnico y la gravedad de las mismas hizo que la Superintendencia Nacional de Salud las comunicara al Fiscal General de la Nación.

1. 2.7.6 Se agrava la pena aplicable al delito de especulación en los eventos en los cuales la misma se lleve a cabo sobre medicamentos.

Se busca adoptar una medida coherente con la regulación contemplada en el mismo decreto en relación la regulación de los precios, en el cual se señala un régimen de control escalonado de precios que se va haciendo más estricto a medida que se detectan más problemas en el precio de los medicamentos. El delito aplicable a la venta de productos de primera necesidad por encima de los precios autorizados es el delito de especulación, sin embargo, existía controversia sobre aquellos objetos que pudieran comprenderse dentro de la expresión de primera necesidad, situación que es especialmente grave en el tema de los medicamentos.

Por lo anterior, la medida busca señalar explícitamente que la venta de medicamentos a precios superiores a los autorizados es una forma de especulación, además de que se agrava la pena para que tenga medida de aseguramiento. El reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la salud no solamente puede implicar la protección del mismo en su prestación asistencial, sino también frente a la defensa de los usuarios de los abusos en los precios de los medicamentos.

1.2.7.7 Se señala que la realización de maniobras fraudulentas en relación con el precio de los medicamentos es una modalidad agravada de agiotaje. Se busca evitar que en el nuevo esquema de control de precios de los medicamentos, basado en la información suministrada por los proveedores, se realicen maniobras dirigidas a alterar el precio.

Al crearse un esquema de control en el precio de los medicamentos basado en la información suministrada por el mercado y los proveedores, es necesario dotar al mismo de mecanismos para sancionar los eventos en los cuales se manipule la información atribuida por aquellos.

1.2.7.8 Se busca agravar la pena imponible al delito de contrabando en aquellos eventos en los cuales éste se realice sobre medicamento, dispositivo, suministro o insumo médico a fin de reducir la grave problemática del contrabando de medicamentos y productos médicos mediante el agravamiento de la pena de una conducta que en la actualidad ni siquiera tiene medida de aseguramiento y por tanto además es excarcelable.

En la actualidad el delito de contrabando es una conducta punible a la cual se le aplica una pena menor que implica que no merezca medida de aseguramiento adecuada. El contrabando respecto de medicamentos o productos médicos merece una doble agravación, pues la misma no solamente afecta el orden económico social, sino también la salud pública y por ello la pena imponible debe ser grave.

1.2.7.9 Se sancionan las mafias que se han formado alrededor de los medicamentos de alto costo, los cuales son revendidos de manera indiscriminada, causándose así un grave daño al sistema de seguridad social. Con esta medida se busca terminar con las mafias creadas alrededor de la reventa de medicamentos entregados a los usuarios.

En la actualidad existen verdaderas mafias en torno a muchos medicamentos entregados en el marco del sistema de seguridad social en salud, circunstancia que pone en riesgo la salud de los pacientes y además genera pérdidas millonarias al sistema, pues genera un mercado negro en el cual se realizan todo tipo de defraudaciones.

1.2.7.10 Se busca agravar las penas aplicables a los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo cuando se realicen frente a recursos de la salud a fin de prevenir y sancionar adecuadamente los eventos de desviación y el descuido en el manejo de los recursos relacionados con la salud. Los delitos en los cuales se afectan recursos de la salud, no solamente lesionan el patrimonio público, sino que además ponen en peligro la salud de los pacientes.

1.2.7.11 Se crea el Fondo anticorrupción en salud para la lucha contra la corrupción y el fraude al sistema general de seguridad social en salud con el objeto de financiar un sistema para la unificación de los datos recolectados sobre fraudes al mismo. Se busca financiar un sistema unificado contra la corrupción y el fraude en el sistema de salud, así como también la coordinación entre las entidades públicas, que participan en la lucha contra este fenómeno.

La información relacionada con eventos de corrupción y fraude en el sistema de seguridad social en salud es completamente dispersa, circunstancia que dificulta la labor de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y de la Fiscalía General de la Nación y de la propia judicatura para la imposición de sanciones sobre este tipo de conductas.

Por otro lado, las entidades de control y la Fiscalía General de la Nación requieren recursos para fortalecer la investigación y la participación en los procesos relacionados con la corrupción y el fraude en el sistema de salud, pues de lo contrario todas las demás medidas serán completamente estériles y solamente contribuirán a la congestión del sistema acusatorio.

1. Relación directa y específica con el estado de emergencia.

Es preciso señalar que, tanto los departamentos, distritos, municipios y entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios han informado al Gobierno Nacional sobre las grandes dificultades por las que atraviesan, el déficit de recursos, el incremento de la cartera que deben enfrentar. Lo anterior obligó al Gobierno Nacional a tomar medidas inmediatas para lograr obtener los recursos necesarios para impedir la cesación en la prestación de los servicios de salud.

Como resulta apenas razonable, en la búsqueda de soluciones, la primera gestión que debe adelantarse es la inspección vigilancia y control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para evitar la defraudación patrimonial del mismo, como consecuencia de prácticas fraudulentas, inseguras e ilegales.

Así las cosas, es claro que existe una relación directa y específica entre el decreto dictado y la situación que determinó la emergencia social. Sobre el particular se pronunció la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 005 de mayo 11 de 1992, Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein:

“Como se dejó expresado, es requisito para la validez de los Decretos Legislativos proferidos en desarrollo del estado de emergencia social, que las medidas en ellos adoptadas tengan

como finalidad exclusiva la de “conjurar la crisis” e “impedir la extensión de sus efectos”, que es lo que ordinariamente ha sido denominado por la Jurisprudencia y la Doctrina como “conexidad”, definida ésta como la “relación directa y específica” entre las normas dictadas y la situación que determinó la implantación del estado de emergencia”.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-802 de octubre 2 de 2002, en cuanto a los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia, cuando era de su competencia la revisión de los decretos legislativos dictados durante el estado de excepción, precisó:

“Por su parte, los decretos legislativos dictados durante el estado de excepción se sometían a un control material en el que se tenían en cuenta elementos como la conexidad entre las medidas tomadas por el ejecutivo y los motivos de la declaratoria y la sujeción de estas disposiciones a los límites de las facultades otorgadas para conjurar la perturbación del orden público.

Frente a la naturaleza del control jurisdiccional sobre los decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de excepción, indicó la Corte Suprema: “La norma reguladora del estado de sitio (art. 121) exige que las medidas adoptadas por el Gobierno tengan relación de causalidad entre los motivos que se invocaron para su declaratoria y la conservación o restablecimiento de la normalidad. Por otra parte, podría considerarse que la calificación de la conducencia al restablecimiento del orden fuera de la omnímoda decisión del gobierno por la responsabilidad posterior de sus actos; empero, la Constitución señala como requisito de validez de los decretos expedidos que se sujeten a los precisos límites indicados en la Carta; el sometimiento a esos límites, no puede, por consiguiente, ser discrecional de quien adopta la medida, sino que debe someterse al control jurisdiccional que el mismo estatuto encomienda a la Corte Suprema; la obligación de conservar o restablecer el orden público con medidas adecuadas y la de impedir el ejercicio abusivo en la adopción de tales medidas, deslinda las funciones asignadas a las ramas ejecutiva y jurisdiccional del poder público; la responsabilidad posterior del Gobierno por el exceso o el uso indebido de las facultades es atribución que corresponde al Congreso”. Sentencia del 7 de diciembre de 1978. M.P. Luis Sarmiento Buitrago. 1ª tesis similar se encuentra en Sentencia del 2 de febrero de 1978 “M.P. Luis Carlos SÁCHICA.”

Ahora en cuanto a la conexidad tanto interna como externa del Decreto Legislativo dictado durante el Estado de Excepción, la Corte Constitucional en Sentencia C-146 de marzo 12 de 2009, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, precisó:

“De este modo, se ha señalado por la jurisprudencia que el primer límite corresponde a la conexidad de las finalidades del decreto legislativo que modifica el presupuesto general de la nación, tanto con las consideraciones que expuso el Gobierno para justificar dicha modificación (conexidad interna), como con las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (conexidad externa). A este respecto, al sintetizar las reglas aplicadas por el citado precedente, la Corte ha señalado que en “relación con la facultad del ejecutivo de modificar o adicionar el presupuesto de rentas y gastos de la nación durante los estados de excepción, hay que indicar que de la Carta Política se desprenden condicionamientos que imposibilitan que el ejercicio de esa facultad se configure en un poder omnímodo. El primero de ellos es la necesaria conexidad entre el objetivo de la modificación presupuestal y las causas que motivaron la declaratoria del estado de excepción. A juicio de la Corte, esta relación de conexidad es doble, ya que comprende, de un lado, la existente entre las causas que generaron la declaratoria y su finalidad, y de otro, la existente entre las causas de expedición del decreto legislativo que modifica el presupuesto y las materias que regula.”

Entonces, el Decreto Legislativo No. 126 de 21 de enero de 2010 cumple con los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional, así:

En cuanto existe una conexidad interna, en las consideraciones del Decreto Legislativo bajo examen, el Gobierno tuvo en cuenta la necesidad de implementar un mecanismo de inspección, vigilancia y control, que permita la recuperación de los recursos y la sanción de los culpables.

En cuanto existe una conexidad externa, pues las causas de la Declaratoria de Estado de Emergencia Social comprende el alto porcentaje de defraudación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. Insuficiencia de la legislación ordinaria.

El sistema de inspección, vigilancia y control, establecido en la Ley 1122 de 2007, no resulta suficiente para evitar la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ello por cuanto, los hechos que sustentan la declaratoria de la emergencia social han superado la capacidad y los mecanismos preventivos sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el sistema de salud, lo cual justifica adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, de recuperación de recursos y punitivos con el objeto de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas o ilegales; así como fortalecer la atención del usuario y las facultades de inspección, vigilancia y control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del SGSSS.

Lo anterior, debe analizarse considerando que la Ley 100 de 1993 regula la composición del SGSSS así: organismos de Dirección, Vigilancia y Control; organismos de Financiación y Administración; las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud públicas, mixtas o privadas y los afiliados, beneficiarios y Comités de Participación Comunitaria.

De otra parte, la Ley 1122 de 2007, si bien definió con mayor precisión los alcances del subsistema de inspección, vigilancia y control del SGSSS, especialmente en lo relacionado con la financiación, administración, aseguramiento y prestación de servicios, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma han resultado insuficientes ante el crecimiento de las particulares situaciones que generaron la crisis del sector, otra razón que hace imperativo que en el desarrollo de esta emergencia se establezcan disposiciones que propendan por el goce efectivo del derecho a la salud y los recursos del sistema.

1. 2.10 Forma de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

Resultaba imprescindible adoptar medidas que evitaran la corrupción y la comisión de conductas fraudulentas, inseguras o ilegales. Sobre el particular, al Corte Constitucional en Sentencia C- 179 de abril 13 de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, indicó:

“La debida relación de conexidad que deben guardar las medidas que se dicten durante los estados de excepción con las causas que originaron la declaración del mismo, es un requisito constitucional de ineludible cumplimiento. Por tanto, las normas que se expidan deben estar dirigidas, en forma expresa v directa, a combatir los acontecimientos Perturbadores de la Paz, el sosiego v la tranquilidad ciudadana, eventos que dieron origen a la legalidad

extraordinaria, y con el fin exclusivo de restablecer el orden perturbado”.

Por su parte la Corporación en Sentencia C-328 de mayo 12 de 1999, Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, precisó:

“En relación con la constitucionalidad de los preceptos, que establecen una serie de instrumentos financieros de los cuales puede disponer el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero, estima la Corte que encuadran perfectamente en el ordenamiento superior, en la medida en que no sólo guardan la conexidad directa y específica con las motivaciones que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, exigida Por la Carta Política Para las medidas que adopte el Gobierno, sino que además se constituyen en mecanismos adecuados e idóneos Para Superar y conjurar la crisis causada Por la calamidad Pública, así como Para lograr la rehabilitación y reconstrucción de la zona”

Las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 126 de 2010 son concordantes con el poder de corrección del Estado para garantizar el cumplimiento de las directrices fijadas en la Constitución, la ley, los actos proferidos por autoridades administrativas de nivel superior, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 121 y 123 de la Constitución.

Así mismo, existe relación de conexidad externa directa entre las causas que adujo el Gobierno Nacional para la declaratoria del estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009 y las medidas contenidas en la parte declarativa del Decreto 126 del 21 de enero de 2010. De igual manera, se prueba la relación de conexidad interna en el decreto objeto de revisión, toda vez que la parte considerativa del mismo se complementa con las medidas adoptadas, como pasamos a exponer.

Por lo expuesto, consideramos que el Decreto Legislativo N° 126 de 2010 adopta medidas extraordinarias y transitorias, que contribuyen decididamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

1. 2.11 Conclusiones.

Por todo lo expuesto, solicita la Presidencia declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo No. 126 de 21 de enero de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social

en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”, pues se expidió para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos a que se refiere el Decreto Legislativo Número 4975 de 2009, por el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el país, y se dictó conforme a las facultades del Artículo 215 de la Constitución, a la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, y a la ‘jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, fundamentos que justifican plenamente la medida.

1. Ministerio de Protección Social.

El Ministro de Protección Social, DIEGO PALACIO BETANCOURT, presentó escrito el día 8 de febrero de 2010, dentro de la oportunidad legal, mediante el cual se replica en toda su extensión el documento precedente presentado por la Presidencia de la República, el cual fue transcrito en su integridad, para finalmente solicitar la exequibilidad del decreto Legislativo.

1. Ministerio del Interior y de Justicia.

Mediante escrito presentado a la Corte Constitucional el 8 de febrero de 2010, el Ministerio del Interior y de Justicia radicó escrito en el cual se replicó en toda su extensión el documento presentado por la Presidencia de la República –ya transcrito en su integridad-, para finalmente solicitar la exequibilidad del decreto Legislativo.

Posteriormente, y según nuevo requerimiento efectuado mediante auto de 23 de febrero de 2010, se presentó nuevo escrito mediante el cual, reiteró que el decreto 126 de 2010 contiene 8 artículos que, en resumen, adicionan o modifican diversos tipos penales relacionados con conductas delictivas que afectan el derecho a la salud, por la vía de generar la fuga de recursos necesarios para la atención de la misma. Al respecto puntualizó el representante del Ministerio:

Manifiesta el apoderado que como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención en este mismo expediente, las medidas penales contenidas en el decreto 126 de 2010 se sustentan en los siguientes hechos:

- En la Fiscalía General de la Nación se tramitan en la actualidad múltiples procesos

penales relacionados con la desviación y la apropiación de recursos de la salud, dentro de los cuales relaciona los ya previstos en la transcripción realizada del documento aportado por la Presidencia de la república.

* El caso más grave de corrupción en el sector salud se presentó en el Instituto de Seguros Sociales y se encuentra en proceso de investigación. Existen serios indicios sobre el direccionamiento de la licitación para organizar y sistematizar información del archivo del ISS en el cual está involucrado el propio ex gerente de la entidad.

* Muchos son los casos denunciados del paseo de la muerte en diversas ciudades del país que incluso han originado investigaciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, como se acreditó en el documento técnico del decreto legislativo. Según INSTRUCTIVO No. 0018 del Despacho del Procurador delegado para asuntos laborales, a los pacientes se les exigen fuertes cantidades de dinero en efectivo, como requisito para la atención médico asistencial, sobre todo en casos de urgencias, so pena de no prestar el servicio, con lo cual pone en peligro de muerte al afiliado o al miembro de su grupo familiar.

* Los comités técnico científicos, que deciden los procedimientos a realizar cuando no están incluidos en el POS, están conformados por particulares, cuya responsabilidad no estaba claramente definida en la ley, lo cual puede fomentar la irresponsabilidad en el manejo de los recursos del sistema de salud.

* Otro factor que ha motivado la crisis es el manejo irresponsable y descuidado de los recursos del sector de la salud, conducta que como se señaló no podía sancionarse penalmente a pesar de su gravedad, pues la conducta punible que se estaba aplicando para estos particulares era el abuso de confianza calificado, que solamente tiene modalidad dolosa.

* Uno de los eventos que implica una mayor desviación de recursos en el sistema de seguridad social en salud, son los recobros al FOSYGA en relación con recursos de la salud, situación en la cual se realizan todo tipo de fraudes que deben ser castigados por el ordenamiento jurídico penal dentro del marco de un delito cuya aplicación ha demostrado ser eficaz para la persecución del fraude, tal como sucede con el delito de estafa. Las irregularidades en los recobros realizados al FOSYGA, que van desde la presentación de información falsa hasta la realización de recobros con enmendaduras, también se relacionan en el documento técnico y la gravedad de las mismas hizo que la Superintendencia Nacional de Salud las comunicara al Fiscal General de la Nación. Por ello se consagra una nueva causal de agravación de la estafa que se presenta en aquellos eventos en los cuales la conducta tenga por objeto afectar el sistema de seguridad social en salud.

* En el propio sector farmacéutico se han realizado estudios y encuestas que demuestran que en Colombia los precios de los medicamentos originales y genéricos son mucho mayores que los que se ofrecen en otros países y que las políticas de precios deben modificarse sustancialmente. El delito aplicable a la venta de productos de primera necesidad por encima de los precios autorizados es el delito de especulación, sin embargo, existía controversia sobre aquellos objetos que pudieran comprenderse dentro de la expresión “de primera necesidad”, situación que es especialmente grave en el tema de los medicamentos.

* Al crearse un esquema de control en el precio de los medicamentos basado en la información suministrada por el mercado y los proveedores, es necesario dotar al mismo de mecanismos para sancionar los eventos en los cuales se manipule la información atribuida por aquellos. Por ello se señala que la realización de maniobras fraudulentas en relación con el precio de los medicamentos es una modalidad agravada de agiotaje.

* En la actualidad el delito de contrabando es una conducta punible a la cual se le aplica una pena menor que implica que no merezca medida de aseguramiento adecuada.

* En la actualidad existen verdaderas mafias en torno a muchos medicamentos entregados en el marco del sistema de seguridad social en salud, circunstancia que pone en riesgo la salud de los pacientes y además genera pérdidas millonarias al sistema, pues genera un mercado negro en el cual se realizan todo tipo de defraudaciones. Por ello se sanciona la reventa de medicamentos, lo cual viene causando un grave daño al sistema de seguridad social.

* Los delitos en los cuales se afectan recursos de la salud, no solamente lesionan el patrimonio público, sino que además ponen en peligro la salud de los pacientes. Por ello se busca agravar las penas aplicables a los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo cuando se realicen frente a recursos de la salud a fin de prevenir y sancionar adecuadamente los eventos de desviación y el descuido en el manejo de los recursos relacionados con la salud.

3.2 Conexidad entre las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social y las medidas que en su desarrollo adoptó el gobierno en el Decreto 126 de 2010.

Para cada una de las 8 disposiciones penales contempladas en el decreto 126 de 2010 es pertinente tener en cuenta que como se evidencia de lo expresado en la parte motiva del decreto 4975 de 2009, el sistema de seguridad social en salud se encuentra en un estado inminente de colapso financiero que se manifiesta en el agotamiento de los recursos del Fosyga, la iliquidez de las EPS e IPS y la inviabilidad financiera de las entidades territoriales, lo cual puede llevar a la parálisis total o parcial de la prestación de servicios de salud, que a su vez implicaría una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos, tal como se expresara en los considerandos Nos. 27 y 28 del mencionado decreto, que dicen:

“... el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha

deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable.(Considerando 27)

“... siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos.” (Considerando 28)

Dentro de las múltiples causas que están generando esta situación de inminente colapso del sistema de salud, se encuentra la fuga de recursos financieros de dicho sistema, en virtud de conductas delictivas de diferentes actores y agentes del mismo, por lo que fue necesario adoptar las medidas de tipo penal contenidas en el decreto 126 de 2010, en concordancia con lo expresado en los considerandos Nos. 5, 11, 22, 23, 26, 29, 36, y 41 del decreto que declaró la emergencia social, los cuales dan cuenta de las causas que determinaron la adopción de tales medidas, así:

* El Estado no cuenta con mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de los servicios y medicamentos no incluidos en el POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado. (Considerando No. 5)

* Recientemente, de acuerdo con la información aportada por AFIDRO, Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, se ha logrado evidenciar que, para algunos medicamentos, el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, en algunos casos el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios. (Considerando No. 11)

* De acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos. (Considerando No. 22)

* Estos hechos desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud, necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación en el informe “El Derecho a la Salud”. (Considerando No. 23)

* De mantenerse las actuales condiciones de inminente colapso financiero del sistema de seguridad social en salud, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional. (Considerando No. 26)

* Para conjurar esta situación y la extensión de sus efectos, se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan. (Considerando No. 29)

* Se necesita crear instrumentos que eviten o corrijan desviaciones injustificadas en el uso de los recursos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final. (Considerando No. 36)

* Se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios,, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los planes Obligatorios de Salud, así como establecer

medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales. (Considerando No. 41)

Coherentemente con estas consideraciones expuestas en el decreto declaratorio de la emergencia social, el propio decreto 126 de 2010, en el cual se adoptan las medidas penales objeto de esta intervención, reitera algunas de ellas y expone otras en estrecha relación con dichas medidas, así:

* En el considerando No. 2 del decreto 126 de 2010 se reitera lo dicho en la consideración No. 11 del decreto 4975 de 2009, respecto de la defraudación al sistema de salud mediante la sobrefacturación en el recobro de valores por servicios y medicamentos al Fosyga, lo cual atenta contra la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y pone en inminente peligro el goce efectivo del derecho a la salud de la población;

* En los considerandos Nos. 4 y 9 del decreto 126 de 2010 se reitera y se complementa lo dicho en el considerando No. 41 del decreto 4975 de 2009, en cuanto a la necesidad de adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, de recuperación de recursos y punitivas, con el fin de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales, tales como la destinación diferente de los recursos reservados para la salud, la pérdida o no ejecución de tales recursos en la prestación de los servicios de salud poniendo en riesgo la vida de las personas, el condicionamiento a la práctica o prescripción médica, la recepción de dádivas para prescribir determinados medicamentos o procedimientos, la negativa a prestar atención inicial de urgencias, entre otras;

* En el considerando No. 3 del decreto 126 se reitera lo expresado en el considerando No. 22 del decreto 4975, en cuanto que, de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del SGSSS y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

* En el considerando No. 13 del decreto 126 de 2010 se enuncia la necesidad de dictar disposiciones relacionadas con el régimen de control de los precios de los medicamentos y dispositivos médicos, para propender porque los costos que enfrenta el sector sean consistentes con la viabilidad del SGSSS y se eviten abusos frente al mismo.

* En los considerandos 10 y 11 del mismo decreto se deja expreso que las practicas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública, en la medida en que tales prácticas ponen en grave riesgo la viabilidad y efectividad de la prestación del servicio público de salud y la vida y la salud de los habitantes del territorio nacional, afectando el bien de la salud pública, jurídicamente protegido por la ley penal.

Queda, así, acreditada la relación de conexidad entre el decreto legislativo 126 de 2010, de desarrollo de la emergencia social, y las causas que determinaron la declaratoria de la misma, como también al interior del mismo entre su parte motiva y resolutive, al contrastar cada una de las medidas adoptadas en materia penal, descritas en nuestro escrito inicial y las consideraciones que se tuvieron para expedirlas, expresadas en los considerandos detallados de ambos decretos.

3.3 Elementos técnico-jurídicos que justifican las medidas de tipo penal adoptadas en el Decreto 126 de 2010. Necesidad, finalidad y proporcionalidad de las medidas.

El panorama fáctico descrito en apartes anteriores, que fundamentan las consideraciones en virtud de las cuales se declaró el estado de emergencia social y se adoptaron las medidas legislativas penales en el decreto 126 de 2010, demuestra que las mismas se encuentran directa y específicamente orientadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, con lo cual, hacen parte de las medidas encaminadas a contrarrestar la continuidad y grave perturbación del orden social, en la medida en que se trata de medidas que desestiman conductas que han venido deteriorando los recursos del sistema de salud y por tanto evitan las fugas de recursos de la salud para, en últimas, asegurar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, ligado estrechamente al

derecho a la vida y a la vida digna, ejes fundamentales del Estado Social de Derecho, todo lo cual justifica la necesidad de adoptar las modificaciones efectuadas al Código Penal contenidas en el decreto legislativo 126 de 2010, tal como se expresara en el considerando No. 14 del decreto 126 de 2010, en cuanto a que:

“... las medidas extraordinarias a adoptar resultan necesarias para la protección del goce efectivo del derecho a la salud, a través de los mecanismos legales descritos, en la medida en que le permite a las entidades competentes frenar los abusos detectados y ejercer un papel de control eficaz al contar con los instrumentos jurídicos sólidos e idóneos para ello”.

Precisamente, por la gravedad de los efectos de las conductas delictivas que se tipifican o se agravan en las disposiciones penales aquí examinadas, a saber, la afectación de la salud y la vida de las personas, bienes especialmente protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta ajustado al principio de proporcionalidad contemplar medidas que permitan penalizar de manera más drástica tales conductas, mediante su adición a las circunstancias de agravación de las penas contempladas inicialmente en el Código Penal para las mismas y mediante la tipificación de conductas que no existían en dicho código, de tal manera que, dada la trascendencia social del bien jurídico protegido por los nuevos tipos penales adoptados en el referido decreto legislativo (la vida misma y la vida digna), se justifica imprimirle carácter penal a dichas conductas.

Señala que en el escrito inicial de intervención se justificó cada uno de los 8 artículos de carácter penal contemplados en el decreto legislativo 126 de 2010, desde el punto de vista de su finalidad, la cual, dentro de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, justifican la necesidad de las mismas, así:

El artículo 27, que modifica el artículo 20 del Código Penal, ampliando el concepto de “servidores públicos” para efectos penales para incluir en la categoría de “Particulares que ejercen funciones públicas” a las personas que administren recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo lo relacionado con dichos recursos, tiene como fin generar responsabilidad penal a estas personas, dada la naturaleza de los servicios de salud y su trascendencia en la realización de los fundamentos del Estado Social de Derecho, entre ellos la vida y la dignidad humana, de tal manera que toda persona que administre recursos del sistema de seguridad social en salud puede ser procesada penalmente por los manejos

ilícitos que le de a tales recursos de salud, independientemente de si se trata de un particular o de una persona vinculada laboral o contractualmente con el Estado.

Complementariamente, se justifica esta medida desde el punto de su finalidad porque, como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención dentro de este mismo expediente:

“Con la modificación al artículo 20 del Código Penal se aclara la posibilidad de imputar responsabilidad culposa y por desviación de recursos a rubros no autorizados a quienes administren recursos de la salud, situación que anteriormente no era posible, pues el delito que se estaba aplicando es el abuso de confianza calificado, el cual castiga solamente modalidades de apropiación y no de desviación de recursos, y además esta conducta punible solamente está contemplada en la modalidad dolosa y no culposa. La desviación de recursos del sistema sucede frecuentemente en las instituciones que hacen parte del sistema de salud y por ello es necesario aplicar frente a las mismas el delito de peculado por apropiación oficial diferente.”

El artículo 28 del decreto adiciona el Código Penal con artículo 131 A, en el cual se tipifica el nuevo delito de “Omisión en la Atención Inicial de Urgencias”, con la finalidad contrarrestar una realidad evidente para todos y que vulnera directamente el derecho fundamental de la salud, como es el llamado “paseo de la muerte”, que consiste, como es de conocimiento público, en la negación del servicio inicial de atención de urgencias por algunas entidades promotoras y/o prestadoras del servicio de salud, tanto públicas como privadas, que por evadir un servicio que no les reporte ingresos inmediatos y que sí le implique altos costos, niegan a la población más vulnerable el servicio de urgencias, obligando al paciente y a su familia a realizar un interminable e inclemente recorrido en clínicas, hospitales y centros de salud, que en varias ocasiones implica la muerte del paciente por su estado crítico de salud y que fue lo que originó su solicitud del servicio de urgencias, negándosele sin mayor justificación.

Situación que ha contribuido a deteriorar en alto grado la eficacia del sistema de seguridad social en salud, lo cual contribuye, junto con las causas de carácter financiero, a su deterioro continuo y finalmente a su colapso.

Además, el principio constitucional de solidaridad impone a los colombianos un deber

especial en relación con sus conciudadanos, respondiendo ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, mediante acciones humanitarias.

Es a partir del artículo 95 de la Constitución Política, que toda persona puede esperar de los demás una conducta acorde con las necesidades y condiciones particulares en las que se encuentra.

En este caso nos encontramos en presencia de una persona que debido a su especial situación de inferioridad, debido a la presencia de una enfermedad o situación que aqueja su salud, que se espera una actuación por parte de los demás para socorrerla; más aún cuando éstas otras personas tienen una obligación mayor debido a la condición que ostentan, como lo es el caso de aquellos que institucional y administrativamente prestan el servicio de atención inicial de urgencias.

Por ello, es que se crea un nuevo artículo en el Código Penal que se encarga de sancionar a estas personas que poseen una obligación especial en razón a la actividad que desarrollan y que sin justa causa se abstienen de prestar los servicios de atención en su debida oportunidad.

En su escrito de intervención el Ministerio de la Protección Social expresó: “Al consagrar una modalidad agravada de omisión de socorro tipificada como conducta punible en el código penal en aquellos eventos en los cuales se niegue la atención inicial de urgencias, se busca un efecto preventivo general, por medio del cual las personas que prestan el servicio de salud sean conscientes de la importancia de la atención inicial de urgencias.

En el artículo 29 del decreto se adiciona el numeral 5º al artículo 247 del Código Penal, a efectos de tipificar de manera expresa como una de las conductas susceptibles de sanciones más gravosas dentro del delito de Estafa, la conducta que tenga por objeto defraudar al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

“Como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención dentro de este expediente, la tipificación de esta conducta busca canalizar, a través de la estafa, todas aquellas conductas en las cuales se defraude al sistema general de salud, tales como la sobrefacturación en los recobros, la duplicación de bases de datos, la afiliación de personas muertas y la sustitución de usuarios, entre otros. En este sentido, no se optó por la

tipificación de una conducta punible nueva en relación con el recobro al FOSYGA, pues se hubiera generado confusión respecto de las defraudaciones que ya se vienen generando al sistema de seguridad social en salud. Se prefirió entonces la utilización de una conducta punible ya existente pero agravada, como la estafa, que reúne los dos requisitos fundamentales que se presentan en los fraudes al sistema general de salud: el engaño y el perjuicio patrimonial”.

El artículo 30, que tipifica como circunstancia de agravación punitiva del delito de Especulación, consistente en la venta a precios superiores a los fijados por autoridad competente, el hecho de que la conducta recaiga en medicamento o dispositivo médico, tiene como finalidad desestimular conductas que atenten contra la debida prestación de los servicios de salud, vulnerando la vida y dignidad humana de los pacientes que, por la respectiva especulación, se ven privados, dada su precaria condición económica, de los medicamento o dispositivos médicos necesarios para su recuperación o mitigación de afecciones orgánicas, con lo cual a su vez se vulnera el derecho a la vida digna o inclusive a la vida en sí misma.

Igualmente, como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en el escrito mencionado, “es fundamental que junto al régimen de control de precios contemplado en el decreto, también existan sanciones fuertes frente a su incumplimiento, pues se presenta frente a un elemento esencial del sistema de seguridad social en salud como son los medicamentos. Por ello se agrava la pena aplicable al delito de especulación en los eventos en los cuales la misma se lleve a cabo sobre medicamentos. Se busca adoptar una medida coherente con la regulación contemplada en el mismo decreto en relación la regulación de los precios, en el cual se señala un régimen de control escalonado de precios que se va haciendo más estricto a medida que se detectan más problemas en el precio de los medicamentos. (...) la medida busca señalar explícitamente que la venta de medicamentos a precios superiores a los autorizados es una forma de especulación, además de que se agrava la pena para que tenga medida de aseguramiento. El reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la salud no solamente puede implicar la protección del mismo en su prestación asistencial, sino también frente a la defensa de los usuarios de los abusos en los precios de los medicamentos.

El artículo 31, que adiciona el Código Penal con el artículo 301 A, en el cual se tipifica como

circunstancia de agravación punitiva del delito de Agiotaje, consistente en la maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos, el hecho de que la conducta recaiga en medicamento o dispositivo médico, tiene como finalidad desestimular conductas que atenten contra la debida prestación de los servicios de salud, vulnerando la vida y la dignidad humana, por la alteración del precio de los medicamentos o dispositivos médicos, al privar a las personas de menores recursos de los elementos necesarios para su recuperación o mitigación de afecciones orgánicas.

Complementariamente, como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención: “Al crearse un esquema de control en el precio de los medicamentos basado en la información suministrada por el mercado y los proveedores, es necesario dotar al mismo de mecanismos para sancionar los eventos en los cuales se manipule la información atribuida por aquellos. Por ello se señala que la realización de maniobras fraudulentas en relación con el precio de los medicamentos es una modalidad agravada de agiotaje. Se busca evitar que en el nuevo esquema de control de precios de los medicamentos, basado en la información suministrada por los proveedores, se realicen maniobras dirigidas a alterar el precio.

El artículo 32, que adiciona el Código Penal con el artículo 319-2, en el cual se tipifica como circunstancia de agravación punitiva del delito de Contrabando el hecho de que la conducta recaiga en medicamento, dispositivo, suministro o insumo médico, tiene como finalidad proteger el bien fundamental de la vida en sí misma y la vida digna, en la medida en que desestimula una conducta que puede afectar de manera grave estos bienes esenciales de las personas, al introducir al mercado sin control alguno elementos médicos que pueden no adecuarse a las especificaciones científicas o técnicas necesarias para la salud de las personas.

Complementariamente, como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención: En la actualidad el delito de contrabando es una conducta punible a la cual se le aplica una pena menor que implica que no merezca medida de aseguramiento adecuada. El contrabando respecto de medicamentos o productos médicos merece una doble agravación, pues la misma no solamente afecta el orden económico social, sino también la salud pública y por ello la pena imponible debe ser grave. Se busca agravar la pena imponible al delito de contrabando en aquellos eventos en los cuales éste se realice sobre

medicamento, dispositivo, suministro o insumo médico a fin de reducir la grave problemática del contrabando de medicamentos y productos médicos mediante el agravamiento de la pena de una conducta que en la actualidad ni siquiera tiene medida de aseguramiento y por tanto además es excarcelable.

El artículo 33, que adiciona el Código penal con el artículo 374 A, en el cual se tipifica el delito de venta fraudulenta de medicamentos por parte del paciente a quien le hayan sido entregados para su atención por el sistema de seguridad social en salud, pretende desestimular una conducta muy frecuente en algunos pacientes a quienes se les formula gran cantidad y variedad de medicamentos de alto costo, quienes reducen la aplicación de la dosis formulada por el médico y venden el resto, o, en algunos casos, aprovechando la desarticulación informática del sistema de salud, obtiene varias veces el mismo medicamento por la vía de agendar múltiples citas con diferentes profesionales de la salud, a efectos de vender el excedente de la fórmula que necesita, con lo cual se defraudan los recursos de la salud, contribuyendo al colapso financiero del sistema de seguridad social en salud.

En este caso estamos en presencia de un sujeto activo cualificado, pues se requiere que sea una persona a la que se le hayan entregado los medicamentos para su atención. Así mismo se requiere un elemento subjetivo como lo es el objeto de obtener un provecho para sí o para un tercero.

Vemos cómo en este caso, también se presenta un aprovechamiento de la situación especial en la que se encuentra el sujeto pasivo de la conducta. Adicionalmente, como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en el escrito tantas veces mencionado: En la actualidad existen verdaderas mafias en torno a muchos medicamentos entregados en el marco del sistema de seguridad social en salud, circunstancia que pone en riesgo la salud de los pacientes y además genera pérdidas millonarias al sistema, pues genera un mercado negro en el cual se realizan todo tipo de defraudaciones. Por ello se sanciona la reventa de medicamentos, lo cual viene causando un grave daño al sistema de seguridad social.”

El artículo 34, que tipifica como circunstancias de agravación punitiva del delito de peculado por aplicación oficial diferente, el hecho de que la conducta recaiga en recursos destinados a la salud, y del delito de Peculado Culposos, el hecho de que se cometa frente a bienes del

sector salud, pretende desestimular conductas negligentes que ocasionen la insuficiencia de recursos, implementos y bienes para la salud, por su pérdida, deterioro o extravío, con lo cual se afecta el bien fundamental de la vida y la vida digna.

Como lo expresara el Ministerio de la Protección Social en su escrito de intervención: “Los delitos en los cuales se afectan recursos de la salud, no solamente lesionan el patrimonio público, sino que además ponen en peligro la salud de los pacientes. Por ello se busca agravar las penas aplicables a los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo cuando se realicen frente a recursos de la salud a fin de prevenir y sancionar adecuadamente los eventos de desviación y el descuido en el manejo de los recursos relacionados con la salud.”

Todas estas medidas penales responden proporcionalmente al bien jurídico tutelado como lo es la vida y la vida digna de las personas, a través del aseguramiento de la atención idónea e integral de la salud, por lo cual guardan simetría con la gravedad de los hechos que se buscan conjurar.

La mayor restricción a la libertad de las personas naturales o jurídicas involucradas en las conductas punibles descritas buscan impedir que dichos sujetos continúen delinquir. Se persigue restringir la libertad sobre el delincuente que afecta el bien jurídico de la vida mediante la afectación de los recursos de la salud, en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad institucional, de modo que dichas medidas se corresponden con la dimensión de los problemas presentados y presentes, producto de la grave perturbación del orden social.

3.4 No discriminación.

Como se evidencia en el contenido y alcance mismo de las medidas de tipo penal adoptadas en el decreto cuya constitucionalidad se examina, las mismas no entrañan discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica.

3.5 Motivación de incompatibilidad.

Como ninguna de las medidas penales adoptadas en el decreto 126 de 2010 suspende la

legislación anterior, en el presente caso no hay lugar a justificar incompatibilidad alguna de las normas que se suspenderían frente al estado de excepción.

Tampoco en este caso se suspende derecho o libertad fundamental alguna ni se interrumpe el normal funcionamiento de la Ramas del Poder Público ni de los Órganos del Estado ni se suprimen ni modifican los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

3.6 Análisis integral de constitucionalidad de las medidas adoptadas en el decreto legislativo 126 de 2010.

Con la expedición del Decreto 126 de 2010, el Estado colombiano avanzó en la conservación y consolidación del horizonte filosófico demarcado por el Constituyente de 1991, al fijar los pilares que cimentan la estructura propia del Estado social de derecho.

En esta concepción, los principios fundantes del marco constitucional representados en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, en la solidaridad de las personas que integran la República y especialmente en la prevalencia del interés general, encuentran en la herramienta legal una posibilidad de concreción legítima y razonable de los fines esenciales del Estado.

A partir de la expedición de la norma en comento, estos fines han dejado de ser postulados inertes distantes de la dinámica social y del entorno fáctico, para trascender a un ámbito de aplicación material y no sólo meramente formal de la Carta Política.

Bajo la égida de la Constitución, el Estado debe, en los términos del artículo 2º superior, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de los asociados en las decisiones que los afecten, tanto como en su destino económico, político, administrativo y cultural, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Para efectivizar tales principios, para propender por su ejercicio práctico no sólo dogmático, debe dotarse a las autoridades de la República de instrumentos adecuados a la realidad contemporánea, debe adecuarse su operatividad a la evolución de las diversas manifestaciones delictivas. En síntesis, deben incorporarse mecanismos que de manera

armónica con el entorno constitucional y legal y sobre la base del devenir histórico, permitan dar cabal cumplimiento a los derechos y garantías de los ciudadanos.

Siguiendo a LOEWENSTEIN, una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. Cabría añadir a esta perspectiva, la concurrencia de circunstancias históricas y sistemáticas manifiestas con capacidad de moldear y perfilar el entorno constitucional.

Agrega el autor en cita que para que una Constitución sea real y efectiva tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y hallarse plenamente integrada en la sociedad estatal. De lo contrario, si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, se tratará de una Constitución jurídicamente válida pero carente de realidad existencial.

En similar vía se pronuncia el doctor LUIS CARLOS SACHICA al señalar acertadamente que un análisis limitado y escueto, fundado en el texto constitucional, carece de sentido y deja vacíos en el esquema de las bases de un orden jurídico total. 'Derecho' y 'Estado' no son una creación mágica, ni estructura de formas legales vanas, ni una ordenación estática; uno y otro son la resultante de presupuestos y factores reales que determinan y condicionan su aparición y desenvolvimiento en un proceso continuo, sus modos, su actuación y tendencias, según hechos sociales insoslayables, 'espacio-tiempo histórico', valores éticos, sociales y políticos que impregnan la vida toda de una comunidad civil.

En un primer estadio, la estructura de las conductas que se sancionan penalmente corresponden al ejercicio del poder punitivo del Estado y a la consecuente autonomía propia de la libertad de configuración legislativa.

En materia penal esta posibilidad surge cuando el legislador considera que determinado bien jurídico esta siendo lesionado por una conducta que por su naturaleza amerita una descripción susceptible de responsabilidad en la órbita del derecho penal, por lo cual establece sus elementos e impone una punición que responda a parámetros de proporcionalidad y legalidad, entre otros. Este razonamiento opera igualmente cuando la eventual sanción prevista en otras esferas del derecho no resulta suficiente para el legislador debido a la mayor lesividad de las consecuencias del hecho, al mayor reproche de la

sociedad y a la entidad misma del bien jurídico afectado, por sólo citar algunas de las motivaciones que pueden concurrir al momento de iniciar el proceso de criminalización.

Este proceso parte, siguiendo la doctrina criminológica, de la actividad del legislador al definir el delito en lo que se conoce como poder de definición, esto es, el proceso mediante el cual el gobernante convierte en delictivas ciertas conductas que estima lesivas.

Ahora bien, tal atribución esta sujeta a los límites que impone la propia Carta, de tal suerte que el ejercicio del ius puniendi supone una adecuación de la potestad del legislador con los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución, de tal manera que se garanticen efectivamente los derechos fundamentales dentro de un marco de respeto de la dignidad humana y la libertad.

“la Carta Fundamental se convierte en el fundamento para el ejercicio del ius puniendi, por cuanto le impone al derecho penal la obligación de acatar y a hacer efectivos los valores, principios y derechos previstos en la Constitución, verbi gracia, a través del señalamiento de instituciones jurídicas que promuevan por el acceso a la verdad y a la justicia; y mediante la expedición de medidas legislativas destinadas a garantizar el cabal ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la libertad personal. Por otra parte, la Carta fundamental se convierte en límite del poder punitivo, al impedir que la política criminal del Estado pueda desconocer no sólo la dignidad de las personas, sino también cualquier otro derecho que emane de la naturaleza intrínseca del ser humano (C.P. arts. 5°, 28, 29, 93 y 94).

6. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido todos los elementos que componen el ejercicio del ius puniendi del Estado, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo para establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, tanto la tipificación de las conductas prohibidas y de sus correspondientes sanciones, como el procedimiento para adelantar su investigación y juzgamiento.

Lo anterior implica que el legislador dentro ciertos límites puede desarrollar diferentes modelos de política criminal, que corresponden a orientaciones políticas, filosóficas, culturales o sociales distintas sobre la materia. Lo cual, lejos de ser inconstitucional, es perfectamente compatible con el carácter democrático de la Constitución y, a su vez, con el

reconocimiento del pluralismo político que implica la alternancia de mayorías políticas. [...]

De suerte que, si bien el legislador se encuentra sometido a una relación de subordinación frente a la Constitución, bien puede, en función de su libertad para desarrollar el contenido abierto e indeterminado de los mandatos superiores, tomar diversas opciones dentro del marco de regulación que emana precisamente del contenido normativo de dichas disposiciones del Texto Superior. Lo anterior, es decir, el ejercicio de esa libertad alrededor del pluralismo y de la participación como emanaciones del principio democrático (C.P. arts. 1º y 150-1), es lo que la doctrina constitucional ha denominado la potestad de formación democrática de la voluntad legislativa o la potestad de configuración política del legislador.

(...)

Por consiguiente, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede -entre otras- criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.”

Ahora bien, el análisis acerca del alcance y filosofía de las disposiciones previstas en el decreto 126 de 2010 suponen el desarrollo dogmático del delito omisivo en razón a la especial posición de garante que se asume en determinados eventos.

Ello tiene una génesis constitucional en tanto la Carta Política permite a cualquier particular obrar de conformidad con el deber de solidaridad y proceder en aras de asegurar uno de los fines del Estado, cual es la vigencia de un orden justo. Se anota que esta figura no ésta limitada al titular del bien jurídico afectado por la comisión de un delito, sino a toda persona que por su especial posición se encuentra en condiciones de evitar la realización de un resultado antijurídico.

Ello responde a los deberes de la persona y del ciudadano que el Constituyente dispuso en el entorno jurídico superior y que de manera puntual se compilan en el artículo 95. Dentro de

los mismos se resaltan:

- * Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.
- * Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
- * Propender al logro y mantenimiento de la paz.
- * Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

Delimitando el alcance del citado principio ha señalado esa Magistratura:

“Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental.

En tratándose de derechos fundamentales como la vida y la salud y sus correlativo bien jurídico, a saber, la integridad personal, el deber de solidaridad adquiere relevancia en tanto la evitación de un daño resulta significativa para la protección del conglomerado, para garantizar una efectiva acción de la justicia y, de contera, disminuir los índices de impunidad que afectan el desarrollo económico y social de un Estado. Contrario sensu, el legislador ha elevado a la categoría de conducta punible la inobservancia del citado deber, disponiendo al efecto una pena de prisión cuando se omite prestar el servicio de salud, teniendo el deber jurídico de obrar.

Bajo esta perspectiva, las medidas previstas en los artículos 27 y 28 del Decreto sub examine constituyen el desarrollo de la figura de la comisión por omisión dispuesta en el artículo 25 del Código Penal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”

Esta figura desarrollada debidamente por vía de la dogmática penal es complementada en el mismo cuerpo normativo al precisar el alcance del concurso de delitos, así:

ARTÍCULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas (...)

El artículo 13 del Código Penal alemán, bastante consultado en Colombia durante los últimos tiempos, dispone:

“Comisión por omisión. Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción”.

El número 2 del artículo 40 del Código Penal de Italia, país de larga y profunda influencia en el pensamiento penal colombiano, dice:

“No impedir un resultado, que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a ocasionarlo”.

El artículo 11 del Código Penal de España, país que también ha sido bien recibido por nuestros estudiosos y legisladores del tema penal, expresa:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, y
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

El numeral 2° del artículo 10 del Código Penal de Portugal, explica:

“La realización de un evento mediante omisión es punible solo cuando sobre el omitente recae la obligación personal de evitar tal resultado”.

La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones —si no en todas— se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombino y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.

Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico, y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles “frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales”.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus

deberes". sentencia 25.536 de 2006

En este orden de ideas, delimitando el ejercicio de los derechos individuales en el concepto mismo de Estado Social de Derecho, ha reiterado la Corte Constitucional:

“es evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juricidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad.” *negrilla fuera del texto*.

“la jurisprudencia, en desarrollo de claros mandatos constitucionales, ha establecido que los derechos fundamentales que consagra la Carta no son de carácter absoluto.” *(negrilla fuera del texto)*.

3.6.1 Circunstancias específicas de agravación para la estafa, especulación, agiotaje y contrabando.

La adopción de medidas tendientes a imponer una pena mayor a la prevista para los tipos penales base constituye un instrumento razonable y proporcional de política criminal.

En el marco de la libertad de configuración legislativa, el legislador extraordinario ha considerado, como medida de prevención general y especial, disponer de las herramientas legales en procura, de una parte, de extender la órbita de protección del bien jurídico de la integridad personal, entendiendo que su afectación puede darse en un contexto pluriofensivo, y de otra parte, como medida disuasiva tendiente a evitar que la crítica situación fáctica que motivo la declaratoria de emergencia sea aprovechada ilícitamente en abierta vulneración del derecho a la salud de los colombianos.

El régimen punitivo sustancial abunda en referencias de mayor punibilidad específica, dependiendo de la naturaleza del delito, cuando la comisión de una conducta bajo ciertas circunstancias, bien por las consecuencias del acto o por las acciones concomitantes a su comisión, ameritan un mayor reproche de la sociedad.

Para este caso, es claro que la creación de circunstancias específicas de agravación punitiva

se encuentran plenamente sustentadas en la entidad jurídica del derecho que protegen: el derecho a la salud.

Pocos derechos, aún fundamentales, guardan plena conexidad teleológica con el derecho a la vida como el derecho a la salud. De allí que las medidas que, desde la órbita del derecho penal sustantivo se aborden, resulten desde todo punto de vista adecuadas a la esfera de protección que emana de la Carta Política.

3.6.2 Medidas contra el peculado -art. 34-

Guarda coherencia la medida con el artículo 83 de la Constitución Nacional, que dispone:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”

Del citado enunciado constitucional emanan los pilares del desarrollo de la sociedad, fluyen las bases del Estado, su estructura y sus fines esenciales. Constituye el soporte de la confianza que debe regir toda relación propia de un Estado con sus asociados, y de estos entre sí, resultando de particular importancia en el marco de una estructura social y de derecho.

La buena fe ha sido enmarcada por la doctrina como un parámetro de acuerdo con el cual cada quien debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y en general, ejercer sus derechos mediante una conducta de fidelidad, o sea por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una sola comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable.

Dentro de las múltiples acepciones y expresiones del concepto, se ha señalado que la buena fe es un principio general del derecho que puede ser entendido de dos diferentes maneras: subjetiva o psicológica y objetiva o ética. Para la concepción psicológica, la buena fe se traduce en un estado de ánimo consistente en ignorar, con base en cualquier error o ignorancia, la ilicitud de una conducta o de una posición jurídica. La concepción ética exige además que en la formación de ese estado de ánimo, se haya desplegado la diligencia socialmente exigible, con lo cual tiene buena fe quien sufre un error o ignorancia excusable.

En la doctrina moderna se manifiesta cierta tendencia a que prevalezca la buena fe entendida en la forma objetiva, lo cierto es que tanto una como otra están presentes en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, con independencia de la naturaleza de este.

El alcance sistemático de este principio fue esbozado con suficiencia por esa Corporación, en los siguientes términos:

“La expectativa que ampara el principio de la buena fe, en consecuencia, está indisolublemente ligada a la legítima pretensión de que las autoridades públicas orienten su quehacer de modo tal que las prestaciones que constituyen la esencia de los diferentes servicios, en lo posible, se realicen como conviene a la razón de ser de las autoridades, que no es otra que la de proteger efectivamente a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (CP art. 2).

[...]

En el artículo 83 de la CP se contiene, pues, una verdadera y autónoma regla de conducta, que trasciende la simple interpretación de la ley y el puro dato psicológico. A dicho patrón objetivo de conducta – principio de orden público –, deben sujetarse los particulares y las autoridades públicas, sin excepción, so pena de ver comprometida su responsabilidad patrimonial (CP art. 90). El Estado social de derecho, fundado en la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general (CP art. 1), no es concebible por fuera de una conducta social y pública inspirada en una moral activa y solidaria a la cual se subordina la eficacia jurídica cuando ella es flagrantemente desconocida. La norma de la Constitución deliberadamente atrae hacia sí un sinnúmero de acciones públicas y privadas. En realidad, su designio es el de valorizar el elemento ético de la conducta de los sujetos de derecho y de los agentes del Estado.” (Negrilla fuera del texto).

Es inobjetable que el principio en comento conjuga la dualidad deber – derecho, en tanto reitera un imperativo ético que, frente a la situación particular de los servidores públicos, no se agota con la simple observancia de los parámetros de normalidad que rigen las relaciones sociales.

El ejercicio de la función pública supone, además de un inquebrantable compromiso y

vocación de servicio a la comunidad, un postulado ético de mayor observancia para el servidor, en tanto representante del Estado y de su obligación para con la sociedad. DE allí que resulte menester, razonable y proporcional la mayor sanción de las conductas que en sede del derecho a la salud, son vulneradas por funcionario público.

La presunción constitucional deriva, pues, de la legitimidad de las instituciones para llevar a cabo los fines que por mandato del Constituyente le corresponden. La confianza legítima, sin embargo, no se genera espontáneamente, es, como ha advertido esa Alta Magistratura, el resultado de la satisfacción de las expectativas del conglomerado por parte del Estado a través de sus agentes, con estricto apego al ordenamiento jurídico.

Sin duda, el orden jurídico cuenta con las herramientas adecuadas para hacer frente a la vulneración o a la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales, resultando insuficiente en tratándose de actos que afectan colectivamente la estructura medular del núcleo social.

Más allá sin embargo, del ámbito dogmático punitivo del concepto se impone igualmente la obligación de aludir a la teoría de la necesidad de protección como factor primigenio inherente a la génesis misma del Estado.

Acudiendo al análisis del constitucionalista VLADIMIRO NARANJO se aprecia que casi todos los doctrinantes coinciden en señalar como una de las primeras necesidades del hombre, desde que comenzó a vivir en sociedad, la de obtener seguridad para su vida y la de los suyos, así como para su honra y bienes. Afirma el tratadista que casi por instinto natural el hombre ha buscado casi siempre protección para desarrollarse a sí mismo.

En la medida en que la amenaza del medio hostil dejaba de ser intermitente para convertirse en algo constante, las técnicas defensivas progresaron; desde el momento en que la amenaza contra su seguridad personal o la de su familia o clan no provenía del propio grupo en que vivía, sino de grupos extraños, de otras familias o clanes, la confianza en los propios sistemas de defensa se debilitó y se hizo mas patente la necesidad de confiar la seguridad. El Estado surge así, cuando el grupo social institucionalizó su propia protección, apareciendo la protección colectiva como la función original del Estado.

Encuadrando el alcance de los derechos y libertades en el contexto del Estado Social de Derecho, el Constituyente de 1991 concibió su ejercicio sometido al cumplimiento coetáneo

de ciertos deberes. El primero de ellos y quizás más significativo frente al tema objeto del presente se halla contenido en el artículo 95 de la Carta y es el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Este deber, sumado al principio de solidaridad social, dan cuenta del fundamento mismo de la forma de Estado adoptada. Limitar el abuso en el ejercicio de derechos fundamentales es garantía de protección del marco constitucional propio de un Estado social de derecho. En otras palabras, es legítimo el uso del derecho, no su abuso

4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El señor Ministro OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR, después de la orden reiterada mediante providencia del 23 de febrero de 2010, presenta escrito en el que se replica en su integridad el documento presentado por la Presidencia de la República antes transcrito.

Adiciona, que el contenido material del Decreto, indica que su expedición es necesaria en la medida en que el objetivo principal del mismo es fortalecer el Sistema de Inspección Vigilancia y Control, así como establecer medidas penales y disciplinarias, de tal manera que se proteja al Sistema General de Seguridad Social en Salud de actuales y posibles fraudes, abusos y desfalcos, contribuyendo así a la garantía de la prestación y continuidad del servicio de salud, tal y como se estableció en los considerandos del Decreto 4975 de 2009 y 126 de 2010 en estudio.

De manera precisa se refiere a los siguientes aspectos propios del juicio de constitucionalidad:

4.1 Principio de necesidad.

Este principio se encuentra contemplado en el artículo 11 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, según el cual: “Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente. Sobre su alcance, la Corte Constitucional en sentencia C - 179 de 1994 estableció:

“Lo que la norma pretende es que el Gobierno justifique la necesidad de cada una de las medidas que dicte durante los estados de excepción, para contrarrestar o poner fin a la

situación de crisis que lo originó, razones que también servirán para analizar la proporcionalidad, finalidad y eficacia de las mismas. La necesidad de las medidas de excepción, se puede deducir de dos maneras: ya sea demostrando que las normas que regulan situaciones similares en tiempo de normalidad son insuficientes para conjurar la situación anómala; o que las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado están exclusivamente destinadas a ese fin. Este requisito es de trascendental importancia, pues de allí se deriva la posibilidad de impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad. 11 (Negrilla fuera de texto)

En este punto debe hacerse referencia a lo expuesto en el acápite número 3 del presente escrito, en cuanto a la justificación de las medidas adoptadas. Ahora bien, es preciso indicar que el sistema de inspección, vigilancia y control, establecido en la Ley 1122 de 2007, no resulta suficiente para evitar la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ello por cuanto, los hechos que sustentan la declaratoria de la emergencia social han superado la capacidad y los mecanismos preventivos sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el sistema de IVC del sector salud, lo cual justifica adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, de recuperación de recursos y punitivos con el objeto de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas o ilegales; así como fortalecer la atención del usuario y las facultades de inspección, vigilancia y control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del SGSSS.

Lo anterior, debe analizarse considerando que la Ley 100 de 1993 regula la composición del SGSSS así: organismos de Dirección, Vigilancia y Control; organismos de Financiación y Administración; las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud públicas, mixtas o privadas y los afiliados, beneficiarios y Comités de Participación Comunitaria -CaPACaS-.

De otra parte, la Ley 1122 de 2007, si bien definió con mayor precisión los alcances del subsistema de inspección, vigilancia y control del SGSSS, especialmente en lo relacionado con la financiación, administración, aseguramiento y prestación de servicios, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma han resultado insuficientes ante el crecimiento de las particulares situaciones que generaron la crisis del sector, otra razón que hace imperativo que en el desarrollo de esta emergencia se establezcan disposiciones que pro penden por el goce efectivo del derecho a la salud y los recursos del sistema.

Finalmente, es pertinente transcribir la parte considerativa del Decreto 126 de 2010, toda vez que allí se consignan las causas que originaron su expedición, demostrando así no sólo su conexidad con lo expuesto en el Decreto 4975 de 2009, sino poniendo de presente la insuficiencia de los medios ordinarios:

4.2 Motivación de Incompatibilidad.

La ley 137 de 1994 lo define en los siguientes términos:

“Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción. ”

Toda vez que el Decreto 126 de 2010 no suspende ninguna ley, no resulta aplicable a este caso la disposición citada.

4.3 Principio de Proporcionalidad.

La definición legal de este principio se encuentra consagrada en el artículo 13 de la ley 137 de 1994, así:

“Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad. ”

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en fallo C -179 de 1994 expresó:

“Que las medidas que se adopten durante los estados de excepción deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos, es una exigencia que el Constituyente ha establecido en el numeral 20. del artículo 214 de la Carta. La proporcionalidad hace relación a la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dictan para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar. Lo que equivale a decir que la proporcionalidad “es la razonabilidad que debe mediar entre la medida de excepción y la gravedad de los hechos”. Esa proporcionalidad debe ser evaluada por el juez de constitucionalidad, es decir, la Corte Constitucional, al ejercer el control oficioso de los decretos legislativos expedidos en cualesquiera de tales periodos, con el fin de

determinar su estricta medida.”

También en este punto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que el Decreto 126 de 2010 se ajusta a los lineamientos constitucionales y legales, pues dada la ampliamente conocida gravedad de la situación que dio origen a la emergencia social la adopción de medidas como las establecidas en el Decreto 126 de 2010 resulta perfectamente razonable, es más, necesaria para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos a través de la consecución de nuevos recursos, tal y como se ha explicado.

4.4 Principio de No Discriminación.

El artículo 14 de la ley 137 de 1994 lo contempla en los siguientes términos:

“Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velará por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomará medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa.

En este caso, de la simple lectura del Decreto 126 de 2010 se concluye que el mismo se ajusta a la previsión en cita, toda vez que no establece ningún trato discriminatorio en ningún sentido.

4.5 Prohibiciones

El artículo 15 de la ley 137 de 1994 prescribe lo siguiente:

“Artículo 15. PROHIBICIONES. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los Estados de Excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá:

- a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales;
- b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado;
- c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.”

Sobre dichas prohibiciones la H. Corte Constitucional estableció:

“Si bien es cierto que durante los estados de excepción, el legislador extraordinario está facultado para restringir o limitar determinados derechos o libertades fundamentales, no lo es menos que el constituyente le ha negado, en todo caso, la posibilidad de suspenderlos; pues las garantías constitucionales en los periodos excepcionales no se extinguen, a pesar de que algunas de ellas sean objeto de restricciones o limitaciones. Tampoco se le permite al Gobierno interrumpir el funcionamiento normal de cualquiera de las ramas del poder público, o modificar o suprimir los entes y las funciones de acusación y juzgamiento, tal como lo prescriben los artículos 214 en sus numerales 20, 30 y 252 de la Carta; así las cosas, no se puede reformar o modificar el régimen constitucional, pues él sigue imperando.

En el caso que nos atañe, es claro que no se vulnera ninguna de las disposiciones transcritas, toda vez que: a) No se suspenden derechos o libertades; b) No se interrumpe el funcionamiento de las ramas del poder; c) No se suprimen organismos ni funciones básicas de investigación o juzgamiento.

Habiendo expuesto los argumentos fácticos, técnicos y jurídicos del caso, muy respetuosamente, solicita el Ministerio declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo N° 126 de 21 de enero de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”, pues se expidió para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos a que se refiere el Decreto Legislativo Número 4975 de 2009, por el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el país, y se dictó conforme a las facultades y requisitos del artículo 215 de la Constitución Política, y la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, y a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, fundamentos que justifican plenamente

la medida.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación presenta escrito de intervención el 25 de marzo de 2010, dentro de la oportunidad legal en los siguientes términos:

Aclaración previa.

Inexequibilidad del Decreto 126 de 2010 como consecuencia de la inconstitucionalidad de la declaratoria del estado de Emergencia Social adoptada mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009.

El Estado de Emergencia Social que motiva el control constitucional del decreto de la referencia fue declarado mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, el cual fue expedido por el Gobierno Nacional con el fin de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

El Ministerio Público, mediante el Concepto del 2 de marzo de 2010, solicitó a la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLE el referido decreto que adoptó la emergencia social por considerar que no reunía las exigencias constitucionales para tal efecto.

Como consecuencia de lo anterior, todos los decretos extraordinarios que se expidan con base en esa declaratoria devienen en inconstitucionales, por lo cual el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar inexequible el Decreto 126 del 21 de enero de 2010. No obstante, si la Corte Constitucional no acoge los planteamientos del mencionado concepto, procede a analizar el Decreto 126 de 2010.

2. Antecedentes.

El 23 de diciembre de 2009, el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declaró el estado de emergencia social consagrado en el artículo 215 de la Constitución Política, por medio del Decreto No. 4975. Para conjurar la situación de anormalidad profirió varios decretos entre los cuales se encuentra el Decreto No. 126 de 21 de enero de 2010.

3. Examen de forma.

La Procuraduría General del Nación encuentra que el Decreto 126 de 2010 cumple con las exigencias formales que exige la Constitución Política para los de su clase. En efecto:

i) Fue sustentado en el artículo 215 de la Constitución Política y en el Decreto declarativo correspondiente, este es, el 4975 de 2009, incluyendo en sus consideraciones las razones de tipo fáctico que motivan, cual es contenido material de aquéllas es un aspecto que amerita un estudio separado que se realizará, más adelante, en el examen de fondo.

ii) Fue firmado por el Presidente y todos sus Ministros en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. Al respecto, basta recordar que la expedición de decretos legislativos, en este caso de emergencia social, es una facultad atribuida expresamente al jefe del ejecutivo por el inciso segundo del artículo 215 de la Carta Política, reiterada en el artículo 47 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 ‘por la cual se regulan los Estados de Excepción’.

iii) Se dictó el día 21 de enero de 2010 dentro del período de vigencia del estado de emergencia social que se pretende conjurar, que iba del 23 de diciembre de 2009, hasta las doce (12. PM) horas del 22 de enero del año 2010.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el aspecto hasta ahora analizado, el Decreto en revisión respeta las prescripciones del Estatuto Superior.

4. Examen de fondo.

A continuación, el Ministerio Público aborda el examen del cumplimiento de los requisitos sustantivos que rigen la validez del Decreto Legislativo 126 de 2010, para lo cual analiza: i) la relación de conexidad entre sus disposiciones y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia social que se pretende conjurar con aquéllas; y ii) la compatibilidad entre su contenido normativo y los valores, principios y derechos fundamentales, en atención a la Supremacía y fuerza normativa que reviste la Constitución, las normas de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Ley estatutaria de los Estados de excepción y el Decreto 4975 de 2009.

Para analizar la conexidad externa e interna del Decreto objeto de estudio, en concepto del

Ministerio Público resulta pertinente recordar que el marco normativo de los estados de excepción incluye las normas constitucionales, y especialmente las consagradas en los artículos 212 a 215 de la Carta Política, las normas contenidas en los tratados públicos de derecho internacional incorporados al bloque de constitucional, dentro de los cuales aquí se destaca especialmente la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), el decreto legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, por virtud del cual se declaró el estado de emergencia en cuya vigencia se promulgó el decreto 126 de 2010, y cada uno de los demás decretos dictados con base en Decreto 4975 de 2009.

4.1.1. En virtud de la anterior anotación, para analizar la conexidad del Decreto 126 de 2010 el Ministerio Público cita, en primer lugar, el artículo 215 de la Carta Política, en donde se regula el estado de excepción de emergencia social en los siguientes términos:

«Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

“Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis o a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa 1) específica con el Estado de Emergencia. El podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos

cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo. Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida “sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento” (Subrayado fuera del texto).

En virtud del precepto constitucional arriba citado, los decretos con fuerza de ley proferidos por el Gobierno con motivo de la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica, están materialmente fundados cuando se reúnen los presupuestos allí señalados:

- a) Estar destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.
- b) Referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia.

Por lo tanto, el Ministerio Público considera que no es posible concluir si el Decreto objeto de

estudio guarda o no conexidad con el precepto constitucional arriba citado, sin antes entrar a analizar en detalle su conexidad con el Decreto 4975 de 2009, lo que se hará más adelante.

4.1.2 La segunda fuente normativa que considerar el Ministerio Público para evaluar la conexidad de un decreto legislativo promulgado en un estado de excepción, es el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De estos instrumentos del sistema jurídico internacional, incorporados al bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 y 214.2 de la Constitución de 1991, el Ministerio Público resalta la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en donde específicamente se contemplan algunas garantías, derechos, principios y normas que resultan especialmente relevantes para determinar los límites del poder Ejecutivo en vigencia de los llamados estados de excepción, tal y como son: algunas garantías judiciales indispensables como el derecho a la doble instancia (Artículo 8, literal h); los principios de legalidad y retroactividad, de acuerdo con los cuales “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable {y} tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (Artículo 9°); Y la norma de acuerdo con la cual el poder que tiene el Ejecutivo para suspender las garantías contempladas en dicha Convención en caso de guerra, peligro público u otra emergencia, se “encuentra limitado por la medida y el tiempo que exige la situación excepcional.

Lo anterior, por cuanto, si bien es cierto que la declaratoria de estados de excepción también es ajustada al derecho internacional, 10 cierto es que en desarrollo del mismo se ha establecido que las medidas adoptadas en los estados de excepción deben ceñirse a determinados principios, dentro de los que se destaca principalmente el que éstas sean medidas necesarias en una sociedad democrática (Desafíos de los derechos humanos en el marco de los Estado de Excepción, Amerigo Incalcaterra, Director(e) de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002, 09, 25), pues la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha establecido que la verdadera naturaleza y el único y auténtico fin de los estados de excepción es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos (Opinión Consultiva OC-8/ 87. El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías, del 30 de enero de 1987, párrafo 20), ya que su razón de ser es la necesidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más

fundamentales, y no la imposición de un régimen represivo (tal y como lo señaló la Oficina de en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en sus observaciones al estado de excepción declarado por el Gobierno colombiano con el Decreto 2002 del 9 de Septiembre de 2002).

En este mismo sentido, en el derecho internacional se han establecido una serie de principios que deben respetarse en los estados de excepción, como son: a) el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual la medida excepcional debe ser al mismo tiempo proporcional y necesaria a fin de contrarrestar el peligro público, y b) el principio de necesidad (reconocido en el artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el artículo 27.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 15 del Convención Europea de Derechos Humanos), de acuerdo con el cual las medidas de excepción se justifican sólo cuando sea “estrictamente necesario” recurrir a ellas en un determinado período de tiempo (pues de lo contrario la excepción se convertiría en regla, lo que sería claramente contrario al Estado de Derecho), dado que no existen otras medidas ordinarias de menor gravedad que puedan ser adoptadas para hacer frente ante una necesidad social imperiosa.

Estos principios, que también se encuentran implícitamente contenidos en la Carta Política y han sido debidamente desarrollados por la ley y la jurisprudencia constitucional, también serán considerados por el Ministerio Público al momento de analizar detenidamente la constitucionalidad del Decreto 126 de 2010.

4.1.3. Como tercera fuente normativa para evaluar la conexidad externa de un decreto promulgado en el marco de un estado de excepción, considera el Ministerio Público que debe acudir a la ley estatutaria 137 de 1994, por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. Aunque resulta tautológico afirmar que todas las normas allí contenidas son relevantes para el estudio del Decreto sub examine, el Ministerio Público destaca sobre todo las contenidas en los artículos 3°, 4°, 5°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 47° Y 49°. Lo anterior, pues en dichas normas se establece la prevalencia de los tratados internacionales en los estados de excepción y se especifican algunos derechos que deben permanecer intangibles o que no pueden suspenderse en vigencia del mismo (como es el caso de los principios de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley penal y los derechos del debido proceso), así como se establecen los principios en los que deben

encuadrarse las facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo en los estados de excepción (finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad), las finalidades que justifican dichas facultades (conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos) y las prohibiciones que deben respetarse al hacer uso de las mismas.

Todos y cada uno de estos principios, fines y restricciones, sirven como instrumentos y criterios para el presente concepto, por lo que también serán considerados en el siguiente acápite.

4.1.4. En cuarto y último lugar, para evaluar la conexidad del Decreto 126 de 2010, «por el cual se dictan disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control, de lucha contra la corrupción en el sistema general de seguridad social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones», se debe consultar el contenido del Decreto 4975 de 2009. Por virtud de este decreto, el Gobierno declaró el Estado de Emergencia con el fin de hacerse con las facultades necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y ocuparse del riesgo que, en su parecer, corre todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), principalmente por virtud de la desfinanciación del sistema como consecuencia del suministro de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, así como por las fallas en la intervención estatal del sistema general de seguridad social en salud, las cuales tienen consecuencias negativas que se manifiestan en el aumento de los costos del mismo o en su iliquidez, circunstancia que además agrava el problema principal (Ministerio Público. Concepto 4921 de 2010).

Al hacer esta comparación, el Ministerio Público observa que algunas de los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia efectivamente guardan conexidad con los fines que se persiguen con las normas incorporadas por medio del Decreto 126 de 2010, tal y como son: la evidencia de recobras de medicamentos al FOSYGA que son excesivos tanto en su número, en cuanto a la cantidad de medicamentos efectivamente vendidos, como en su precio con respecto al valor de venta en los laboratorios (considerando 11); las serias dificultades de las entidades territoriales que afectan a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y en general, al acceso a los servicios de salud en todo el territorio nacional

(considerando 15); la destinación de recursos del SGSSS para fines diferentes a los que corresponden de la que han dado cuenta los informes de los organismos de control; la insuficiencia de los mecanismos preventivos, sancionatorios y jurisdiccionales de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud que son necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud, para superar los hechos que motivaron la declaratoria del estado de Emergencia Social (23); la posibilidad de que se materialicen riesgos como el cierre de hospitales públicos, la quiebra de Prestadoras del Servicio de Salud y EPS, la inviabilidad de determinadas entidades territoriales, entre otros, lo cual afectaría gravemente el goce efectivo del derecho a la salud (25); la necesidad de adoptar medidas legales extraordinarias e integrales para contrarrestar las causas que generan la crisis del SGSSS y de los factores que lo agudizan (29); la insuficiencia de las medidas que se han desarrollado en virtud de la Ley 122 de 2007 para superar la crisis, especialmente en lo que tiene que ver con el flujo de recursos, así como con la inspección, vigilancia y control del SGSSS, entre otros (30); lo insuficientes que han resultado también las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades (31); la necesidad que existe de crear nuevos instrumentos para lograr que el SGSSS tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, en la asignación y flujo de los recursos del Sistema y en su transparencia y eficacia; la necesidad de medidas excepcionales para fortalecer ‘los mecanismos de control a la evasión y la elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector (37); y, por último, la necesidad de robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema .

En efecto, en concepto del Ministerio Público, éstas y otras motivaciones o fundamentos del Decreto 4975 de 2009 se reiteran en la parte motiva del Decreto 2010 y guardan conexidad con algunos de sus propósitos, como son: adoptar medidas extraordinarias y urgentes de carácter preventivo, adoptar medidas para la recuperación de recursos y de carácter punitivo con el fin de responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales; fortalecer la vigilancia y control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del SGSSS; robustecer las actividades de inspección, vigilancia y control del mismo; armonizar el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control vigente para que la Superintendencia Nacional de Salud pueda constituirse como el eje integrador del mismo; dotar a la Superintendencia Nacional de Salud de funciones jurisdiccionales y administrativas, así como de facultades que le permitan adoptar acciones preventivas, inmediatas y

correctivas para la protección efectiva del usuario, la prestación del servicio de salud, el goce del derecho fundamental a la salud; prevenir y corregir conductas desarrolladas por servidores públicos y por particulares que administran recursos públicos y profesionales de la salud que no corresponden con los principios y normas que orientan la prestación del servicio público de salud.

Lo anterior, pues todos estos mecanismos están encaminados, como fin último, a “permitir a las entidades competentes frenar los abusos detectados y ejercer un papel de control eficaz al contar con los instrumentos jurídicos sólidos e idóneos para ello”; propósito que se pretende alcanzar con el Decreto 126 de 2010 y que, al menos en principio, guarda conexidad temática, sistémica y teleológica directa con el decreto declarativo que le sirve de fundamento

A pesar de lo expuesto, la Vista Fiscal, exceptuando las normas contenidas en el capítulo II (artículos 9° a 16), considera que el Decreto 126 de 2010 no respeta los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad a los que, según las normas y la jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los tratados públicos de derecho internacional incorporados al bloque de constitucional y lo que establece la Ley 137 de 1994, deben ceñirse las medidas legislativas de carácter extraordinario.

Lo anterior, toda vez que las medidas contempladas en el Decreto 126 de 2010 no se enmarcan en los propósitos específicos de: i) conjurar las causas de la crisis que derivó en la declaratoria de la emergencia social a través del Decreto 4975 de 2009; e ii) impedir la extensión de sus efectos, en particular, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema con el fin de procurar la eficacia de los servicios de salud.

Por el contrario, en concepto del Jefe del Ministerio Público el Decreto 126 de 2010 no sólo resulta inexecutable por virtud de la inexecutable del Decreto 4975 que se solicitó declarar a la Corte Constitucional, sino también por la falta de conexidad de la mayoría de las medidas adoptadas en el Decreto sub examine con el Estado de Emergencia al que pretenden hacer frente.

En efecto, al igual que sucede con el Decreto que le sirve de fundamento, las normas adoptadas por virtud del Decreto 126 de 2010, se originan en hechos que no cumplen con la condición de ser sobrevinientes, es decir, repentinos e imprevistos, sino que en realidad

responden a fallas estructurales del SGSSS como son las omisiones, corrupción e ineficiencia de los entes de inspección, control y vigilancia del sistema-; así como tampoco se originan en hechos que puedan calificarse como graves e inminentes, pues han sido advertidos desde hace mucho tiempo por diferentes organismos privados y entidades públicas (entre las que se destacan los diferentes organismos de control), como es el caso de la falta de intervención estatal en el SGSSS y sus graves consecuencias para la debida garantía del derecho fundamental a la salud.

Como si esto no fuera suficiente, resalta que las medidas adoptadas con el Decreto 126 de 2010 (con excepción de las contenidas en el Capítulo II), sin perjuicio de la inexecutable o exequibilidad del Decreto 4975 de 2009, no cumplen con los principios de finalidad, necesidad y proporcionalidad con que deben cumplir los decretos promulgados en este tipo de medidas excepcionales, tal y como se explicará a continuación:

En primer lugar, en concepto del Ministerio Público el sistema de Inspección, Vigilancia y Control del que trata el Capítulo I del Decreto sub examine, incluye una serie de disposiciones con las que se pretende fortalecer y centralizar las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, que ya estaban contenidas en otras disposiciones legales y que, por tanto, no necesitaban implementarse por vía de decreto legislativo excepcional. Tal es el caso de la Ley 1122 de 2007, por medio del cual precisamente se creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en donde expresamente se había dispuesto que la Superintendencia Nacional de Salud estaría en cabeza de la misma (artículo 36) y se le habían atribuido las facultades de inspeccionar, vigilar y controlar a las Direcciones Territoriales (artículo 40, literal b), así como el poder o la competencia preferente de inspección, control y vigilancia (artículo 40, literal e), y la función de vigilar el cumplimiento de la determinación, identificación y selección de los beneficiarios y aplicación del gasto por parte de las Entidades Territoriales, entre otros.

Lo anterior, demuestra la innecesidad de lo dispuesto en los primeros ocho artículos del Decreto 126 de 2010, pues allí no se hace otra cosa que reiterar normas preexistentes, además de sugerir algunos mecanismos y atribuir algunas pocas nuevas competencias a la Superintendencia de Salud, en desconocimiento de la existencia de mecanismos y medidas más proporcionales y menos lesivas de la autonomía territorial que las contempladas en el

artículo 1°; más respetuosas del principio de tipicidad que rige el derecho administrativo sancionador (Sentencia C-818 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil) que las dispuestas en el artículo 4°; menos gravosas para el presupuesto de las EPS y profesionales de la salud que las dispuestas en el artículo 5°; y más ajustadas al debido proceso y la división de poderes que las medidas provisionales de las que trata el artículo 8°.

Por su parte, las medidas referidas a procedimientos y multas del Decreto objeto de estudio, aún cuando pueden relacionarse con la motivación del Decreto 4975 de 2009 en la medida en que suponen medidas sancionatorias que pretenden controlar el gasto y aumentar los ingresos del SGSSS, además de repetir o tan sólo especificar funciones que ya habían sido atribuidas a la Superintendencia de Salud, por medio de algunos de sus artículos incorporan procedimientos que no cumplen con la garantía jurisdiccional de la segunda instancia (artículo 17); establecen procedimientos que no cumplen con los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que no se describen con suficiente claridad y precisión (artículo 19); atribuyen competencias sancionatorias demasiado discrecionales a la Superintendencia de Salud -en la medida en que le permiten un margen para la imposición de multas extremadamente amplio que va de 10 a 2000 mil SMLMV, e incluso permiten sanciones que claramente desbordan la naturaleza de las multas, al pretender consagrar un medio indemnizatorio expedito a través del cual se puedan imponer multas hasta por el 150% de la conducta del denominado “infractor” (artículo 20); incluyen la imposición de multas que son competencia y benefician únicamente a la Superintendencia de Industria y Comercio (Artículo 21), por lo tanto, no guardan ninguna conexidad con los hechos que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia; y atribuyen funciones y competencia a la Superintendencia que por virtud de su naturaleza y complejidad, y en aras de garantizar el respeto de los derechos y garantías fundamentales, claramente sólo pueden ser debidamente desarrolladas por funcionarios judiciales, pues no son propias de un procedimiento administrativo (artículo 22), y cuya conexidad con los motivación del Decreto 4975 es incierta.

A su vez, las disposiciones disciplinarias y penales contenidas en los capítulos IV y V del Decreto 126 de 2010, también deben ser declaradas inexecutable en razón de su falta de conexidad con los hechos que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia, pues sin perjuicio de si son o no medidas razonables, legítimas y convenientes en sí mismas, en todo caso no parecen de ninguna manera conjurar la causa de la crisis que llevó a la declaratoria de la emergencia social, ni a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema con el fin de

procurar la eficacia de los servicios de salud.

Esto, por cuanto dichas medidas no sólo no parecen facilitar el recaudo, la fluidez y la disposición de recursos del SGSSS, sino que como medidas sancionatorias que se establecen a través de las facultades legislativas extraordinarias que se confieren al Ejecutivo con motivo de la declaración de un estado de excepción, éstas deben ceñirse muy estrictamente a las condiciones y exigencias que implica el Estado de Emergencia en que se causan, además de respetar cumplidamente todos y cada uno de los principios y restricciones que tiene el derecho penal, como es el caso de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 3° del Código Penal-CP), la función de la pena (artículo 4° CP) y el principio de legalidad (artículo 6° CP), entre otros.

En efecto, el Ministerio Público observa que, por un lado, en los Capítulos IV y V del Decreto 126 de 2010 se establecen nuevas faltas disciplinarias (Artículo 25), se amplía el espectro de la jurisdicción disciplinaria a las conductas de los particulares y servidores públicos relacionadas con el SGSSS (Artículos 24 y 26), Y se consagran nuevos tipos penales especiales (Artículo 28, 29, 32, 33), Y por otro, que allí también se adicionan causales de agravación punitiva a tipos penales que ya existen (como es el caso de la estafa, la especulación, el agiotaje y el peculado por apropiación diferente). Sin embargo, estas medidas de ninguna manera resultan necesarias y proporcionales para conjurar la crisis que los motiva e impedir que los motivos que la agravan, toda vez que las primeras sólo pueden regir para conductas posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 126 de 2010, mientras las segundas, además de lo anterior, tan sólo podrían aplicarse una vez detectadas, investigadas y debidamente sancionadas las conductas típicas que pretenden agravar -lo además confirma que efectivamente ya existen medidas ordinarias que hacen frente a las conductas que se pretende sancionar por considerarse que son causa o motivo de agravación de la crisis que desató la Emergencia Social.

Sobre este particular, vale la pena anotar además, que como ampliamente lo ha reconocido la doctrina especializada:

“según el principio de intervención mínima, el Derecho penal sólo debe intervenir ante los ataques más graves que sufran los bienes jurídicos

más importantes, por lo cual esta rama del Derecho ha de reducir su intervención a aquello

estrictamente necesario en términos de utilidad social general (...) El postulado de mínima intervención a su vez se manifiesta en el carácter subsidiario y el fragmentario del Derecho penal.

En virtud de su carácter subsidiario, el Derecho Penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, por lo cual esta forma de control social debe entrar en acción únicamente cuando fallan o aparecen claramente como insuficientes los recursos sancionatorios de otras ramas del derecho (...) según el principio de fragmentariedad, el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes (...).".

En virtud de lo anterior, las medidas penales adoptadas por medio del Decreto 126 de 2010 deben declararse inexecutable, toda vez que es imposible admitir que éstas, cuyo fundamento es la declaratoria del estado de Emergencia Social que se hizo por medio del Decreto 4975 de 2009, cumplen con los principios de intervención mínima y fragmentariedad arriba descritos.

Lo mismo se puede decir respecto otros principios que rigen especialmente el ius puniendi, como es el caso del principio de legalidad, pues este ((tiene como fundamentos: el principio Democrático participativo, basado en la división poderes, el sentido material-racional de las normas (es decir: si los ciudadanos deben abstenerse de realizar algo prohibido deben conocerlo antes) y el reconocimiento de la libertad del ciudadano (.....) supone una organización política basada en la división de poderes en la que la leyes competencia exclusiva de los representantes del pueblo".

Así, en concepto del Ministerio Público es imposible afirmar que se respetan estos principios cuando, en virtud de un estado de excepción de emergencia social y haciendo uso de facultades legislativas extraordinarias, el Ejecutivo establece tipos penales nuevos y agravaciones punitivas, a pesar de que éstos, ni si quiera bajo estas condiciones excepcionalísimas, pueden tener efectos retroactivos, y sólo podrán ser útiles en un tiempo posterior a la crisis que se pretende conjurar, lo que no justifica por qué adoptarlos por vía excepcional en lugar de hacerla por vía ordinaria.

En el mismo sentido, para el Procurador General de la Nación las medidas adoptadas por

virtud de las normas contenidas en los capítulos I, III, IV Y V no superan el “test” de constitucionalidad estricto que debe hacerse a las medidas adoptadas con motivo de la declaratoria de un Estado de Excepción. Este “test”, supone un proceso escalafonado de evaluación que consta de tres pasos, cuales son: a) que el fin de la materia sea legítimo, importante e imperioso, b) que el medio escogido sea adecuado, conducente y necesario, y c) que la medida supere un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual los beneficios de la adopción de la medida deben ser mayores a las desventajas que operan sobre otros principios o valores constitucionales, que al aplicarse al Decreto 126 de 2010, permiten concluir:

a) El fin que se pretende alcanzar con dichas medidas, si bien es legítimo, en todo caso no resulta importante e imperioso, toda vez que allí se incluyen medidas que ya se encuentran contenidas y desarrolladas en otras normas ordinarias, así como medidas de carácter penal y disciplinario que, además de que sólo en ocasiones guardan relación directa con los motivos que suscitaron la declaratoria de la emergencia, tampoco pueden hacer frente a los hechos que motivaron la crisis, y no gozan de la eficiencia, eficacia e inmediatez suficiente como para evitar que ésta se agrave en el futuro próximo.

b) Los medios escogidos en estos capítulos, esto es, las medidas sancionatorias de naturaleza administrativa, penal y disciplinaria, tan sólo en ocasiones resultan adecuadas, en general son inconducentes -pues no pueden aplicarse para hechos ya sucedidos, deben casi exclusivamente de la función preventiva del derecho sancionatorio y no garantizan la fluidez y mejor disposición de los recursos del SGSSS- y, en todo caso, no son necesarios. De hecho, son pocas las innovaciones legislativas que allí se proponen, pues existen suficientes mecanismos y medidas contemplados en el derecho ordinario para hacer frente a una crisis que, como ya lo dicho el Ministerio Público en el pasado, se ha desarrollado de forma progresiva y ha sido suficientemente advertida. Tal es el caso de las normas penales y disciplinarias persistentes y cuyas sanciones ahora simplemente se pretende hacer agravar.

c) Por último, las medidas adoptadas en los capítulos citados de ninguna manera superan un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues no sólo es difícil encontrar una relación de proporción directa entre la declaratoria de una Emergencia Social fundamentada en razones económicas y una serie de medidas de carácter sancionatorio y punitivo, sino que todavía mayores dificultades ofrece el sostener que no existe alternativa más idónea para garantizar

la protección del derecho a la salud y superar la crisis de financiación del SGSSS que el Imponer nuevas sanciones administrativas, penales y disciplinarias, o agravar las ya existentes, cuando precisamente hay una grave omisión de sus funciones por parte los organismos de control vigilancia e inspección, cuando lo que en realidad se necesitan son medidas administrativas eficaces que garanticen el cumplimiento de la normatividad ya existentes, y cuando la implementación de medidas sancionatorias de carácter penal y disciplinario en desarrollo de un Estado de excepción claramente afecta y pone en grave riesgo los principios democrático y de división de poderes, entre otros.

Nada garantiza, por lo demás, que con la consagración de las faltas disciplinarias y de los tipos penales nuevos o la agravación de los existentes se garantice la financiación del SGSSS y la garantía del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, pues no se ha demostrado que la inexistencia de los mismos o el hecho de que sean sancionados con menor severidad sean los hechos generadores de la crisis que se pretende conjurar. Por el contrario, en concepto del Ministerio Público, de aplicarse los mecanismos administrativos y los distintos tipos de sanciones ya existentes, probablemente esta crisis no se hubiese dado o su gravedad sería mucho menor a lo que aduce el Gobierno Nacional.

Por otro lado, en caso de que se declarara exequible el Decreto 4975 de 2009, y por tanto, de que esta Corporación juzgase como ajustada a la Constitución la declaratoria de la Emergencia Económica, para el Procurador General de la Nación del Decreto 126 de 2010 tan sólo parecen ajustarse a los hechos aducidos como fundamentos fácticos de la declaración del estado de excepción las disposiciones normativas que se encuentran contenidas en el Capítulo II del Decreto 216 de 2010 (artículos 9° al 16°), las cuales sí cumplen con los principios de finalidad, proporcionalidad y necesidad que deben caracterizar a las medidas adoptadas en virtud de un estado de excepción (Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Esto último, pues a diferencia de las normas contenidas en los demás capítulos del Decreto 216 de 2010, las contenidas en los artículos del Capítulo 11, al referirse al control de los precios de los medicamentos y los dispositivos médicos, sí se dirigen en forma expresa y directa a combatir los eventos que dieron origen a la legalidad extraordinaria, como es el caso del excesivo valor de recobro de medicamentos y dispositivos al FOSYGA, y tienen por objetivo exclusivo el restablecer el orden perturbado, pues pretenden ponerle fin a estos

excesos y otros semejantes.

Además, en concepto de este Ministerio, las medidas administrativas que allí se implementan sí son necesarias y proporcionales a los abusos que se han sido identificado como causa de la crisis, que se ajustan a la Carta Política, pues hacen parte de las medidas de intervención económica del Estado allí previstas, y a falta de medidas alternativas mejores, resultan también idóneas, conducentes y necesarias para garantizar el debido respeto del derecho fundamental a la salud.

Por lo expuesto, el Procurador General de la Nación solicita declarar INEXEQUIBLE el Decreto 126 de 2009 como consecuencia de la declaratoria de Inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009. En subsidio, declarar INEXEQUIBLES los Capítulos I, 111, IV y V del Decreto Legislativo No. 126 del 23 de diciembre 2009.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

De conformidad con lo señalado por los artículos 214.6 y 241.7 de la Constitución Política esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia.

2. El asunto objeto de revisión.

Correspondería a esta Corporación pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 126 de 2010. No obstante, ante la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 mediante la sentencia C-252 de 2010, con fundamento en el cual se expidió la norma en examen procede la Corte a realizar su estudio a partir de esta circunstancia.

3. Inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto Legislativo 126 de 21 de enero de 2010.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-252 del dieciséis (16) de abril de 2010, declaró integralmente inexequible el Decreto 4975 de 2009, por el cual el Presidente de la República declaró un “Estado de Emergencia Social”, por un período de treinta (30) días. Dicha declaratoria tiene efectos inmediatos y hacia el futuro, con excepción de aquellas normas que establecen fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce

efectivo del derecho a la salud, en cuyo caso el efecto de inexecutable fue expresamente diferido.

Así las cosas, el Decreto legislativo 126 de enero 21 de 2010 resulta inexecutable por consecuencia sin diferimiento alguno, en la medida que este Decreto no guarda relación con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 fue expresamente diferido. En efecto, el decreto que declaró el estado de emergencia social es el instrumento a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislar a través de decretos con fuerza de ley, de manera que una vez excluido del ordenamiento, mediante sentencia de inexecutable la norma de auto habilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte. Ha sostenido la Corte en relación con la inexecutable por consecuencia, también llamada “inconstitucionalidad consecucional”:

“La Corte de manera general ha señalado que se configura una “inconstitucionalidad consecucional” cuando en los casos de decretos con fuerza de ley, derivados ya sea de la declaratoria del estado de emergencia o del ejercicio de facultades extraordinarias, ha recaído un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre el decreto que declara el estado de emergencia o sobre la norma legal de autorizaciones extraordinarias.[...]” 3

En el fondo ocurre que, declarada la inexecutable del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.

De conformidad con lo expuesto, y siguiendo la jurisprudencia establecida por esta Corporación, se impone entonces, la declaratoria de inexecutable del Decreto 126 de 2010, como consecuencia del aludido fallo.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, se estará a lo resuelto en la Sentencia C-252 de 2010.

RESUELVE:

Notifíquese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-302 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Efectos de la Inexequibilidad (Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-157

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 126 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) “Por medio del cual se dictan disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a aclarar su voto en los siguientes términos.

En primer lugar, es necesario reiterar brevemente los argumentos del salvamento parcial de voto expresado en la sentencia C-252 de 2010 en relación con la decisión de diferir los efectos de la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, declaratorio de la emergencia social, respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación. Como señalé en aquella oportunidad, el uso del efecto diferido en una decisión de

inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de un estado de excepción avala una práctica sumamente nociva para el funcionamiento democrático de nuestras instituciones, práctica de conformidad con la cual el poder ejecutivo decreta un estado de excepción que incumple con los presupuestos fáctico y de suficiencia, razón por la cual asume que será declarado inconstitucional, pero, amparado en la gravedad de la situación, espera que los efectos de esta inexequibilidad se difieran, consiguiendo así suplantar, al menos por un tiempo, al órgano legislativo en la expedición de normas jurídicas con fuerza de ley con un compromiso importante del principio de separación de poderes. Adicionalmente, el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo. Ello priva de toda eficacia a la decisión de inexequibilidad, pues aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, por ser contraria al artículo 215 de la Carta Política, ésta sigue produciendo efectos. En otras palabras, se permite que una norma inconstitucional siga produciendo efectos jurídicos, con lo cual no habría diferencia alguna entre declararla exequible o inexequible, situación que se agrava si se está en el marco de un estado de excepción.

En segundo lugar, específicamente en relación con el proceso de la referencia, aclaro mi voto frente a una de las consideraciones contenida en el fallo. En la sentencia se indica que “en atención a que el Decreto Legislativo 126 de 21 de enero de 2010, no guarda relación alguna con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 fue diferido, resulta inexequible por consecuencia”. Con esta afirmación, se hace un juicio de fondo sobre una norma que simplemente ha debido declararse inconstitucional por consecuencia y sobre la que, por tanto, no procedía un análisis ni material ni formal. Esta contradicción es consecuencia directa de los efectos paradójicos que genera, a mi juicio, la utilización del efecto diferido en la decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de estado de excepción.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-302/10

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Inexequibilidad diferida (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Efectos diferidos (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Sentencia diferida ultra activa desconoce los fundamentos constitucionales de la ratio decidendi (Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-157

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 126 de enero 21 de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional procedo a hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto en la sentencia C-302 de 2010.

En su oportunidad hice salvamento parcial de voto a la sentencia C-252 de 2010, en la que se examinó el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, que fue declarado inexecutable por unanimidad (numeral primero), no obstante, la mayoría de la Sala Plena dispuso diferir los efectos de la decisión respecto de los decreto de desarrollo que establecieran fuentes tributarias de financiación (numeral segundo). En ese sentido he discrepado de lo decidido por la Corte en las sentencias C-254, C-255, C-289, C-290, C-291, C-292 proferidas en el año 2010 en las que esta Corporación, se pronunció sobre temas coincidentes; de ahí que ahora proceda a aclarar el voto aunque comparta la inexecutable por consecuencia del presente Decreto 126 de 2010.

Por consiguiente, me reafirmó en las consideraciones que me llevaron a salvar parcialmente el voto sobre el decreto matriz toda vez que recoge acertadamente los argumentos que nos permiten hoy aclarar el voto:

“1. Nuestra discrepancia radica esencialmente con el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que dispuso: “Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3.”.

Dicha determinación se fundamentó, para la mayoría de la Sala Plena, en que al reconocerse la presencia de una situación que reviste de “gravedad” en materia de sostenibilidad financiera del sistema de salud, se justifica que algunos decretos de desarrollo puedan mantener una vigencia temporal, concretamente los que establecen fuentes tributarias de financiación, para no hacer más gravosa la situación y poder garantizar de forma provisoria mayores recursos. También se indicó que frente al vacío legislativo que acontece por la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente se generarían mayores consecuencias para la prestación adecuada y oportuna del servicio, y el goce efectivo del derecho, lo cual,

encuentran, hace indispensable conceder un plazo adicional, así como prever el destino de tales recursos y control de los mismos.

2. Quienes nos apartamos de los anteriores razonamientos consideramos que la Corte termina contradiciendo su propia sentencia en cuanto al objeto de protección y garantía constitucional como lo fue el respeto por los principios democrático, participativo y de separación de poderes, que fundamentan el Estado de derecho (arts. 1º y 113 superiores).

3. Debemos empezar por señalar que este Tribunal ha recurrido a la modalidad decisional de “inexequibilidad diferida” bajo unas precisas condiciones y circunstancias, que pueden sintetizarse así: i) el carácter excepcional de su empleo, ii) ha de constituir la única alternativa para la defensa integral del orden constitucional, iii) no está sujeta a valoraciones de conveniencia o políticas, iv) tiene que estar motivada y suficientemente justificada, y v) debe constatar que la inexequibilidad inmediata ocasiona un vacío legal tan traumático que la situación constitucionalmente sería más grave que el mantenimiento en el ordenamiento jurídico de la normatividad acusada, por lo cual el Tribunal establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad.⁴

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.⁵ Ello sin desconocer su referencia en los estados de excepción pero circunscrito a si la inconstitucionalidad sobreviniente del decreto de desarrollo tiene efectos hacia el futuro (a partir de la sentencia) o pueden retrotraerse a la expedición del decreto, o incluso a partir de la sentencia que declaró inexecutable el decreto declaratorio.⁶

4. En lo concerniente al alcance del control de constitucionalidad sobre los estados de excepción, la Corte ha manifestado que debe ser especialmente rigurosa -en principio un juicio estricto de constitucionalidad- atendiendo la invasión de la órbita del legislador ordinario y la restricción que pueda conllevar de las libertades ciudadanas. Ha afirmado que

como a la declaratoria del estado de excepción le es consustancial un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado, el Constituyente fue particularmente metódico en estipular controles jurídicos y políticos para contrarrestar los eventuales excesos del Ejecutivo, mantener el sistema democrático, salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, y garantizar el disfrute pleno de los derechos y libertades ciudadanas.⁷

Además, el artículo 215 de la Constitución preceptúa que los decretos de desarrollo que se expidan podrán “en forma transitoria” establecer nuevos tributos o modificar los existentes, precisando que en estos últimos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. Debe observarse que la “temporalidad” que se establece sólo respecto de las “medidas tributarias” (la regla general es la vigencia indefinida) busca en palabras de la Corte salvaguardar el principio democrático (no suplantación definitiva de la voluntad popular y la democracia representativa), esto es, evitar el abuso del poder dada la máxima de que “no hay tributo sin representación” (principio de legalidad).⁸

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social en salud, tal como consta en el numeral primero de la parte resolutive, que tuvo como fundamento esencial:

- La inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios por la presencia de una problemática estructural, generada de tiempo atrás y recurrente que concierne al diseño, organización y sostenibilidad del sistema de salud en Colombia, además de que no pudo evidenciarse una agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente. Específicamente, sobre la sostenibilidad financiera se expuso con base en sentencias del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional la importancia de liberar recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y de la regresividad que algunas medidas legislativas presupuestales hubieran representado para la población subsidiada de no declararse su

inexequibilidad. Las situaciones de abuso, evasión, elusión, ineficiencia administrativa y corrupción expuestas en el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud y las pruebas acopiadas llevaron a la Corte a señalar el deber de atacar las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus consecuencias, con políticas estables y profundas cuidadosamente diseñadas y razonadas, pues, de lo contrario sería realizar grandes esfuerzos fiscales para tratar de llenar un saco roto.

- Para esta Corporación si bien la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la “gravedad” de la perturbación del orden social no resulta arbitraria, ni producto de un error manifiesto por las dimensiones que ha alcanzado con el transcurrir del tiempo la problemática estructural en salud en lo que concierne a la sostenibilidad financiera, ello no se muestra con la misma claridad respecto de la “inminencia” que debe demostrarse por no haberse acreditado suficientemente la existencia de un serio peligro o la materialización en cualquier momento de un colapso del sistema, ni que se esté ante una situación insalvable o incontenible.

- También pudo comprobarse la existencia de un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vista a prevenir y corregir la problemática estructural que se presenta en el sistema de salud, los cuales consideró la Corte que pudo haberse empleado desde el primer momento por el Ejecutivo y puede hoy en día hacerlo. Concretamente refirió a la imperiosa necesidad de acudir al proceso de discusión pública, esto es, al foro democrático por excelencia que es el Congreso de la República, en virtud de los principios de separación de poderes, democrático, participativo y pluralista, a efectos de tratar lo correspondiente al diseño, la organización y la sostenibilidad financiera del sistema. Recalcó esta Corte que incluso a corto plazo el Gobierno cuenta con un marco de atribuciones ordinarias (trámite de leyes) que puede ejercer con mensaje de urgencia, además de las que dispone directamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con la mayor prontitud y profundidad posible la situación deficitaria presupuestal. Adicionalmente, dispuso que tal problemática estructural fuera abordada en el Plan Nacional de Desarrollo, como también permitió residualmente el recobro por los entes territoriales ante el Fosyga de los servicios y medicamentos no POS-S que se requieren con necesidad, al igual que requirió a

los órganos de control para que evitaran la dilapidación de los recursos de la salud.

En esa medida, para la Corte al no cumplirse ninguna de las exigencias previstas en el artículo 215 de la Constitución para la declaratoria del estado de emergencia social en salud, esto es, los presupuestos fáctico, valorativo y de suficiencia de los medios ordinarios (observancia concurrente para superar el juicio de constitucionalidad), la Corte procedió de forma unánime a declarar la inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009.

6. Es claro para la Corte, entonces, que frente a la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud los decretos de desarrollo devienen en inconstitucionales. Así lo ha sostenido este Tribunal al indicar que cuando se declara la inconstitucionalidad de un decreto legislativo (estados de excepción) que constituye el origen, la causa o el fundamento jurídico para la expedición de otros decretos, deben igualmente desaparecer del ordenamiento jurídico los que se expidieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.⁹ Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexecutable del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.”¹⁰ Negrillas al margen del texto transcrito en comentario.

7. La modalidad decisional de efectos diferidos acogida por la mayoría de la Sala Plena se muestra lejana a la observancia de los postulados constitucionales toda vez que una lectura holística permite apreciar que bajo la expedición de un decreto declaratorio de “estado de excepción” -anormalidad institucional, emergencia social en salud-, que implica un juicio estricto de constitucionalidad -invasión de las atribuciones del legislador ordinario- y es declarado inexecutable por haber desconocido el principio democrático, además del

participativo y de división de poderes que son expresiones del Estado de derecho, la Corte haya recurrido a una modalidad de sentencia sobre los decretos de desarrollo que resulta de uso “excepcional” por los tribunales constitucionales -efectos diferidos de carácter “ultra activos-, que comporta mantener vigente un decreto emitido por el Ejecutivo sin que se hubieren presentado las circunstancias para su expedición, en periodos de no alteración del orden público, respecto de una materia tributaria cuya vigencia por disposición del Constituyente es efímera -regla general es la contraria, vigencia indefinida-, que busca salvaguardar igualmente el principio democrático -no hay tributo sin representación, principio de legalidad-.

8. El anterior esquema expositivo nos permite concluir a quienes salvamos el voto sobre el numeral segundo de la sentencia C-252 de 2010, en el desconocimiento de una línea jurisprudencial pacífica y consistente que termina por flexibilizar hasta desaparecer el juicio estricto de constitucionalidad, sin que se hubiere expuesto mayores fundamentos jurídicos, además de también verificarse la existencia de una contradicción argumentativa que termina por descartar el objeto de garantía constitucional que motivó la sentencia de inconstitucionalidad.

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada inexequible, la mayoría de la Corte procedió a emplear una modalidad de sentencia sobre algunos decretos de desarrollo que resulta de uso extraordinario, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que la ha limitado implícitamente en su aplicación para tiempos de normalidad institucional (efectos diferidos ultra activos) y que concierne a una materia de regulación transitoria (carácter temporal de las normas tributarias) y no permanente (regla general), sin que se hubieren expuesto mayores razonamientos constitucionales para llegar a tal determinación.

8.2. La aplicación de la modalidad de sentencia diferida ultra activa termina por desconocer en un grado significativo los fundamentos constitucionales -ratio decidendi- que llevaron de

manera unánime a la Corte a declarar la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, centrada en el respeto por el principio democrático como espacio de razón pública.

8.3. Al permitirse que continúen vigentes algunos decretos de desarrollo se termina generando un contra argumento a la sentencia de inconstitucionalidad. Como se ha explicado y aunque resulte insistente, no fueron encontradas válidas a la luz de la Constitución los hechos que adujo el Gobierno para la declaratoria del estado de emergencia por cuanto pudo determinarse que:

i) se está ante una problemática estructural que concierne al diseño, organización y sostenibilidad financiera del SGSSS¹¹ (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, ineficiencia administrativa y corrupción que desequilibran aún más la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que debe controlarse el destino de los recursos públicos, iii) no logró demostrarse una inminencia en la perturbación del orden social o de una situación insalvable o incontenible, y iv) se dispone de un marco de competencias ordinarias a corto, mediano y largo plazo, suficientes para prevenir y corregir la problemática en salud con oportunidad y eficiencia (diseño de las políticas públicas en salud), lo cual por la materia que incumbe debe agotar indefectiblemente el camino de la democracia, el proceso de discusión pública, el trámite participativo y pluralista ante el Congreso, todo en la búsqueda del respeto por los derechos de los usuarios del servicio de salud.

8.4. Si el motivo de la inconstitucionalidad fue la inobservancia del principio democrático del cual emerge un proceso de discusión pública que busca garantizar la participación, el pluralismo y la publicidad, en correspondencia con los principios de soberanía popular y de separación de poderes, no es posible entender que la mayoría de la Sala Plena haya optado

por habilitar constitucionalmente una modalidad de decisión que termina por desvirtuar el mismo objeto de protección constitucional acogido por unanimidad de la Corte. Ha de reiterarse que la procedencia de las sentencias de inexecuibilidad diferida o de constitucionalidad temporal se ha limitado en tiempos de normalidad del Estado a que constituya “la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino [e]l resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecuibilidad sobre las normas constitucionales.”¹²

8.5. Si bien la Corte reconoció la “gravedad” de la situación financiera que atraviesa el sistema de salud, ello lo fue bajo el contexto de la inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, de la no acreditación de una inminencia (requisito concurrente con la gravedad para configurar el presupuesto valorativo) y de la existencia de un conjunto de atribuciones ordinarias para conjurar la problemática integral en salud (trámite de ley ordinaria con mensaje de urgencia).

8.6. Al disponer la mayoría de la Sala Plena sobre los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación i) un plazo determinado de vigencia, ii) cuál será el destino de los recursos y iii) la adecuada vigilancia por los órganos de control, termina la Corte efectuando un juicio de constitucionalidad material sobre lo que resulta inconstitucional por consecuencia pero diferido en el tiempo, a más de que entra a modificar el contenido normativo del decreto en una especie de “exequibilidad condicionada”. El planteamiento expositivo empleado por la mayoría de la Sala Plena permite colegir que los decretos de desarrollo que en virtud de la modulación de la sentencia mantendrían su vigencia transitoria, tampoco hubieran superado el más flexible control de constitucionalidad.

8.7. Incluso partiendo del supuesto de la procedencia de los efectos diferidos ultra activos en los estados de excepción, no se cumplirían los presupuestos que se han instituido para su procedencia en periodo de normalidad institucional (deberían resultar aún más rigurosos

para los periodos de alteración del orden público), toda vez que el Gobierno siempre ha dispuesto constitucional y legalmente de diversas atribuciones ordinarias como la iniciativa legislativa con mensaje de urgencia, además del ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con oportunidad, profundidad y eficiencia la situación financiera que aqueja al sistema de salud. Así tampoco se cumple el requisito que hubiera habilitado una inconstitucionalidad diferida bajo el supuesto indicado, esto es, que constituya la “única alternativa” que posibilite la defensa integral de la Constitución, que vendría por demás a restar todo sustento jurídico al presunto vacío legislativo que supuestamente había generado una situación de mayor inconstitucionalidad, cuando la realidad es que la consecución del diseño de la política pública en salud implica abordarla, a más de la inmediatez, bajo un proceso de discusión pública que atienda y resuelva con pertinencia y de manera sustancial la problemática estructural que aqueja el sistema de salud.

8.8. Entonces, puede sostenerse que la Corte buscó rescatar el principio democrático, no obstante con la modulación de la sentencia terminó otorgando vigencia temporal a algunos decretos extraordinarios de desarrollo que justamente resultaban inconstitucionales por consecuencia al suplantar el camino de la democracia, para finalmente la Corte enjuiciar materialmente dichos decretos estableciéndoles unos cambios normativos que terminan por desvirtuar aún más el proceso de discusión pública que debe agotarse ante el Congreso.

La pretensión de la mayoría de la Sala Plena consistente en desligar los efectos de una sentencia respecto de *laratio decidendi* que motiva la misma, termina por desconocer la necesaria congruencia que precede a toda decisión constitucional, como su observancia y apreciación integral.

8.9. Preocupa altamente a quienes en esta oportunidad salvamos parcialmente el voto que el centro del debate haya quedado reducido a los efectos de una sentencia cuando la Constitución impone edificar una determinación a partir de su eficacia misma, teniendo siempre como norte inalterable la supremacía e integridad de la Carta Política (art. 241

superior).¹³

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexecuibilidad consecencial de todos los decretos de desarrollo, sin tener que acudir a modulación alguna sobre los mismos.”

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Sobre los TES a cargo del ISS: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3984420>;

2 <http://www.fosyga.gov.co/Estad%C3%ADsticas/Portafolio/tabid/313/Default.aspx>

3 Sentencias C-448 de 1995, se reitera en la sentencia C-127 de 1997.

5 Corte Constitucional. Sentencias C-720 de 2007, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de

1999 y C-221 de 1997.

6 Corte Constitucional. Sentencias C-619 de 2003, C-186 de 1997 y C-171 de 1993.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2003.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009. Cft. sentencia C-776 de 2003.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-530 de 2000. Cft. Sentencia C-284 de 2009.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 1995

11 Sistema General de Seguridad Social.

12 Corte Constitucional. Sentencia C221 de 1997. Cft. Sentencia C-737 de 2001.

13 Cft. Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2003.