

C-751-15

Sentencia C-751/15

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Expedición en virtud del Estado de Emergencia Económica y Social

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Parámetros de constitucionalidad

ESTADOS DE EXCEPCION-Principios y límites internacionales

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE EXCEPCION-Conformación

DERECHO CONSTITUCIONAL DE EXCEPCION DE LOS ESTADOS PARTES-Principios

ESTADOS DE EXCEPCION-Principio de la intangibilidad de derechos/ESTADOS DE EXCEPCION-Principio de necesidad y proporcionalidad/ESTADOS DE EXCEPCION-Principio de temporalidad/ESTADOS DE EXCEPCION-Principio de legalidad

CONTROL DE ESTADOS DE EXCEPCION-Requisitos de forma/CONTROL DE ESTADOS DE EXCEPCION-Proclamación y Notificación

ESTADOS DE EXCEPCION-Formas de control

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político por el Congreso de la República/ESTADOS DE EXCEPCION-Control jurídico por la Corte Constitucional

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DEL ESTADO DE EMERGENCIA-Control de carácter integral

DECRETOS LEGISLATIVOS-Juicio de constitucionalidad

DECRETOS LEGISLATIVOS-Requisitos formales

DECRETOS LEGISLATIVOS-Requisitos materiales

DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de conexidad material/ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL-Elementos de conexidad

DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de finalidad

DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de necesidad

DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de incompatibilidad

DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de proporcionalidad/PROPORCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Juicios diferentes

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Requisitos formales

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Contenido

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Requisitos materiales

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA Y ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL-Conexidad material/DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Medidas exclusivamente dirigidas a evitar crisis en materia de salud/DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Habilitación de EPS en liquidación para prestación de servicios de salud

DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO-Consagración internacional

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Consagración constitucional

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección especial

DERECHO A LA SALUD DE POBLACION DESPLAZADA-Jurisprudencia constitucional

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Población especial y prioritaria/DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Amplitud de cobertura para afiliación al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud

DECRETO LEGISLATIVO PARA GARANTIZAR ASEGURAMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DE POBLACION REPATRIADA, RETORNADA, DEPORTADA O EXPULSADA DE VENEZUELA-Flexibilización de requisitos de habilitación de nuevos programas para EPS

Referencia: expediente RE - 221.

Revisión oficiosa del Decreto Legislativo número 1978 del 6 de octubre de 2015 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa -quien la preside-, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia de

conformidad con los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. Mediante oficio del siete (07) de octubre de dos mil quince (2015), el Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional copia auténtica del Decreto Legislativo número 1978 del seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela”.

1.2. A través del Auto del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), el despacho del Magistrado Sustanciador asumió el conocimiento del proceso y decidió:

1.2.1. Oficiar, a través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República para que remitiera a esta Corporación un informe detallado que señalara: (i) las razones que motivaron la expedición del Decreto Legislativo 1978 de 2015; (ii) su conexidad con el Decreto Legislativo 1770 de 2015; (iii) la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estricto sentido de las medidas que contempla; y (iv) las razones por las cuales las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 1978 de 2015 contribuirán a superar y/o contrarrestar la crisis.

1.2.2. Disponer su fijación en lista con el fin de permitir a todos los ciudadanos defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015.

1.2.3. Comunicar la iniciación de este proceso a los Ministerios del Interior; Relaciones Exteriores; Hacienda y Crédito Público; Justicia y del Derecho; Defensa Nacional; Agricultura y Desarrollo Rural; Salud y Protección Social; Trabajo; Minas y Energía; Comercio, Industria y Turismo; Educación Nacional; Ambiente y Desarrollo Sostenible; Vivienda, Ciudad y Territorio; Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Transporte; Cultura; a Migración Colombia; al ICBF; a la Defensoría del Pueblo; al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social; a la Consejería Presidencial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República; al Ministro Consejero para el Postconflicto, Derechos Humanos y Seguridad; a la Superintendencia Nacional de Salud; a -ACEMI -; y a la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia.

1.2.4. Invitar a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a la ACNUR y a Facultades de Derecho y Ciencia Política para que si lo estimaran conveniente, participaran en el debate jurídico que por este juicio se propicia.

1.2.5. Correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

2. NORMA OBJETO DE REVISIÓN

El texto de la norma objeto de análisis, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial No. 49.657 del seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), es el siguiente:

“DECRETO 1978 DE 2015

Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto 1770 de septiembre 7 de 2015, el Presidente de la Republica declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en los municipios de la Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, el Molino, San Juan del César, Fonseca, Barrancas, Albanía, Maicao, Uribia y Hato Nuevo en el Departamento de la Guajira; Manaure - Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Chiriguana y Curumaní en el Departamento del César; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Area Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata, en el Departamento de Norte de Santander; Cubará, en el Departamento de Boyacá; Cravo Norte; Arauca, Arauquita y Saravena en el Departamento

de Arauca; La Primavera, Puerto Carreño y Cumaribo en el Departamento de Vichada, e Inirida en el Departamento de Guanía, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho decreto.

Que en función de dicha declaratoria, y con sustento en las facultades señaladas por el artículo 215 de la Constitución, corresponde al Gobierno Nacional, en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis.

Que el Decreto reglamentario 1768 de 2015, mediante el cual se establecen las condiciones para la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retomado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela durante el año 2015, definió a dicha población como población especial y prioritaria y ordenó su consecuente afiliación al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de listados censales a cargo de los municipios o distritos donde aquella se encuentre ubicada.

Que en la actualidad, la capacidad de afiliación de población adicional de los aseguradores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en las entidades territoriales en las que se ha declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se encuentra gravemente limitada, especialmente, por la situación operativa, financiera y prestacional que presenta Caprecom EPS como principal aseguradora del Régimen Subsidiado,

Que en los municipios de la declaratoria de emergencia, algunas entidades en proceso de liquidación mantienen su operación en el régimen subsidiado en razón a la obligación que estas tienen de garantizar el traslado adecuado de sus afiliados. No obstante estas entidades no se encuentran habilitadas por la Superintendencia Nacional de Salud para recibir nuevos afiliados.

Que el artículo 180 de la ley 100 de 1993 establece los requisitos previos de habilitación que deben cumplir las entidades para que puedan ser autorizadas como Entidades Promotoras de Salud.

Que se hace necesario introducir reglas excepcionales para la habilitación de programas de

salud de entidades que a pesar de encontrarse en proceso de liquidación cuenten con indicadores aceptables de operación, a fin de garantizar el aseguramiento de la población objetivo.

Que en virtud del mecanismo excepcional de habilitación, las entidades en proceso de liquidación que continúen operando el régimen subsidiado y cuenten con indicadores aceptables de operación, podrán acreditar posteriormente los requisitos de habilitación de nuevos programas y no de manera previa a la entrada en operación como lo exige el artículo 180 de la Ley 100 de 1993.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Habilitación excepcional de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Liquidación. Con el fin de garantizar el aseguramiento y la prestación de servicios de salud a la población repatriada, retornada, deportada o expulsada en los municipios de frontera de que trata el Decreto 1770 de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud podrá habilitar aquellos programas de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Salud que se encuentren en medida de intervención forzosa administrativa para liquidar y que, antes de su intervención, contaran con población asegurada en cualquiera de los municipios de los que trata el artículo 1° del mencionado decreto.

Para estos efectos, el representante legal de la respectiva entidad, deberá manifestar la intención de la misma de obtener nuevamente la habilitación.

El proceso liquidatorio del respectivo programa continuará hasta su cierre definitivo, mientras que la habilitación se otorgará sobre un nuevo programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado. Los requisitos de habilitación deberán ser verificados por la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los seis (6) meses siguientes a partir de la respectiva habilitación, de acuerdo con el plan de cumplimiento que se apruebe para el efecto y con sujeción a las normas vigentes. El incumplimiento de los mismos dará lugar a la aplicación de las medidas especiales que resulten aplicables a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud o cualquiera de las consecuencias establecidas en la

ley frente a la ocurrencia de conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud.

Parágrafo. En caso de que el respectivo programa en liquidación cuente con afiliados sin asignar, deberá realizar el traslado de afiliados al nuevo programa habilitado, los cuales ejercerán sus derechos en los términos establecidos en el Decreto 3045 de 2013 y demás normas aplicables.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

3. INTERVENCIONES

3.1. INFORME DE LA SECRETARÍA JURÍDICA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

El día veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015), la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República presentó informe en el cual expuso los fundamentos que motivaron la expedición del Decreto Legislativo 1978 de 2015 y explicó las razones por las cuales satisface los requisitos formales y materiales definidos por la Corte Constitucional y las normas que regulan la materia:

3.1.1.1. Fue dictado y promulgado en desarrollo del decreto que declaró el Estado de Emergencia, es decir, del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de cerrar la frontera con Colombia.

3.1.1.2. El decreto lleva la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho. Tal como lo exige el inciso segundo del artículo 241 de la Carta Política, fue suscrito por el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros. Por disposición del Decreto 1971 del 5 de octubre de 2015, la Ministra de Relaciones Exteriores se encontraba en comisión en el exterior, razón por la cual el decreto está firmado por la Viceministra de Relaciones Exteriores como encargada de las funciones del despacho de la Ministra. Adicionalmente, en virtud del Decreto 1978 del 22 de septiembre de 2015, la Ministra de Cultura se encontraba en comisión en el exterior, razón por la cual el decreto aparece firmado por la Viceministra.

3.1.1.3. Fue expedido dentro del término de vigencia del Estado de Emergencia: el

Decreto 1770 del 6 de octubre de 2015 fue expedido dentro del término de vigencia del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por un término de treinta (30) días calendario.

3.1.1.4. Se encuentra debidamente motivado, con el señalamiento de las razones o causas que condujeron a su expedición: (i) el Decreto 1770 de 2015 contiene las consideraciones jurídicas y técnicas en virtud de las cuales el Gobierno Nacional autoriza de manera excepcional la habilitación de E.P.S. del Régimen Subsidiado en liquidación, que hayan asegurado población en los municipios de Norte de Santander; (ii) de esta manera se podrá garantizar el aseguramiento efectivo de la población repatriada, retornada, deportada o expulsada en los municipios de Norte de Santander afectados por la emergencia; y (iii) la parte considerativa del Decreto 1770 de 2015 describe de manera sucinta todos los elementos que justifican la decisión contenida en el mismo.

3.1.2. Presenta un informe detallado sobre las solicitudes expuestas en el Auto del 20 de octubre de 2015 en los siguientes términos:

3.1.2.1. Conexidad con el Decreto Legislativo 1770 de 2015

3.1.2.1.1. El objetivo del Decreto 1770 de 2015 es dar respuesta a los hechos perturbadores del orden económico, social y ecológico que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, expuestos en el Decreto 1770 de 2015.

3.1.2.1.2. En el Decreto 1770 de 2015 se detalla la medida ordinaria que el Gobierno Nacional tomó para facilitar la afiliación de la población migrante al régimen subsidiado en salud.

3.1.2.1.3. El Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 que permite a los migrantes colombianos provenientes del territorio venezolano, su afiliación al régimen subsidiado si se encuentran identificados en el Registro Único de Damnificados a cargo de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. Así, se eliminó el mecanismo general establecido a nivel de decreto para determinar que una persona no tiene capacidad de pago y, por tanto, puede ser beneficiaria del régimen subsidiado, esto es, la realización de la encuesta SISBEN y su clasificación en los niveles I o II.

3.1.2.1.4. Como resultado de la expedición de esa norma, el número de personas migrantes de Venezuela que han solicitado su afiliación al régimen subsidiado asciende a 13.707, de las cuales 9.305 ya se encuentran afiliadas y 4.402 en trámite. Adicionalmente 3.212 personas han solicitado directamente la prestación del servicio de salud como población pobre no afiliada al sistema general en salud, lo que indica que son potenciales beneficiarias del régimen subsidiado.

3.1.2.1.5. Este nuevo número de afiliados, que requieren de una adecuada prestación del servicio de salud por parte de las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado, se encuentran con una red de aseguramiento en el departamento de Norte de Santander especialmente limitada en su capacidad para recibir nuevos afiliados.

3.1.2.1.6. No obstante lo anterior, en el departamento de Norte de Santander se encuentran en proceso de liquidación la Caja de Compensación Familiar del Oriente Colombiano -COMFAORIENTE- y la EPS-S Famisalud Comfanorte -COMFANORTE-, las cuales si bien se encuentran en proceso de liquidación, continúan garantizando el aseguramiento en el régimen subsidiado de 111.133 afiliados y tienen indicadores de atención aceptables según las mediciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

3.1.2.1.7. El Decreto 1978 de 2015 permite que estas EPS puedan solicitar la habilitación inmediata, sin necesidad de cumplir de manera previa con todos los requisitos que exige el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, ampliándose así la capacidad para recibir nuevos afiliados de las EPS de los municipios de la declaratoria ubicados en Norte de Santander. La medida sólo sería aplicable para las EPS del departamento de Norte de Santander, pues no existen otras EPS en liquidación que hubiesen estado habilitadas en los municipios de la declaratoria en otros departamentos.

3.1.2.2. Razones que explican la necesidad de la expedición del Decreto Legislativo 1978 de 2015

3.1.2.2.1. El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades ordinarias, expidió el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 mediante el cual estableció un mecanismo más expedito para la afiliación de migrantes de Venezuela. De esta manera, la afiliación al régimen subsidiado de las personas deportadas, expulsadas, repatriadas o retornadas del territorio venezolano, puede realizarse prescindiendo de la encuesta SISBEN (mecanismo general de verificación

de la capacidad de pago y vulnerabilidad), siempre que éstas se encuentren inscritas en el Registro Único de Vulnerabilidad de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.

3.1.2.2.2. La información del Ministerio de Salud y Protección Social indica que al menos 9.305 personas han sido afiliadas mediante este mecanismo, de las cuales 4.402 se encuentran en trámite por encontrarse algunas inconsistencias en la información de identificación entregada.

3.1.2.2.3. Adicionalmente, 3.212 personas han solicitado directamente la prestación del servicio de salud como población pobre no afiliada al sistema general en salud lo que indica que estas personas son potenciales afiliados al régimen subsidiado.

3.1.2.2.4. Ese número actual y potencial de afiliados creciente, dadas las características precarias del aseguramiento en el departamento del Norte de Santander que se pasan a explicar, hicieron necesaria la expedición del Decreto 1978 de 2015.

3.1.2.3. Condiciones de aseguramiento en el Departamento de Norte de Santander

3.1.2.3.1. En la actualidad, el Departamento de Norte de Santander es el mayor receptor de población deportada, retornada y expulsada desde la República Bolivariana de Venezuela. De acuerdo con los últimos reportes recibidos por la Unidad de Gestión del Riesgo hay un registro de 18.770 damnificados en dicho departamento.

3.1.2.3.2. En este departamento existen en la actualidad 10 aseguradores del régimen subsidiado con reporte de personas afiliadas con corte a septiembre de 2015: COMFANORTE, COMFAORIENTE, SALUDVIDA, ECOOPSOS, COMPARTA, CAFESALUD, ASSMET SALUD, CAPRECOM y DUSAKAWI.

3.1.2.3.3. Adicionalmente se encuentran COMFANORTE y COMFAORIENTE en liquidación, las cuales continúan asegurando 111.133 personas y que con base en el Decreto 1978 de 2015, podrán volverse a habilitar para recibir nuevos afiliados.

3.1.2.4. Capacidad de afiliación del Departamento de Norte de Santander antes de la expedición del Decreto 1978 de 2015

Considerando la existencia de los diez (10) aseguradores con población afiliada a septiembre de 2015, el Departamento de Norte de Santander presenta un déficit en su capacidad de afiliación de 112.471 personas[1], es decir, que mientras la Superintendencia Nacional de Salud aprobó una capacidad total de afiliación de 747.385 personas, se encuentran 859.856 personas afiliadas a régimen subsidiado en el Departamento. En resumen, hay 747.385 de capacidad autorizada, 859.856 afiliados activos y 112.471 de déficit. Por lo anterior, los aseguradores del departamento de Norte de Santander no cuentan con la capacidad para afiliar y se encuentra en riesgo la protección adecuada a la población beneficiaria del régimen subsidiado.

3.1.2.5. Restricciones de aseguradores actuales antes del Decreto 1978 de 2015

Aunque la situación explicada permite demostrar de manera suficiente las dificultades que tiene el régimen subsidiado para la recepción y protección efectiva de derecho fundamental a la salud de la población migrante de Venezuela, dicha situación se ve agravada al analizar el precario estado en el que se encuentran financiera y operativamente los diferentes aseguradores del departamento y las medidas que deberá tomar el Gobierno Nacional y la Superintendencia Nacional de Salud en lo que resta del año[2]. Bajo el escenario presentado, solamente 4 de las 10 EPS de Norte de Santander cumplirán las condiciones de habilitación necesarias para recibir afiliados migrantes de Venezuela, pero no tendrán la capacidad operativa para garantizar adecuadamente el derecho a la salud de la población deportada.

3.1.2.6. Mapa final de riesgo en el aseguramiento

3.1.2.6.1. Las situaciones descritas representan el escenario sin la participación de COMFANORTE y COMFAORIENTE en liquidación en la red aseguradora de Norte de Santander, y si a ello se le suma la salida programada de CAPRECOM antes de finalizar el año en curso, las limitaciones a la capacidad del aseguramiento ponen en un riesgo inminente la prestación de los servicios de salud a la población migrante de Venezuela.

3.1.2.6.2. Suponiendo que la salida de COMFANORTE, COMFAORIENTE y CAPRECOM se diera, 217.690 afiliados adicionales tendrían que ser trasladados a los aseguradores activos, los cuales, como ya se explicó, no cuentan con la capacidad de afiliación necesaria.

3.1.2.6.3. De consolidarse estas situaciones en curso, el escenario que tendría que enfrentar Norte de Santander para la atención de su población en general y para la recepción de la población proveniente de Venezuela, sería el siguiente: 6 EPS disponibles con una capacidad de afiliación de 647.385, con 859.856 afiliados efectivos y un déficit de 212.312.

3.1.2.6.4. Este análisis demuestra la necesidad de habilitar COMFANORTE y COMFAORIENTE ahora en liquidación, de forma expedita en el régimen subsidiado, de forma que estas Cajas de Compensación puedan contribuir a cubrir el déficit de capacidad de afiliación de manera que se generen las condiciones para recibir y prestar un servicio adecuado de salud exclusivamente a los migrantes de Venezuela.

3.1.2.7. Razones detalladas sobre el alcance de las disposiciones que contiene el Decreto Legislativo 1978 de 2015

3.1.2.7.1. El Decreto 1978 de 2015 permite ampliar la capacidad de recepción de nuevos afiliados del régimen subsidiado provenientes de Venezuela en el departamento de Norte de Santander.

3.1.2.7.2. Las condiciones de aseguramiento en ese departamento se encuentran especialmente limitadas, por lo que facilitar un mecanismo para contar con un mayor número de EPS que estén en capacidad de asumir estos nuevos afiliados migrantes de Venezuela, es fundamental para prestarles un adecuado servicio de salud. El artículo 180 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos previos que deben cumplir las EPS para que la Superintendencia Nacional de Salud pueda habilitarlas y permitirles la vinculación de afiliados.

3.1.2.7.3. El Decreto busca entonces que dos (2) EPS en liquidación que prestaban el aseguramiento en los municipios objeto de la declaratoria en el departamento de Norte de Santander, pueden habilitarse nuevamente en el régimen subsidiado sin cumplir de manera previa con todos los requisitos que establece el artículo citado, en especial lo que se refiere a acreditar unas condiciones mínimas financieras, unas condiciones de organización administrativa y un capital social mínimo.

3.1.2.8. Las razones por las cuales las disposiciones ordinarias sobre el tema no son

suficientes para superar y/o contrarrestar la crisis en las zonas de frontera

3.1.2.8.1. La necesidad de acceder a las facultades legislativas del Estado de Emergencia para superar la crisis fronteriza proviene de la necesidad de superar la barrera legal que impone el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 que establece unos requisitos previos y verificables al momento de la habilitación por la Superintendencia Nacional de Salud, así que sólo podría relevarse de la exigencia de estos requisitos a las entidades en liquidación mediante una norma de rango legal.

3.1.2.8.2. El decreto permite que COMFAORIENTE y COMFANORTE, entidades en proceso de liquidación, presenten una solicitud de habilitación de un programa cuyos requisitos se irán cumpliendo de manera progresiva dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación por parte de la Superintendencia, creando así una excepción a la regla legal vigente que permite la habilitación expedita de nuevos programas de salud en los municipios de Norte de Santander afectados por la emergencia económica, social y ecológica.

3.1.2.8.3. La medida de carácter legislativo se limita a aquellas entidades que cuenten con programas en liquidación, pues las mismas cumplen con las condiciones de tener experiencia en el aseguramiento en salud, mostraron condiciones adecuadas de prestación durante el proceso liquidatorio y, al tratarse de programas de salud de Cajas de Compensación, cuentan con un respaldo por parte de la actividad principal que estas desarrollan.

3.1.2.9. Precisión sobre la imposibilidad de aplicar el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

3.1.2.9.1. Los artículos 233 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 1753 de 2015 establecen que el procedimiento aplicable a las actuaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, en el ejercicio de las medidas especiales de intervención, es el mismo que se consagra para las disposiciones de la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.1.2.9.2. Así las cosas, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre la intervención de entidades financieras, son aplicables a los procesos de intervención para liquidación a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, estas normas se deben aplicar teniendo en cuenta las exigencias y objetivos

propios de aquellas que prestan servicios de salud.

3.1.2.9.3. Es precisamente el cumplimiento previo de los requisitos de habilitación contemplados en la ley, lo que impide la aplicación del Artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3.1.2.9.4. Aunque este artículo pareciera resultar aplicable a los casos de programas de EPS en liquidación en la zona de frontera, debe observarse que el mismo supone que la entidad pueda ponerse en funcionamiento sin cumplir con requisitos adicionales.

3.1.2.9.5. No obstante esta condición, no es aplicable a las entidades en proceso de liquidación del departamento de Norte de Santander, pues estas no estarían en capacidad de cumplir con los requisitos previos del artículo 180 de la Ley 100 de 1993 de manera inmediata.

3.1.2.10. Las razones por las cuales las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 1978 de 2015, contribuirían a superar y/o contrarrestar la crisis en las zonas afectadas

3.1.2.10.1. Las decisiones adoptadas mediante el Decreto 1978 de 2015 no son excesivas, por el contrario, son ajustadas al fin previsto y suponen un beneficio directo para los afectados por la crisis.

3.1.2.10.2. El Decreto 1978 busca que la medida tomada por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades ordinarias y que facilitó la afiliación de los migrantes de Venezuela, se traduzca en una afiliación no formal sino real, ya que sólo teniendo aseguradores con capacidad efectiva de afiliación, podrán garantizarse las condiciones adecuadas de la prestación del servicio de salud.

3.1.2.10.3. Considerando las condiciones de aseguramiento del régimen subsidiado en el departamento de Norte de Santander, las EPS en liquidación que en razón al Decreto 1978 de 2015 ahora estarían habilitadas por la Superintendencia de Salud, tendrían capacidad para recibir los nuevos afiliados migrantes de Venezuela. El beneficio obtenido con la norma no presenta riesgo alguno puesto que habilita de manera expedita entidades que no solo presentan indicadores de atención y satisfacción mejores que otras EPS habilitadas en el

departamento de Norte de Santander, sino que sus condiciones financieras se han modificado sustancialmente desde que se inició su proceso de liquidación.

3.1.2.10.4. Esta habilitación expedita es una autorización que sólo dará un periodo de gracia de seis (6) meses a las EPS en liquidación para el cumplimiento de los requisitos generales y condiciones normales.

3.1.2.11. Condiciones actuales e indicadores de Comfanorte y Comfaoriente

COMFANORTE y COMFAORIENTE son dos (2) EPS de propiedad de Cajas de Compensación Familiar que solicitaron su retiro voluntario en el año 2012 y cuya liquidación fue ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud. Desde ese momento, hasta la fecha, han sido expedidas algunas disposiciones legales que han mejorado las condiciones financieras de las cajas de compensación familiar, las cuales han despertado el interés en seguir prestando servicios de salud y han mejorado de manera efectiva su capacidad financiera para prestar y garantizar el aseguramiento en salud; estas son el Decreto 2702 de 2014[3] y la Ley 1753 de 2013[4]. Estas dos EPS presentan indicadores aceptables de satisfacción y presentan un número de tutelas por no prestación de servicios del plan de beneficios muy inferiores a las demás EPS del régimen subsidiado del departamento[5].

3.1.3. De conformidad con lo anterior, solicita declarar exequible el Decreto 1978 de 2015, por haber sido expedido con el lleno de los requisitos formales y materiales exigidos por la Constitución Política, la Ley y la jurisprudencia.

3.2. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

El Ministerio de Relaciones Exteriores, representado por su apoderado, señor Jorge Enrique Barrios, solicita que se declare la exequibilidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015 de conformidad con las siguientes consideraciones:

3.2.1. Tras citar el artículo 2º de la Constitución Política, indica que es piedra angular del Estado colombiano velar por el bienestar de sus ciudadanos, bien sea generando medios idóneos que garanticen su salud, desarrollo personal, económico y cultural o resarcido cualquier aspecto que ponga en peligro sus derechos fundamentales.

3.2.3. Afirma que en virtud del artículo 215 superior se otorgan facultades al Gobierno

Nacional con el fin de adoptar las medidas necesarias tendientes a mitigar el impacto sufrido por los colombianos que por fuerza mayor han tenido que regresar a Colombia. Concluye que resulta imperiosa la habilitación excepcional de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Liquidación, con el objeto de asegurar la prestación de servicios de salud a la población repatriada.

3.3. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones considera que se debe declarar la exequibilidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015 por los siguientes motivos:

3.3.1. Tras citar lo expuesto en la sentencia C-218 de 2011 en relación con los requisitos de forma que deben contener los decretos legislativos, asevera que éstos deben llevar la firma del Presidente y de los Ministros del Despacho, ser expedidos dentro de la vigencia del Estado de Emergencia y encontrarse suficientemente motivados.

3.3.2. Frente a lo anterior, afirma que el Decreto 1978 de 2015: (i) se encuentra debidamente firmado por el Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho; (ii) expone los motivos en que se basó el Gobierno Nacional para expedir las medidas adoptadas en ejercicio de las facultades que el artículo 215 superior y la Ley 137 de 1994 le confieren al Presidente de la República; y (iii) fue expedido estando vigente el Estado de Emergencia Social declarado por el Decreto 1770 de 2015.

3.3.3. Indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 137 de 1994, se tiene que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo materia de estudio, se encuentran directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación que originaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y a impedir la extensión de sus efectos.

3.3.4. Sostiene que la actuación se ha sustentado en la existencia de hechos perturbadores del orden social que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia Social, los cuales se desencadenaron como consecuencia de las medidas tomadas por el Gobierno venezolano que generaron un impacto en el orden económico y social; por lo que se hace necesario tomar acciones inmediatas que permitan conjurar la emergencia y calamidad que atraviesa esa zona del país.

3.3.5. Manifiesta que el Gobierno Nacional, dentro de las competencias otorgadas en el marco de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se ha visto en la necesidad de tomar medidas extraordinarias para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, entre las cuales se encuentra el levantamiento de ciertas restricciones legales relacionadas con la identificación, selección y registro de personas en programas asistenciales y sociales ofrecidos por el Estado. En virtud de ello se expidió el Decreto 1978 de 2015, por el cual se decretaron medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos.

3.3.6. Explica que para el efecto de garantizar el aseguramiento y la prestación de servicios de salud a la población repatriada, retornada, deportada o expulsada, mediante su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Subsidiado, y así, conjurar la crisis que originó el Estado de Emergencia e impedir la extensión de sus consecuencias, el Decreto 1978 de 2015, adoptó las siguientes medidas:

3.3.6.1. Considera que el Decreto Legislativo objeto de revisión pretende que los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela, puedan ser afiliados al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.3.6.2. Indica que el mencionado decreto permite que la Superintendencia Nacional de Salud habilite los programas de Entidades Promotoras de Salud que se encuentren en medida de intervención forzosa administrativa para liquidar, con indicadores aceptables de operación y que cuenten con población asegurada en cualquiera de los municipios en que se declaró el Estado de Emergencia, para que así pueda recibir a los migrantes colombianos como nuevos afiliados, y por ende, les sea asegurada la prestación del servicio de salud.

3.3.6.3. Afirma que la facultad de habilitación que se le da a la Superintendencia Nacional de Salud, tiende a superar y/o conjurar la crisis, por cuanto permite la atención e inclusión social a los damnificados por los operativos de las autoridades venezolanas, las cuales los desalojaron forzosamente de sus casas mediante abusos y uso excesivo de la fuerza.

3.3.7. Aduce que la Ley 100 de 1993, en su artículo 180, establece los requisitos de

habilitación que deben cumplir las entidades para que puedan ser autorizadas como EPS. No obstante, en cumplimiento de estos debe hacerse previamente la habilitación de los programas, lo cual impide que se preste el servicio de salud a los migrantes colombianos, ya que en la actualidad, la capacidad de afiliación de población adicional se encuentra gravemente limitada, especialmente por la situación operativa, financiera y prestacional de Caprecom EPS, como principal aseguradora del Régimen Subsidiado.

3.3.8. Manifiesta que el decreto resulta proporcional respecto de la gravedad de los hechos que busca conjurar, ya que no conlleva violación alguna al ejercicio de los derechos y libertades de las personas, por el contrario, protege el derecho fundamental a la salud de la población afectada, al procurar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Subsidiado.

3.4. AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL –APC COLOMBIA-

3.5. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

El Ministerio de Defensa Nacional, representado por el señor Carlos Alberto Saboya González en calidad de Director de Asuntos Legales, solicita que se declare la exequibilidad del Decreto 1978 de 2015 con fundamento en los siguientes argumentos:

3.5.1. Frente al caso concreto, indica que el Decreto 1978 de 2015 se encamina a conjurar las causas de la perturbación que originaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, así como impedir la extensión de sus efectos; igualmente cumple con los precedentes descritos por la jurisprudencia constitucional. Ello teniendo en cuenta que el Decreto 1770 de 2015 consideró que “las cifras de deportaciones masivas, repatriaciones y expulsiones ordenadas por las autoridades venezolanas, además de las personas que voluntariamente han regresado al país por temor a las medidas de las autoridades venezolanas, han generado una grave e inminente crisis humanitaria, social y económica en gran parte de los municipios colombianos de la frontera con Venezuela, que no puede conjurarse con los mecanismos ordinarios a disposición de las autoridades competentes”.

3.5.2. De conformidad con lo anterior, manifiesta que el decreto cuya revisión se realiza, permite que la Superintendencia Nacional de Salud habilite los programas de EPS que se

encuentren en medida de intervención forzosa administrativa para liquidar, con indicadores aceptables de operación y que cuenten con población asegurada en cualquiera de los municipios en que se declaró el Estado de Emergencia, para que así puedan recibir a los migrantes colombianos como nuevos afiliados y por ende, les sea asegurada la prestación del servicio de salud.

3.5.3. Aduce que el Decreto Legislativo objeto de revisión pretende que los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país o han sido deportados de la República Bolivariana de Venezuela, puedan ser afiliados al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.5.4. Indica que las medidas adoptadas en virtud del Decreto 1978 de 2015, guardan proporción con la gravedad de los hechos que se pretende superar.

3.5.5. Adicional a lo anterior, sostiene que el decreto en mención se profirió dentro de la vigencia del Estado de Emergencia Social declarado por el Decreto 1770 del mismo año; por lo que se cumple con el requisito de temporalidad señalado anteriormente.

3.5.6. Por otro lado, aduce que el decreto cumple con los requisitos materiales de los estados de excepción, ya que las medidas que implementa están encaminadas al aseguramiento del derecho a la salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país o han sido deportados de la República Bolivariana de Venezuela; lo cual a todas luces resulta constitucional, teniendo en cuenta que el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 declaró a esta población como especial y prioritaria.

3.5.7. Concluye que está permitido que el Decreto 1978 de 2015 otorgue la posibilidad a las EPS en proceso de liquidación, de continuar con su operación en el régimen subsidiado, acreditando posteriormente los requisitos de habilitación de los nuevos programas ante la Superintendencia Nacional de Salud, y no de manera previa a la entrada en operación, como lo exige la Ley 100 de 1993 en su artículo 180.

3.6. FACULTAD DE CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

El Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, doctor Edwin Murillo Amaris, quien obra en su representación, plantea las siguientes dudas con respecto al debate jurídico que por este juicio se propicia:

3.6.1. Indica que el Decreto 1978 de 2015 hace referencia a la población repatriada, deportada y retornada voluntariamente en el año 2015, sin embargo, considera que no hay forma de tener certeza de que estas tres (3) causas de migración se limiten al año en curso. La volatilidad de las relaciones binacionales, el contexto político venezolano y la persistencia de las causas que a ambos lados de la frontera originaron la crisis migratoria, hacen pensar que se presentarán nuevos flujos migratorios en los primeros meses del año 2016 por las mismas razones.

3.6.2. Sostiene que pese a que el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 apunta a dar cobertura en materia de salud a los migrantes colombianos y a sus familias, incluso si algunos de sus miembros no son colombianos, el Decreto 1978 hace explícito que la solución especial de la que trata la norma sólo cobija a los colombianos. Sugiere replantear esta disposición, toda vez que la mayor cantidad de la población que se excluye con esta referencia, son menores de edad nacidos en Venezuela, hijos de colombianos, que en el contexto actual han llegado a Colombia con sus padres retornados.

3.6.3. Señala que despierta preocupación el hecho que para atender a la población retornada, se destinen las EPS del Régimen Subsidiado que se encuentran en proceso de intervención forzosa administrativa, toda vez que, precisamente, han sido objeto de atención del Estado por sus reconocidas dificultades financieras e incapacidad para ofrecer un servicio que satisfaga los derechos de la población. En consecuencia, queda la duda de si el objetivo del decreto es satisfacer los derechos fundamentales de la población, tal como es deber del Estado, o simplemente cumplir con un requisito de afiliación y evitar acciones judiciales.

3.7. GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

El Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, representado por la señora María Teresa Palacios Sanabria realiza

el siguiente análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015:

3.7.1. Indica que con el objeto de hacer un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015, en la intervención se hace referencia a la importancia de la atención eficiente en salud, no sólo de los colombianos provenientes de la República Bolivariana de Venezuela que han sido deportados o que han retornado de manera voluntaria al territorio nacional, sino de todas aquellas personas afectadas con estos hechos y que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado colombiano.

3.7.2. Sostiene que como bien lo señalan las motivaciones del Decreto en referencia, las afectaciones a los derechos humanos de las personas que han sufrido las consecuencias de los lineamientos políticos de la República Bolivariana de Venezuela, son múltiples y pluridimensionales, lo que supone una respuesta efectiva del Estado colombiano a través de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del Estado de excepción o de las circunstancias excepcionales, lo que supone medidas aptas en el contexto de una sociedad democrática y libre de enfoques que puedan generar discriminación por algún motivo prohibido.

3.7.3. Manifiesta que en el caso concreto se ha buscado habilitar la capacidad operativa de un ente bajo intervención (CAPRECOM), para lograr afiliar y dar atención efectiva a las personas colombianas afectadas con las deportaciones y expulsiones originadas por el Estado venezolano.

3.7.4. De acuerdo con lo anterior, señala que la medida podría ser calificada como constitucional toda vez que según las disposiciones internas (artículo 49 superior), en el Estado colombiano “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

3.7.5. No obstante lo anterior, aduce que preocupa un poco los términos excluyentes con los que se ha redactado el decreto, toda vez que se refiere, en sentido estricto, a los migrantes colombianos que han sido repatriados, lo que claramente dejaría al margen de la afiliación y de la atención en salud a aquellas personas nacionales del Estado venezolano, que por cuenta de la arbitrariedad del régimen hayan podido ser deportadas o expulsadas del Estado de su nacionalidad.

3.7.6. Afirma que por la importancia del derecho a la salud, en virtud de este paquete de medidas excepcionales sería más compatible con el bloque de constitucionalidad y en general, con los derechos humanos, permitir la afiliación y el acceso a tal derecho a los ciudadanos venezolanos que hayan ingresado a nuestro territorio en la oleada migratoria originada por los hechos sucedidos y descritos en el decreto expedido por el Gobierno, máxime cuando dentro de las medidas adoptadas se está buscando también la eliminación de barreras para lograr la reagrupación familiar y se está favoreciendo el acceso a la residencia en condición jurídica de regularidad a los familiares de los nacionales colombianos afectados con las expulsiones masivas que tuvieron lugar en la frontera colombo-venezolana.

3.7.7. Indica que se debe advertir que no sólo los nacionales colombianos sufren con la carencia en el acceso al derecho a la salud, sino que también los nacionales venezolanos que se puedan encontrar dentro de la jurisdicción de nuestro Estado, hacen parte de este grupo vulnerable; incluso en este último caso, con efectos más adversos, pues la carencia de la nacionalidad colombiana los ubica en una posición claramente más desventajosa, y en ese sentido deberían ser merecedores del reconocimiento de un derecho humano, catalogado como fundamental, tanto en el marco internacional como en el nacional.

3.7.8. Manifiesta que con el propósito de sustentar, a partir de la norma internacional, la obligación que le asiste al Estado colombiano con respecto a la protección de la salud, no sólo de los nacionales colombianos sino de todas las personas, conviene recordar la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CTMF), toda vez que reconoce en el apartado dedicado a los derechos de los trabajadores migratorios, incluso aquellos que se encuentran en situación jurídica de irregularidad, el derecho a recibir atención médica urgente.

3.7.9. Señala que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1, sugiere a los Estados “eliminar las políticas y las prácticas discriminatorias que denieguen o restrinjan los derechos de los hijos de los trabajadores domésticos migratorios, en particular su derecho a la salud”[6]. De otra parte, en esta misma Observación General se resalta que “los Estados deben asegurar el acceso efectivo de todos los trabajadores domésticos migratorios a cualquier tipo de atención médica urgente que necesiten para evitar daños irreparables a su

salud”.

3.7.10. Afirma que la Observación General No. 1 debe ser analizada a la luz de lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 4; según la cual, la atención en salud deberá ser dispensada sin que medie discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social. Este Comité también ha precisado que lo anterior comporta un derecho inclusivo que abarca la atención de salud oportuna y apropiada, y debe ser dispensado por los Estados a favor de los sectores más vulnerables y marginados de la población; además, no puede olvidarse que dentro de la población vulnerable se encuentran los trabajadores migratorios y sus familias en situación jurídica de irregularidad, pese a que en esta observación general el Comité no haga expresa referencia a ellos.

3.7.11. De conformidad con lo anterior, concluye que le corresponde al Estado colombiano como parte en la CTMF, reconocer un estándar mínimo de protección en lo que se refiere al derecho a la salud, no sólo de las personas colombianas que han resultado afectadas con las deportaciones, sino incluso de los ciudadanos venezolanos que hayan migrado de este país con ocasión a la política de expulsiones masivas, toda vez que los mismos pueden resultar siendo familiares de colombianos.

3.8. MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, representado por el señor Andrés Fabián Fuentes Torres, considera que se debe declarar la constitucionalidad del Decreto objeto de revisión, en atención a los siguientes argumentos:

3.8.1. Indica que el Decreto 1978 de 2015 no presenta vicios de forma ni de fondo en su formación, ya que no se evidencian irregularidades durante su trámite y menos la transgresión de requisitos previamente establecidos que afecten de alguna manera la eficacia y validez del mismo.

3.8.3. En el caso particular, sostiene que se trata del Decreto 1978 de 2015 por medio del cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados, que han retornado voluntariamente al país o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de

Venezuela, con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del gobierno de ese país de cerrar la frontera con Colombia.

3.8.4. Así las cosas, considera que dentro de un contexto procesal, las normas que son objeto de revisión constitucional, bajo ninguna circunstancia de orden fáctico y legal se contraponen a las normas constitucionales.

3.8.5. En estos términos, solicita que se revista de toda legalidad el Decreto Legislativo 1778 de 2015, pues se encuentra ajustado a la Constitución, a las normas que regulan la materia y a la jurisprudencia constitucional.

3.9. MIGRACIÓN COLOMBIA

El Director Encargado de Migración Colombia, señor Winston Andrés Martínez, indica que con el fin de atender la crisis humanitaria originada por el vecino país, la entidad que representa en cumplimiento de lo establecido por el Gobierno Nacional en los Decretos 1770, 1772 y 1814 de 2015, ha expedido Resoluciones y Directivas a través de las cuales ha adoptado las medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los ciudadanos que fueron objeto de dichas medidas administrativas por parte del Gobierno venezolano.

Sostiene que en lo que respecta a lo regulado en el Decreto 1878 de 2015, desde la Unidad no se han adelantado acciones al respecto, toda vez que el tema allí establecido está fuera de su competencia. No obstante, aduce que desde Migración Colombia continuarán atentos a adoptar las medidas que se consideren necesarias para prestar el apoyo que así se requiera a los connacionales.

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, dentro del término legalmente previsto, emitió el concepto de su competencia, en el cual solicitó declarar la exequibilidad del Decreto 1778 de 2015 de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen:

4.1. Sostiene que el Decreto objeto de revisión fue suscrito por el Presidente de la República y por todos los Ministros, y se expidió en ejercicio de las facultades extraordinarias del Estado de Emergencia declarado por el Decreto 1770 de 2015, con el

propósito de adoptar medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados, que han retornado voluntariamente al país o que han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela.

4.2. Indica que al estar firmado por el Presidente de la República y todos sus Ministros, haber sido dictado dentro de la vigencia del Estado de Emergencia y contar con una motivación suficiente respecto del Decreto Legislativo 1770 de 2015, esa jefatura no advierte que haya habido vicios en su proceso de formación.

4.3. Destaca que con anterioridad a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 a través del cual reglamentó las condiciones especiales para la afiliación al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes colombianos, definiendo a dicha población como de carácter especial y prioritaria, y ordenando en consecuencia su incorporación a dicho régimen a través de listados censales a cargo de los municipios y distritos donde aquella se encontraba ubicada. Sin embargo, la capacidad de afiliación de población adicional de los aseguradores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en esas entidades territoriales, se encuentra gravemente limitada.

4.4. Por otro lado sostiene que el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 señala las condiciones necesarias para que las personas jurídicas puedan convertirse en Entidades Promotoras de Salud, situación que por lo tanto exigía una flexibilización urgente.

4.5. Señala que ante la insuficiencia de los recursos y medios de acción ordinarios para atender la situación de emergencia económica, social y ecológica originada por el cierre de la frontera venezolana, el Gobierno Nacional adoptó como medidas de emergencia la habilitación excepcional de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Liquidación, facultando a la Superintendencia Nacional de Salud para, a su vez, habilitar con el consentimiento del representante legal de la respectiva entidad, aquellos programas de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado que se encuentran en medida de intervención forzosa administrativa para liquidar y que antes de su intervención contaban con población asegurada en cualquiera de los municipios sujetos de la emergencia.

4.6. Indica que al revisar las medidas adoptadas en el decreto que se examina, a partir de su relación con las causas de la emergencia y su propósito (que no puede ser otro que conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos), se observa que aquellas están en armonía con las motivaciones invocadas en el Decreto 1770 de 2015, y en especial las alusivas a la expedición del Decreto Reglamentario 1768 de 2015 y las relativas a la atención social; asunto sobre el cual allí se señaló:

“b. Atención social. Que dado que muchas personas que regresaron y siguen regresando al país lo hacen habiendo dejado atrás todas sus pertenencias, escasamente provistas de elementos de primera necesidad, resulta necesario levantar ciertas restricciones legales relacionadas con la identificación, selección y registro de personas en programas asistenciales y sociales ofrecidos por el Estado, así como establecer criterios adecuados a su condición que permitan focalizar y priorizar el gasto público en favor de ellas, incluyendo la posibilidad de destinar recursos parafiscales para su atención.”

4.7. Por ello advierte que existe una conexidad formal y material entre el decreto examinado y las circunstancias que motivaron la declaratoria de la emergencia, conforme se exige, según lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C - 179 de 1994 y C - 216 de 1996.

4.8. Concluye que las medidas dispuestas en el decreto bajo examen son necesarias y adecuadas para afrontar la crisis económica, social y ecológica que se vive en los municipios cercanos a la frontera con Venezuela, al mismo tiempo que para evitar la extensión de sus efectos, por lo cual se enmarcan dentro del orden constitucional, en la medida en que permiten al Estado atender de manera pronta los requerimientos de la población proveniente de la República Bolivariana de Venezuela, principalmente en lo relativo a la salud, íntimamente ligado al derecho a la vida.

5. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1978 de 2015, expedido en desarrollo del Decreto Legislativo, “Por el cual se declara el estado de emergencia económica social y ecológica en parte del territorio

nacional”, en virtud de lo previsto en el párrafo del artículo 215 y en el numeral 7º del artículo 241 de la Constitución Política.

5.2. CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

5.2.1. Fundamento del control constitucional

Esta Corporación ha reconocido que en los Estados pueden existir situaciones excepcionales que ponen en peligro la existencia de los mismos, la estabilidad institucional y la convivencia democrática, que no pueden enfrentarse con los instrumentos jurídicos ordinarios y por ello imponen la necesidad de una respuesta estatal diferente[7].

Dicha regulación constituye la respuesta jurídica ante situaciones extraordinarias que amenazan el orden institucional, frente a las cuales se debe contar con instrumentos igualmente excepcionales tendientes al restablecimiento de la normalidad, que deben conciliar la necesaria eficacia de la respuesta a las causas de perturbación con la preservación de los principios esenciales del Estado Social de Derecho, cuya primacía es la que se pretende proteger.[8]

En virtud de ello algunos países consagran un derecho constitucional de excepción que “comprende una regulación detenida del constituyente y una regulación complementaria del legislador en la cual se fijan los presupuestos para la declaratoria de un estado de anormalidad institucional, se señalan los límites de esas facultades, se configura el sistema de controles a que se somete al ejecutivo y supedita ese régimen a lo dispuesto en una ley de especial jerarquía”[9].

Estos límites constitucionales a la actuación del Gobierno se encuentran plasmados en varias fuentes: (i) el propio texto de la Carta, (ii) la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, y (iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en especial los que por su función prevalecen en el orden interno en virtud del artículo 93 de la Constitución.[10]

En este sentido, el Constituyente estableció precisos límites al ejercicio de las facultades atribuidas al Gobierno Nacional durante los estados de excepción, los cuales fueron objeto de la Ley estatutaria 137 de 1994 que los reguló, en desarrollo del expreso mandato

superior[11], entre los cuales procede resaltar los siguientes[12]:

(i) En el decreto declarativo el Gobierno debe señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias, y convocará al Congreso si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

(ii) Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, el Presidente con la firma de todos los Ministros podrá dictar “decretos con fuerza de ley”, destinados “exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

(iii) Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, tienen vocación de permanencia[13], es decir, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes[14], los cuales “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”.

(iv) Los decretos legislativos que se dicten durante el estado de emergencia “deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia” y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, evento en el cual las medidas que se adopten dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

(v) Mediante tales atribuciones el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

5.2.2. Principios y límites internacionales

5.2.2.1. En el caso del derecho constitucional de excepción, el bloque de constitucionalidad está conformado por el Texto Superior, los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, los tratados que consagran derechos humanos y la prohibición de suspensión durante los estados de excepción y la ley estatutaria de tales estados (Ley 137 de 1993).[15]

5.2.2.2. En el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y

el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se hace expresa referencia al derecho constitucional de excepción en cuanto implica la suspensión de las obligaciones contraídas en razón de ellos por los Estados Partes y, en consecuencia, la restricción excepcional de algunos derechos y garantías consagrados en tales instrumentos.

5.2.2.3. El contenido de estas disposiciones y sus implicaciones en el derecho constitucional de excepción de los Estados Partes se rigen por los siguientes principios:[16]

(i) El principio de la intangibilidad de derechos, en virtud del cual los instrumentos internacionales excluyen múltiples derechos del alcance de las facultades extraordinarias que en los estados de excepción se reconocen al ejecutivo. Por lo anterior, “uno de los primeros límites que imponen las normas internacionales citadas es la imposibilidad de restringir, a través de medidas de excepción, el núcleo esencial de derechos determinados”[17]

En este sentido, la Convención Americana considera intangibles los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3), a la vida (Art. 4), a la integridad personal (Art. 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad e irretroactividad (Art. 9), a la libertad de conciencia y religión (Art. 12), a la protección de la familia (Art. 17), el derecho al nombre (Art. 18), a los derechos del niño (Art. 19), el derecho a la nacionalidad (Art. 20) y los derechos políticos (Art. 23). El único derecho intangible contenido en el Pacto, distinto a los enunciados, es el relativo a la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 11).[18]

(ii) Los principios de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con los cuales las medidas tomadas bajo el amparo del estado de excepción se limitan estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza que se cierne sobre el Estado, por lo cual deben ser necesarias y proporcionales[19]. En este sentido, se considera desde esta perspectiva que las medidas serán legítimas si: “(i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y (iv) no exista otra medida de excepción

que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías”[20].

(iii) El Principio de temporalidad, según el cual la especificidad de la aplicación de las medidas de excepción trae consigo su limitada duración en el tiempo. En el mismo sentido, el estado de excepción debe cesar coetáneamente con la amenaza que lo motivó, o cuando dicha perturbación sea de una entidad tal que pueda ser manejada a través de las facultades ordinarias.[21]

(iv) El principio de legalidad, según el cual “los instrumentos internacionales pretenden que el estado de excepción sea, ante todo, un sistema de facultades sujetas al Estado de derecho, en el que se tengan definidos los límites de la actuación estatal, los requisitos mínimos de las medidas que se adopten y el catálogo de prohibiciones aplicable. Del principio de legalidad se deriva el de protección judicial, en el entendido que es precisamente en los estados de excepción donde se deben reforzar los mecanismos de control”[22].

5.2.2.4. Requisitos de forma. Proclamación y Notificación

Las normas supranacionales establecen dos (2) requisitos procedimentales que tienen como finalidad facilitar el control por parte de los demás Estados miembros de los organismos multilaterales:

(i) El primero de ellos es el de proclamación o declaratoria, consagrado en Artículo 4.1. del Pacto, según el cual “es obligación del Estado que va a hacer uso de las medidas excepcionales determinar expresamente las razones que fundamentan su decisión, esto es, las circunstancias que motivan la amenaza a la vida de la nación que sirve como base para la suspensión de garantías”.

(ii) La notificación consiste en “el deber del Estado de informar, a través del Secretario General del organismo multilateral respectivo y en caso que vaya a hacer uso de la facultad de restricción de garantías, las disposiciones que se propone restringir, el motivo de su restricción y la fecha en la cual se haya dado por terminada dicha limitación”[23].

5.2.3. Formas de control

5.2.3.1. El control político

Se ejerce por el Congreso y tiene por objeto “deducir la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del estado de emergencia económica, social [y] ecológica [o que constituya grave calamidad pública], sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales (art. 215 C.P.)”. [24]

5.2.3.2. El control jurídico

Corresponde a la Corte Constitucional realizar este control como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución de acuerdo al art. 241.7 Superior. Recae sobre los actos de poder y siendo de carácter objetivo implica una labor de comparación entre el acto expedido y los parámetros normativos de control que están dados por: “(i) la Constitución Política, (ii) los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93 superior), y (iii) la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción [25].

Los rasgos distintivos del control jurídico también han sido definidos por la Constitución: “(i) el objeto de control son el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas para conjurar la situación extraordinaria, y los decretos de prórroga de los estados de excepción; (ii) se trata de un control automático y el Gobierno tiene el deber de enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad, en caso de incumplimiento del deber de remisión del Gobierno, la Corte oficiosamente aprehenderá su conocimiento de manera inmediata; (iii) es un control integral porque se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales; (iv) es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos estos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad, (v) es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de los decretos objeto de control, (vi) el Procurador General de la Nación deberá rendir concepto (arts. 214.6, 241.7 y 242 constitucionales).” [26]

Ahora bien, en lo que concierne estrictamente a los decretos legislativos de desarrollo, estos es, expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia (art. 215 superior), corresponde a la Corte ejercer un control de carácter integral en tanto comprende la verificación de los presupuestos formales y materiales[27].

5.2.4. Juicio de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de los decretos legislativos exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales contemplados en la Ley Estatutaria 137 de 1994 y reconocidos por la jurisprudencia de esta Corporación.

5.2.4.1. Requisitos formales

La Ley Estatutaria 137 de 1994 exige el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de los decretos legislativos[28]: (i) la declaración previa del Estado de Emergencia, (ii) las firmas del decreto legislativo, (iii) la temporalidad de la expedición del decreto legislativo, (iv) la motivación del decreto legislativo y (v) la remisión del decreto legislativo a la Corte Constitucional.

5.2.4.2. Requisitos materiales

La Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia de esta Corporación han reconocido la existencia de los siguientes requisitos materiales de los decretos legislativos:

5.2.4.2.1. Conexidad material

El juicio de conexidad material, que estudia si las medidas adoptadas se refieren a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción. Este juicio lo establece expresamente el artículo 215 de la Carta y ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. Específicamente respecto de las medidas concebidas en un Estado de Emergencia Económica y Social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos[29]:

(i) Las medidas han de estar dirigidas exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. De esta manera, el objetivo de las medidas únicamente ha de ser el de superar la emergencia por la que se declaró la excepción. No es admisible una medida

que tenga otras finalidades.

(ii) En cuanto a la materia sobre la cual tratan las medidas adoptadas, ésta ha de tener una relación directa y específica con los temas de que trata la crisis que se intenta afrontar. No son aceptables las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia de causalidad inmediata (en términos causales) y concreta con el asunto por el cual se declaró la emergencia.

5.2.4.2.2. Finalidad

Según el juicio de finalidad, dirigido a verificar que cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos esté “directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos” (artículo 10 de la Ley 137 de 1994)[30].

5.2.4.2.3. Necesidad

El juicio de necesidad consiste en comprobar que las medidas adoptadas son necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.[31] Este juicio versa sobre la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo. Este juicio comprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente como responsable del orden público incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: “a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado son necesarias para superar las causas de perturbación o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”[32].

5.2.4.2.4. Incompatibilidad

Un juicio de incompatibilidad, mediante el cual se verifica si el Gobierno Nacional ha expresado “las razones” por las cuales las normas ordinarias suspendidas “son incompatibles con el correspondiente estado de excepción” (artículo 12 de la Ley 137 de

1994). [33]

5.2.4.2.5. Proporcionalidad

Un juicio de proporcionalidad, dirigido a examinar si las medidas adoptadas durante el estado de excepción son excesivas. Los instrumentos han de “guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar” y a las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad” (artículo 13 de la Ley 137 de 1994). A su vez, de acuerdo a la norma citada, el análisis de proporcionalidad cuenta con dos juicios diferentes:

(i) La primera de orden policivo, consistente en analizar la relación entre la medida adoptada y la gravedad de los hechos que busca conjurar[34], en virtud del cual sería inexecutable la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público.

(ii) La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades, pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.” [35] Se trata aquí de la existencia de un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido, caso en el cual esta medida también se torna inexecutable por desproporcionada[36].

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, a continuación se analizará concretamente si el Decreto 1978 de 2015 cumple con los requisitos formales y materiales reconocidos en la Ley 137 de 1994 y en la jurisprudencia de esta Corporación.

5.3.1. Análisis de los requisitos formales

Como ya se afirmó los requisitos formales de los decretos legislativos son[37]: (i) la declaración previa del Estado de Emergencia, (ii) las firmas del decreto legislativo, (iii) la temporalidad de la expedición del decreto legislativo, (iv) la motivación del decreto legislativo, y (v) la remisión del decreto legislativo a la Corte Constitucional, los cuales se

analizarán a continuación:

5.3.1.1. Declaración previa del Estado de Emergencia

El estado de emergencia en virtud del cual se expidió este decreto se declaró mediante el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, el cual fue declarado exequible por esta Corporación mediante la sentencia C - 670 de 2015.

5.3.1.2. Firmas del decreto legislativo

Una vez revisado el texto del decreto se puede verificar que está suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho.

5.3.1.3. Temporalidad de la expedición del decreto legislativo

El decreto se profirió el seis (6) de octubre de dos mil quince (2015), es decir, dentro del periodo de vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por Decreto 1770 de 2015 por el término de treinta (30) días desde el 7 de septiembre de 2015 y hasta el 6 de octubre del mismo año.

5.3.1.4. Motivación del decreto legislativo

El decreto se encuentra motivado a través de diversos fundamentos señalados en su acápite de consideraciones que se centran en: (i) la necesidad de afiliar al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retomado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela durante el año 2015, (ii) la limitación de la capacidad de afiliación de población adicional de los aseguradores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en las entidades territoriales por la situación operativa, financiera y prestacional que presenta Caprecom EPS como principal aseguradora del Régimen Subsidiado y (iii) que en los municipios de la declaratoria de emergencia, algunas entidades en proceso de liquidación mantienen su operación en el régimen subsidiado en razón a la obligación que éstas tienen de garantizar el traslado adecuado de sus afiliados, pero no se encuentran habilitadas por la Superintendencia Nacional de Salud para recibir nuevos afiliados.

5.3.1.5. Remisión del decreto legislativo a la Corte Constitucional

El decreto legislativo fue remitido a la Corte Constitucional mediante comunicación dirigida el siete (7) de octubre de dos mil quince (2015) a la Presidenta de esta Corporación.

5.3.1.6. Conclusión

De acuerdo a lo anteriormente señalado es claro que el decreto cumple con los requisitos formales exigidos.

5.3.2. Contenido del Decreto Legislativo

El Decreto Legislativo 1978 de 2015 permite que la Superintendencia Nacional de Salud habilite aquellos programas de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Salud que se encuentren en intervención forzosa administrativa para liquidar y que, antes de su intervención, contaran con población asegurada en los municipios afectados por la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Decreto 1770 de septiembre 7 de 2015[38], siempre y cuando se dé aplicación a las siguientes disposiciones:

5.3.2.1. Los representantes legales de dichas entidades deberán expresar la intención de volver a obtener la respectiva habilitación.

5.3.2.2. La habilitación se dará frente a un nuevo programa de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, por lo cual el proceso de liquidación del programa seguirá hasta su cierre definitivo.

5.3.2.3. Los requisitos para otorgar la nueva habilitación deben ser constatados por la Superintendencia de Salud dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir de la respectiva habilitación, los cuales deben estar de conformidad al plan de cumplimiento aprobado y con las normas vigentes.

5.3.2.4. En caso de incumplimiento se podrán aplicar las medidas especiales por parte de la Superintendencia de Salud o las consecuencias legales estipuladas frente a las conductas vulneradoras del Sistema General de Seguridad Social en

Salud y el derecho a la salud.

5.3.2.5. Si el programa en liquidación tiene afiliados sin asignar, deberá trasladar afiliados al nuevo programa que se habilitó, los cuales pueden ejercer sus derechos de acuerdo a lo establecido en el Decreto 3045 de 2013 y demás normas aplicables.

5.3.3. Análisis de constitucionalidad de los requisitos materiales

Existe conexidad material entre el Decreto 1978 de 2015 y el decreto mediante el cual se declaró la emergencia, pues el primero tiene por objeto adoptar medidas especiales que permitan garantizar el aseguramiento y prestación de los servicios de salud a los migrantes colombianos. En este sentido, se cumplen los dos (2) elementos necesarios para establecer la conexidad de las medidas proferidas en un estado de emergencia económica y social[39]:

(i) Las medidas adoptadas dentro del Decreto 1978 de 2015 están exclusivamente dirigidas a evitar la crisis en materia de salud de la población que fue afectada con el cierre de la frontera colombo-venezolana impartida por el Gobierno Venezolano. En el mismo sentido, se busca impedir que se extienda la afectación de los efectos del cierre fronterizo garantizando el acceso a los servicios de salud de la población repatriada, retornada, deportada o expulsada de los municipios de frontera con la República Bolivariana de Venezuela, por lo que no se observa ninguna medida que tenga otra finalidad que superar la emergencia que dio lugar a la declaratoria de excepción.

En este sentido, el Decreto 1978 de 2015 se expidió precisamente para poder asegurar la aplicación del Decreto Reglamentario 1768 de 2015, mediante el cual se establecen las condiciones para la afiliación al SGSS en Salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornando voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela durante el año 2015, teniendo en cuenta que en la actualidad, la capacidad de afiliación de población adicional de las EPS – S de la región se encuentra gravemente limitada y no permite dar cobertura a los más de 13.000 afectados que han solicitado su incorporación.

Por lo anterior se consideró necesario a través del Decreto 1978 de 2015 habilitar también a

las EPS en proceso de liquidación que mantienen su operación en el régimen subsidiado que cuentan con indicadores aceptables de operación para aumentar la oferta de prestadores y responder a la grave crisis humanitaria.

(ii) Igualmente, el objeto y las medidas adoptadas mediante el Decreto 1978 del año en curso tienen una relación directa y específica con los temas de la crisis que originaron la declaratoria del estado de emergencia debido a que uno de los aspectos fundamentales que afecta a la población perjudicada con la orden del Gobierno de Venezuela es el referente a la prestación de los servicios de salud de los habitantes de municipios fronterizos que fueron deportados, retornados, repatriados o expulsados.

5.3.3.2. Finalidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[40]

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece las obligaciones de los Estados para garantizar este derecho: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Por su parte, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, considerando que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”[41]

La Constitución Política consagra el derecho a la salud y a la seguridad social en el artículo 48, cuando define la seguridad social “como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la salud de los ciudadanos tiene carácter fundamental y debe ser garantizado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud[42], el cual debe cumplir con una serie de elementos esenciales[43]: (i) implica el acceso a servicios de salud de manera oportuna y eficaz para todas las personas; (ii) la exigencia de semanas cotizadas no puede ser un impedimento para recibir atención médica; (iii) la atención básica es gratuita y debe ser orientada a garantizar el goce efectivo de todas las personas a la salud; (iv) toda persona tiene derecho a recibir atención en salud, por el carácter universal de este derecho; (v) los empleadores deben afiliar a sus empleados a este sistema; (vi) no se puede negar el servicio de salud bajo argumentos irrazonables y desproporcionados; (vii) cuando se obstaculiza el servicio a la salud por fallas de información, se viola este derecho; entre otras.

De igual manera, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta[44].

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha señalado la obligación que tiene el Estado de ofrecer cobertura en salud a la población desplazada, para de esta manera procurar el goce material y efectivo de su derecho a acceder a un sistema que les permita satisfacer sus necesidades básicas de bienestar[45].

En desarrollo de esta obligación, el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 definió que los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela durante el año 2015 son población especial y prioritaria y ordenó su consecuente afiliación al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de listados censales

a cargo de los municipios o distritos donde aquella se encuentre ubicada. Sin embargo, dicho mandato debe materializarse en el contexto especial que tiene la prestación del servicio de salud en los departamentos fronterizos, especialmente en Norte de Santander, pues ha recibido la mayor cantidad de esta población. En virtud de lo anterior, al momento de aplicar el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 se pudo establecer que la cobertura del sistema de seguridad social en salud es bastante limitada, por lo cual se requieren medidas para ampliarlo y así permitir la afiliación de aquellas personas que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, el Decreto Reglamentario 1768 de 2015 autoriza ampliar la cobertura frente a esta población, pues permite la habilitación de entidades en proceso de liquidación que continúen operando el régimen subsidiado y cuenten con indicadores aceptables de operación, lo cual claramente ampliará la oferta y permitirá que la población afectada tenga más opciones para recibir un servicio de salud.

5.3.3.3. Necesidad

Las medidas establecidas en el decreto son las necesarias para lograr impedir la extensión de los efectos de la crisis humanitaria, es fundamental habilitar más EPS para poder prestar el servicio de salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela:

(i) Según señala la Superintendencia Nacional de Salud en la actualidad existe una capacidad total de afiliación de 747.385 personas pese a lo cual se encuentran 859.856 personas afiliadas a régimen subsidiado en el Departamento de Norte de Santander, por lo cual existe un déficit en su capacidad de afiliación de 112.471 personas, a los cuales deben sumarse los 13.707 que solicitaron su afiliación al sistema y que requieren una atención prioritaria debido a su especial condición. Por lo anterior era imperativo adoptar medidas urgentes para ampliar la cobertura del régimen subsidiado.

(ii) En este sentido, el decreto parte de la base de la existencia de EPS que si bien se encuentran en proceso de liquidación, continúan garantizando el aseguramiento en el régimen subsidiado de 111.133 afiliados y tienen indicadores de atención aceptables según las mediciones de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo cual pueden prestar el

servicio de salud a parte de la población repatriada, retornada, deportada o expulsada en los municipios de frontera de que trata el Decreto 1770 de 2015, siempre y cuando la Superintendencia Nacional de Salud pueda habilitar nuevos programas de estas Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado.

(iii) Por lo anterior, considerando las condiciones de aseguramiento del régimen subsidiado en el departamento de Norte de Santander, las EPS en liquidación que en razón al Decreto 1978 de 2015 ahora estarían habilitadas por la Superintendencia de Salud, tienen capacidad para recibir los nuevos afiliados migrantes de Venezuela, lo cual es necesario para evitar que se agrave la crisis humanitaria.

5.3.3.4. Incompatibilidad

En virtud del juicio de incompatibilidad deben verificarse “las razones” por las cuales las normas ordinarias suspendidas “son incompatibles con el correspondiente estado de excepción”[46]. El Gobierno Nacional señala que este decreto legislativo establece reglas especiales en relación con 2 normas:

(i) En primer lugar, el Gobierno Nacional considera que el decreto implica una excepción a lo señalado en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, el cual establece los requisitos previos de habilitación que deben cumplir las entidades para que puedan ser autorizadas como Entidades Promotoras de Salud.

Frente a esta norma el decreto consideró necesario introducir reglas excepcionales para la habilitación de programas de salud de entidades que a pesar de encontrarse en proceso de liquidación cuenten con indicadores aceptables de operación, a fin de garantizar el aseguramiento de la población objetivo.

En relación con esta norma es necesario tener en cuenta que efectivamente la situación de emergencia no permite que la habilitación de una Entidad Promotora de Salud se realice teniendo en cuenta la previa verificación de todos los requisitos de operación contemplados en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, pues ello podría tomar varios meses y mientras esto sucede la crisis humanitaria podría agravarse ante la demostrada falta de capacidad de las entidades prestadoras de salud del departamento de Norte de Santander para atender a las 13.707 personas migrantes de Venezuela que ha solicitado su afiliación al régimen

subsidiado.

(ii) Para el Gobierno tampoco es posible aplicar el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable a las entidades del sector salud en liquidación de acuerdo a los artículos 233 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 1753 de 2015 y que establece que en los procesos de liquidación la Superintendencia podrá tomar medidas especiales:

“Lo anterior no impedirá que si en el desarrollo del proceso de liquidación se encuentra que es posible colocar la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social o realizar actos que permitan a los ahorradores, inversionistas o depositantes obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de sus acreencias de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se adopten, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas para el efecto. Igualmente, si durante la administración de la entidad se encuentra que no es posible restablecerla para que desarrolle regularmente su objeto social, se podrán adoptar, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas necesarias para su liquidación”.

En este sentido, el Gobierno Nacional señala que aunque este artículo pareciera resultar aplicable para solucionar la situación los casos de programas de EPS en liquidación en la zona de frontera, debe observarse que el mismo supone que la entidad pueda ponerse en funcionamiento sin cumplir con requisitos adicionales, los cuales no podrían cumplir de manera inmediata. Al respecto, el Gobierno recalca que es precisamente el cumplimiento previo de los requisitos de habilitación contemplados en la ley 100 de 1993, que como ya se dijo no pueden cumplirse de manera inmediata, lo que impide la aplicación del Artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

5.3.3.5. Proporcionalidad

El Decreto 1978 de 2015 cumple con el juicio de proporcionalidad toda vez que las medidas que establece no son excesivas, guardan proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar y lejos de imponer limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades otorgan una solución a la afectación inmediata del derecho a la salud de las personas que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, el juicio de proporcionalidad cuenta a su vez con dos (2) elementos diferentes:

5.3.3.5.1. Proporcionalidad entre la gravedad de los hechos que se buscan solucionar y evitar las limitaciones de intereses constitucionales

Debe existir una relación entre la gravedad de los hechos que se buscan solucionar y evitar los costos en cuanto a limitaciones de intereses constitucionales de la medida adoptada, en virtud de la cual sería inexecutable la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público:

5.3.3.5.1.1. En el decreto no se están afectando derechos fundamentales, por el contrario se está permitiendo ampliar las coberturas del Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar el derecho a la salud de las personas que han sido repatriados, que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela.

5.3.3.5.1.2. Tampoco se están afectando los derechos de las EPS – S, pues no se les está obligando a habilitar nuevos programas ya que un requisito esencial del decreto es que su representante legal manifieste la intención de la misma de obtener nuevamente la autorización.

5.3.3.5.1.3. De esta manera, la medida se concentra en una flexibilización de los requisitos de habilitación de nuevos programas para las EPS – S, cuyos riesgos se contrarrestan a través de un completo sistema de medidas especiales:

(i) En primer lugar, la Superintendencia Nacional de Salud deberá elaborar un Plan de Cumplimiento al cual deberá sujetarse la EPS para obtener la habilitación.

(ii) En segundo lugar, los requisitos de habilitación deberán ser verificados por la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los seis (6) meses siguientes a partir de la respectiva habilitación.

(iii) En tercer lugar, el proceso liquidatorio del respectivo programa continuará hasta su cierre definitivo, mientras que la habilitación se otorgará sobre un nuevo programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado.

(iv) Finalmente, la inobservancia del Plan de Cumplimiento dará lugar a “la aplicación de

las medidas especiales que resulten aplicables a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud o cualquiera de las consecuencias establecidas en la ley frente a la ocurrencia de conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud”.

5.3.3.5.2. No restricción innecesaria de los derechos fundamentales

La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades, pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad” [47] y además no debe existir un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido.

Como ya se indicó, en el Decreto bajo estudio no se realizan limitaciones a derechos fundamentales, sino se toman una serie de medidas referentes a los programas que pueden habilitar las EPS que estén en liquidación para garantizar el acceso a servicios de salud de la población afectada por el cierre de la frontera colombo - venezolana.

Por otro lado, en este momento el sistema ordinario no contempla una medida menos drástica para poder habilitar las EPS - S que se encuentren en liquidación para recibir más afiliados, pues el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 lo impide y además exigiría la realización de un extenso proceso de habilitación que la urgencia de las circunstancias no permite cumplir en este momento.

5.4. DECISIÓN SOBRE LA EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1978 DE 2015

5.4.1. En virtud de lo anteriormente señalado se puede concluir que el Decreto 1978 de 2015 consagra una medida que puede ampliar la oferta de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado que prestan sus servicios en la zona de frontera, la cual incluso antes de la emergencia se encontraba seriamente limitada, pues presentaba un déficit en su capacidad de afiliación de 112.471 personas[48].

5.4.2. Por lo anterior, la habilitación excepcional de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado en Liquidación contemplada en el decreto se considera necesaria para asegurar la ampliación de la oferta y la cobertura para prestar el servicio de salud a las

personas repatriadas, retornadas, deportadas o expulsadas en los municipios de frontera de que trata el Decreto 1770 de 2015 y además cumple con los requisitos de conexidad, finalidad, proporcionalidad e incompatibilidad.

5.4.3. En virtud de lo anterior se declarará la exequibilidad del Decreto Legislativo número 1978 de 2015 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela”.

5.5. CONCLUSIONES

5.5.1. El seis (6) de octubre de 2015 el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo número 1978 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela” en virtud del cual se establecen las siguientes medidas:

5.5.1.1. Permite que la Superintendencia Nacional de Salud habilite aquellos programas de EPS del Régimen Subsidiado que se encuentren en intervención forzosa administrativa para liquidar y que, antes de su intervención, contaran con población asegurada en los municipios afectados por la emergencia socioeconómica. En virtud de lo anterior, los representantes legales de dichas entidades deberán expresar la intención de volver a obtener la respectiva habilitación. En todo caso, el proceso de liquidación del programa seguirá hasta su cierre definitivo, pues la habilitación se dará frente a un nuevo programa de la EPS – S.

5.5.1.2. Establece que los requisitos para otorgar la nueva habilitación deben ser constatados por la Superintendencia de Salud dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir de la habilitación, los cuales deben estar de conformidad al plan de cumplimiento aprobado y las normas vigentes. Igualmente, se contempla que en caso de incumplimiento se aplicarán las medidas especiales por la Superintendencia de Salud o las consecuencias estipuladas frente a las conductas vulneradoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud.

5.5.2. Este decreto cumple con los requisitos formales reconocidos por la jurisprudencia constitucional: (i) la declaración previa del Estado de Emergencia, (ii) las firmas del decreto legislativo por parte del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho, (iii) la temporalidad de la expedición del decreto legislativo, (iv) la motivación del decreto legislativo y (v) la remisión a la Corte Constitucional.

5.5.3. Este decreto también cumple con los requisitos materiales reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

5.5.3.1. Existe conexidad material entre el Decreto 1978 de 2015 y el decreto que declaró la emergencia, pues el primero tiene por objeto garantizar el aseguramiento y prestación de los servicios de salud a la población afectada con el cierre fronterizo cuyos efectos quiere contrarrestar la declaratoria del estado de emergencia.

5.5.3.2. El decreto cumple con el requisito de finalidad, pues la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud es bastante limitada en el Departamento de Norte de Santander, por lo cual se requieren medidas para ampliarlo como la habilitación de EPS – S en proceso de liquidación que continúen operando el régimen subsidiado y cuenten con indicadores aceptables de operación, para que puedan acreditar posteriormente los requisitos de habilitación de nuevos programas y no de manera previa a la entrada en operación como lo exige el artículo 180 de la Ley 100 de 1993.

5.5.3.3. Las medidas establecidas en el decreto son las necesarias para lograr impedir la extensión de los efectos de la crisis humanitaria, pues es fundamental habilitar más EPS para poder prestar el servicio de salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela.

5.5.3.4. Se cumple con el requisito de incompatibilidad, pues las normas ordinarias suspendidas “son incompatibles con el correspondiente estado de excepción”[49]:

(i) El decreto implica una excepción a lo señalado en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, el cual establece los requisitos previos de habilitación que deben cumplir las entidades para que puedan ser autorizadas como EPS, los cuales no pueden cumplirse en este momento por algunas entidades que se encuentran en funcionamiento pero están en

liquidación y que pueden atender parte de los 13.707 migrantes de Venezuela que han solicitado su afiliación al régimen subsidiado.

(ii) Para el Gobierno tampoco es posible aplicar el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[50] que establece que en los procesos de liquidación la Superintendencia podrá tomar medidas especiales, pues el mismo supone que la entidad pueda ponerse en funcionamiento sin cumplir con requisitos adicionales, lo cual sería imposible en este caso, pues algunas EPS – S no estarían en capacidad de cumplir con los requisitos previos del artículo 180 de la Ley 100 de 1993 de manera inmediata.

5.5.3.5. El Decreto 1978 de 2015 cumple con el juicio de proporcionalidad, pues las medidas que contempla: (i) no son excesivas, (ii) guardan proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar, (iii) y lejos de imponer limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades otorgan una solución a la afectación inmediata del derecho a la salud de las personas afectadas por la crisis humanitaria.

Adicionalmente se recalcó que para evitar el riesgo de la prestación del derecho a la salud de los nuevos afiliados teniendo en cuenta que el servicio sería suministrado por entidades en proceso de liquidación, el decreto contempla las siguientes medidas especiales:

(i) La Superintendencia Nacional de Salud deberá elaborar un Plan de Cumplimiento al cual deberá sujetarse la EPS para obtener la habilitación.

(ii) Los requisitos de habilitación deberán ser verificados por la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los seis (6) meses siguientes a partir de la respectiva habilitación.

(iii) El proceso liquidatorio del respectivo programa continuará hasta su cierre definitivo, mientras que la habilitación se otorgue sobre un nuevo programa de EPS – S.

(iv) Finalmente, la inobservancia del Plan de Cumplimiento dará lugar a la aplicación de medidas y sanciones legales.

5.5.3.6. En virtud de lo anterior se declarará la EXEQUIBILIDAD del Decreto Legislativo número 1978 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de

Venezuela”

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto 1978 de 2015 del 2015 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Gráfica de Capacidad de Afiliación en el Norte de Santander. Fuente: Superintendencia Nacional de Salud. Cálculos Ministerio de Salud y Protección Social.

[2] (i) Entidades que se encuentran en imposibilidad de recibir afiliados: Caprecom, Dusakawi, Comfanorte y Comfaoriente; (ii) entidades en estado de revisión técnica: Saludvida y Ecoopsos; (iii) entidades potenciales receptoras: Assmet Salud, Cafesalud, Comparta y Coosalud.

[3] Este decreto establece las condiciones financieras que deben cumplir las EPS para habilitarse en cualquiera de los regímenes y permite que el capital mínimo se acredite con

las cuentas patrimoniales de las Cajas de Compensación Familiar.

[4] Permite destinar los recursos recaudados por las cajas de compensación en las vigencias 2012, 2013 y 2014 a que hace referencia el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 para cumplir las condiciones financieras establecidas para la habilitación de los programas de salud que estas administren o hayan operado.

[5] Gráfico de Tasas de Satisfacción Global y Número de Tutelas por no Prestación de Servicios del Plan de Beneficios, Semestre I de 2015. Fuente: Superintendencia Nacional de Salud.

[6] Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1, párrafo 59.

[7] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[8] Sentencias de la Corte Constitucional C-004 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-876 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[9] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[10] Sentencia de la Corte Constitucional C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, los referentes que la Corte debe tomar en cuenta para el ejercicio del control automático que ordena el numeral 6° del artículo 214 constitucional son, en consecuencia, el propio texto constitucional, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, las normas de derecho internacional humanitario, la Ley Estatutaria de los estados de excepción, y finalmente el propio decreto que declare el Estado de Conmoción Interior. Ver entre otras la Sentencias de la Corte Constitucional C-004 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-136 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-802 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-876 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; C-939 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; C-940 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-947

de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-1024 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

[11] Sentencia de la Corte Constitucional C-876 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[12] Sentencia de la Corte Constitucional C-145 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[13] Sentencia de la Corte Constitucional C-136 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[14] Sentencia de la Corte Constitucional C-179 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[15] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[16] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[17] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[18] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[19] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[20] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[21] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[22] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[23] Un sector de la doctrina clasifica en formales y materiales las garantías contenidas en

el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las garantías formales son el principio de proclamación y el principio de notificación. Y las garantías materiales son el principio que debe tratarse de una amenaza excepcional, el principio de proporcionalidad, el principio de no discriminación, el principio de intangibilidad de ciertos derechos fundamentales y el principio de compatibilidad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional. Zobatto, Daniel. Ob. cit. p.87 y ss.; Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[24] Sentencias de la Corte Constitucional C-135 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[25] Sentencia de la Corte Constitucional C-802 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[26] Sentencia de la Corte Constitucional C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[27] Sentencia de la Corte Constitucional C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[28] Sentencia de la Corte Constitucional C-243 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[29] Sentencias de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez ; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[30] Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[31] Ley 137 de 1994, Artículo 11.

[32] Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, C-179 de 1994, M.P.: Carlos

Gaviria Díaz, donde la Corte examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Ley 137 de 1994; C-122 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte examina el principio de subsidiariedad aplicado a la declaratoria de emergencia económica y social del Decreto 080 del 13 de enero de 1997; C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[33] Sentencias de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Ley 137 de 1994, Artículo 12.

[34] Ley 137 de 1994, artículo 13, inciso primero: “Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.”

[35] Ley 137 de 1994, artículo 13, inciso segundo.

[36] Sentencias de la Corte Constitucional C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[37] Sentencia de la Corte Constitucional C-243 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[38] La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, el Molino, San Juan del César, Fonseca,

Barrancas, Albanía, Maicao, Uribia, Hato Nuevo, Manaure – Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Chiriguana y Curumaní en el Departamento del César; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Area Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas, Sardinata, Cubará, Cravo Norte, Arauca, Arauquita, Saravena, La Primavera, Puerto Carreño, Cumaribo e Inirida.

[40] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[41] Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

[42] Sentencias del Corte Constitucional T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-999 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-893 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, T-066 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre muchas otras.

[43] Sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] Sentencia de la Corte Constitucional T-066 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[45] Sentencias de la Corte Constitucional: C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-138 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-790 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-269 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[46] Sentencias de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-149 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Ley 137 de 1994, Artículo 12.

[47] Ley 137 de 1994, artículo 13, inciso segundo.

[48] Gráfica de Capacidad de Afiliación en el Norte de Santander. Fuente: Superintendencia Nacional de Salud. Cálculos Ministerio de Salud y Protección Social.

[49] Sentencias de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez y C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[50] Aplicable a las entidades del sector salud en liquidación de acuerdo a los artículos 233 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 1753 de 2015.