

Sentencia T-980/03

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Carácter programático

SEGURO SOCIAL Y DERECHO A LA SALUD-No está en libertad para desarrollarlo programáticamente

El Seguro Social, como entidad pública que cumple las mismas funciones que las Empresas Prestadoras de Salud, no está en libertad para desarrollar programáticamente el derecho a la salud, sino que tienen la obligación de cumplir con los parámetros normativos fijados por el legislador.

ESTADO-Garante de los derechos constitucionales

La asignación al Estado de la función de “garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, implica, desde el plano normativo, que el Estado está en la obligación de respetar, proteger y desarrollar o promover los derechos constitucionales. En este sentido, el Estado asume la posición de garante de los derechos constitucionales de los residentes en el territorio colombiano. El cumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante que ostenta el Estado colombiano, está sujeto, a su vez, a las condiciones normativas fijadas por la misma Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en punto a cada uno de los derechos constitucionales.

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Deben estar debidamente garantizados por el Estado

En relación con los derechos a la Seguridad Social y a la Salud, fijan en el Estado la carga de asegurar su prestación (en tanto que la Constitución únicamente se refiere al componente prestacional de tales derechos, pues los califica de servicios públicos, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, los define como derechos). Es decir, define al Estado como garante de la prestación de estos servicios públicos.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Garante de la salud de sus afiliados

Las E.P.S. adquieren la posición de garantes de la salud de los afiliados a las respectivas

entidades. Ello se corrobora con lo establecido en el artículo 177 de la misma ley, que indica que será función básica de las E.P.S. “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”. La posición de garante de las E.P.S., quienes existen como consecuencia de la voluntad estatal –como el caso del Seguro Social- o por decisión libre de particulares –las E.P.S. privadas -, significa que éstas están vinculadas con mandatos de respeto y protección de determinados sectores poblacionales, a fin de impedir que ocurran determinados riesgos. Tales riesgos son aquellos derivados de la no atención total y oportuna de las necesidades de salud de sus respectivos afiliados.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Riesgos que deben evitar son los comprendidos en el POS

La calidad de garantes de la salud de sus afiliados, que ostentan las E.P.S., supone que ellas están obligadas a garantizar, dentro del marco de su competencia institucional, que ciertos peligros no ocurran. Los peligros que están obligadas a enfrentar están definidos normativamente: plan obligatorio de salud.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Financiación para atender los gastos

Dada la obligación de enfrentar tales riesgos el legislador previó la necesidad de que las E.P.S. recibieran recursos adecuados para atender los gastos derivados de la prestación de los servicios de salud.

LEGISLADOR-Condiciones que deben cumplir las EPS

Resulta claro que el legislador (i) ha establecido una función –socialmente indispensable- encargada a las E.P.S. (entre ellas el Seguro Social), consistente en ser garantes de la salud de los afiliados; (ii) ha definido los riesgos que tienen la obligación de evitar: aquellos comprendidos en el P.O.S. y (iii) ha diseñado un sistema para asegurar la financiación del cumplimiento de la función y el efectivo enfrentamiento de los riesgos.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Problemas presupuestales no pueden afectar atención de los afiliados/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Como garante de la salud no deben anteponer criterios de rentabilidad

Podrían alegar que la no atención se debe a la necesidad de racionalizar el uso de los recursos, a fin de lograr una disposición eficiente de los mismos. Si bien esta es una

posibilidad real, ella no puede llegar al extremo de posponer, “hasta que se resuelvan los problemas presupuestales”, la atención de la salud de los afiliados. Lo contrario, es decir, validar el argumento, implica anteponer criterios de rentabilidad por encima de aquellos que permiten y aseguran el cumplimiento de los deberes de garante.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Desconocimiento por la EPS cuando incumple sus deberes como garante de la salud

La posición de garante significa que, de manera institucionalizada, la sociedad ha depositado en quienes asumen ciertos roles, confianza en que determinados riesgos estarán cubiertos. El incumplimiento de las responsabilidades propias del garante, implica minar –por decir lo menos- tal confianza. Esta confianza se concreta, a nivel normativo, en el principio de buena fe. El incumplimiento de los deberes resultantes de la posición de garante, implica el desconocimiento de la buena fe y una grave afectación a la confianza, y no resulta justificatorio de dicho incumplimiento, la incapacidad de gestionar correctamente los recursos que la sociedad, por conducto del legislador, ha dirigido para enfrentar determinados riesgos sociales.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

SEGURO SOCIAL-Razones presupuestales no deben afectar atención de los afiliados

Referencia: expedientes T-504529 y T-568189 acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Rosa Irene Gómez de Marín y Pastora Erazo Calderón en contra del Seguro Social (E.P.S.).

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados los juzgados Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín y Cuarto Penal Municipal de Pasto, en el trámite de las acciones de tutela instauradas por Rosa Irene Gómez de Marín y Pastora Erazo Calderón en contra del Seguro Social (E.P.S.).

### I. ANTECEDENTES

Proceso T-504529

Hechos.

1. La demandante, Rosa Irene Gómez de Marín, informa que hacia 1989 le colocaron un marcapasos y que en el mes de febrero de 2001, el médico que la ha tratado le indicó la necesidad de una cirugía de implementación y explantación de marcapasos, pues es necesario reemplazar el equipo para evitar una falla cardiaca. El Seguro Social, al momento de interponer la tutela (julio de 2001) no le ha autorizado la cirugía, pues carece de contratos con IPS para la realización del mismo.

Por estos hechos, la demandante interpuso acción de tutela en contra del Seguro Social, con el fin de que se ordene la realización de la intervención quirúrgica y cese así la amenaza contra su vida.

En escrito enviado a la juez de instancia, ante requerimiento de información sobre los hechos expuestos por la demandante, el Seguro Social indicó que “ había iniciado “los trámites pertinentes para la aprobación de la orden de IMPLANTACIÓN Y EXPLANTACION DE MARCAPASO”.

Sentencia de única instancia.

2. Mediante sentencia del nueve de agosto de 2001, el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín, concedió la tutela de los derechos fundamentales de la demandante. En su concepto, la ausencia de contratos y presupuesto por parte del Seguro Social no es argumento que justifique la vulneración del derecho a la salud, fundamental por conexidad con el derecho a la vida. En consecuencia, ordenó al Seguro Social, que en el término de 48

horas iniciara los trámites para autorizar la cirugía “la cual deberá efectuarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes...”

Cumplimiento de la sentencia de tutela.

3. El Seguro Social, mediante comunicación del 13 de agosto de 2001 indicó al Juzgado de instancia que se estaban adelantando las gestiones necesarias para contratar los servicios requeridos por la demandante, los cuales debían ceñirse a lo establecido en la Ley 80 de 1993, de manera que debía esperar de las IPS “las aceptaciones de oferta o legalización de los contratos”. Por lo tanto, “una vez... se legalicen las contrataciones, se remitirá el paciente de forma inmediata...”

Escrito remitido por el apoderado del Seguro Social.

4. El apoderado del Seguro Social envió oficio a la Sala de Revisión en el cual expone los siguientes argumentos:

a) Que el Seguro Social en ningún momento se ha negado a prestar el servicio, simplemente, como se desprende de la comunicación enviada por el Seguro Social al juzgado de instancia, deben cumplirse los trámites previos y necesarios para poder brindar la atención requerida.

En su concepto, la Corte no puede olvidar que “la seguridad social es un derecho de prestación de condición programática”, de manera que, tal como lo indicó en sentencia T-207 de 1994, una vez se “se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación”, se tornarán en derechos subjetivos.

b) Además, solicita a la Corte que adopte decisiones de tutela “razonables y acordes con la realidad”:

“Por otra parte, sea esta la oportunidad para solicitar a la Corte Constitucional dotar de razonabilidad y realidad sus decisiones de tutela, las cuales se dictan con el mejor de los propósitos, esto es, proteger los derechos fundamentales de las personas, pero desconociendo las condiciones de tipo material, tales como los recursos, con que cuentan las entidades estatales”.

En su concepto, los derechos sociales no pueden ser exigidos de manera inmediata, como si

acontece con los derechos fundamentales. Ocurre, como –según entiende el demandante- lo indicó la Corte en sentencia T-330 de 1994, la prestación de los servicios derivados de los derechos sociales únicamente pueden ser realidad en la medida de la existencia de recursos materiales para el efecto.

c) Finalmente, considera que conceder la tutela en el presente caso, implicaría una eventual violación de la igualdad, pues numerosas personas están en turno para obtener servicios de salud y no han acudido a la tutela.

En relación con todo lo anterior concluye:

“...recuérdese que el mismo Tribunal Constitucional de Colombia<sup>1</sup> ha manifestado que sin perjuicio de la excepción que se predica respecto a los niños, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél. En el caso objeto de estudio son evidentes los esfuerzos del I.S.S por atender todos los requerimientos de sus afiliados; todo ello dentro de las posibilidades que le otorguen los recursos con los cuales cuenta”.

Pruebas ordenadas por la Sala de Revisión.

5. La Corte solicitó al Seguro Social que remitiera información relativa a la situación de la demandante, los contratos vigentes para agosto de 2001 y las razones por las cuales, según oficio de agosto de 2001, no existían contratos con IPS para realizar la intervención.

Mediante dos comunicaciones distintas, el Seguro Social informó que en noviembre de 2001 fue operada la demandante. En relación con los contratos vigentes para agosto de 2001, el Seguro Social envió un cuadro en el cual aparecen 6 contratos, con fechas y cifras, sin precisar a qué se refieren los contratos en cuestión. Con todo, sin que ello sea concluyente, puede inferirse –asumiendo que la primera fecha significa fecha de iniciación del mismo, que para el 6 de agosto de 2001, existía un contrato vigente, los restantes 5 fueron suscritos durante el mes de agosto y el mes de septiembre de dicho año.

Finalmente, respecto a las razones por las cuales no existían contratos, el Seguro se limitó a indicar que “el hecho de que existiera contrato vigente no significa que no estuviera y (sic)

autorizado en su totalidad”.

Proceso T-568189

Hechos.

6. La demandante, Pastora Erazo Calderón, indica que el día 9 de enero de 2001 fue remitida por el médico general que la atendía a un especialista en reumatología. Al solicitar al Seguro Social que le asignaran una cita con un médico de dicha especialidad, le informaron que carecían de contratos con médicos reumatólogos.

El médico general, así como otros que no eran especialistas en reumatología, siguieron atendiendo a la demandante y continuamente la remitían a un médico reumatólogo -sin fortuna -. El día 1 de mayo de 2001, la demandante fue hospitalizada y realizó una evaluación -por un médico tratante no especialista en reumatología- que indicaba “cambios óseos destructivos en falanges distales, con aparición de osteofitos y disminución de espacios articulares, en relación con osteo-artritis degenerativa”.

Ante la desatención del Seguro Social, un médico particular accedió a brindar atención gratuita a la demandante y le suministró medicamentos que mejoraron su estado de salud. Con todo, dicha atención ha cesado y requiere de los servicios del Seguro Social.

La negativa del Seguro Social, indica la demandante, le ha traído perjuicios personales en la medida en que ha disminuido su capacidad laboral (empleo doméstico) por las “constantes crisis de salud” y comporta un trato violatorio de la dignidad humana y violatoria de los derechos a la vida, salud y seguridad social.

“No hay contrato

(ilegible)

no e (ilegible) urgente”

Informe del Seguro Social

7. Requerido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el Seguro Social informó que, debido a problemas presupuestales, durante los años 1999 a 2001 no se había podido

contratar servicios de reumatología y que “únicamente se estaba prestando el servicio de urgencia” y que con adición presupuestal del “nivel nacional del ISS” se reanudó el contrato con el médico reumatólogo, de manera que “estamos en fase de legalización y así empezar a prestar el servicio de reumatología”.

Sentencia de única instancia.

8. Mediante providencia del catorce de diciembre de 2001, la Juez Cuarta Penal del Circuito de Pasto concedió la tutela de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud y la vida de la demandante. En concepto del a-quo, la negativa del Seguro Social en atender debidamente a la demandante, la coloca en una situación que comporta violación de la dignidad humana y al derecho a unas condiciones de vida dignas.

En relación con el derecho a la salud, precisa que el contenido de este derecho, en lo que a las personas afiliadas al sistema de salud y que cotizan respecta, ha sido definido por el legislador y el Ministerio de Salud. Apoyándose en la sentencia T-067 de 1994, indica que dicho derecho no se garantiza con la mera afiliación, sino que comporta un derecho a servicios reales de salud, que comprenden los tratamientos indicados y prescritos por los médicos tratantes. La negativa del Seguro Social de garantizar tales servicios, violentan el derecho en cuestión.

Concepto de la Academia Colombiana de Medicina.

9. Habiéndose ordenado la acumulación de los dos procesos, la Corte solicitó a la Academia Colombiana de Medicina que precisara algunos conceptos médicos expuestos por las demandantes.

En su respuesta, explica que la explantación de marcapaso, es un término médico que indica retiro de marcapaso. En cuanto a la implantación de marcapaso, precisó que consiste en la introducción de un aparato electrónico que, gracias a los impulsos eléctricos producidos por éste, “mantengan o corrijan la actividad rítmica de un órgano”, usualmente el corazón.

La expresión “marcapaso agotado” significa que “las baterías de la misma han decaído hasta el punto de dejar de funcionar”. Si este aparato agotado no se reemplaza oportunamente, la persona puede volver a sufrir el problema que demandó su implantación, con grave riesgo

para su salud.

En relación con la osteo-artritis, indicó que se trata de una enfermedad degenerativa, que se caracteriza por dolor de las articulaciones afectadas y limitaciones funcionales. Precisó que no existe un tratamiento específico para esta dolencia, pero se suelen utilizar medicamentos para enfrentar el dolor y “programas especiales de terapia física”. Finalmente, el médico reumatólogo es el especialista en materias de enfermedades degenerativas articulares (como la que padece la demandante) y la mora en un correcto y completo diagnóstico e inicio del tratamiento puede acarrear aumento de la sintomatología de la enfermedad: más dolor y limitaciones funcionales.

## II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

### Competencia

10. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

### Problema jurídico

11. En concepto de los demandantes, la negativa del Seguro Social de suministrar la atención requerida -sustitución de un marcapaso y remisión a un médico reumatólogo -, supone una violación de sus derechos fundamentales. El Seguro Social considera que es causal justa para abstenerse de brindar la atención requerida los problemas presupuestales y la inexistencia de contratos con entidades y médicos que brinden los servicios requeridos por las demandantes; todo ello, bajo el presupuesto de que la salud y la seguridad social son derechos sociales, de naturaleza programática. En todo caso, consideran que, dado que los jueces de instancia ordenaron la atención de las demandantes, no existe interés jurídico en el caso.

Los jueces consideran que el derecho a la salud y a condiciones de vida dignas comprende, además de la afiliación al sistema de seguridad social, la efectiva prestación de los servicios de salud definidos normativamente.

Finalmente, de acuerdo con las respuestas suministradas por la Academia Colombiana de

Medicina, la demora en la atención por parte del Seguro Social apareja consecuencias negativas para las demandantes. En relación con Rosa Irene Gómez de Marín, la mora en la extracción del marcapaso, puede implicar que éste deje de funcionar y, en consecuencia, que no pueda funcionar para enfrentar el mal cardíaco por el cual fue instalado. Respecto de Pastora Erazo Calderón, la demora en brindar atención médica especializada supone prolongar una situación de ausencia de diagnóstico definitivo y, por lo mismo, la iniciación de un tratamiento médico para enfrentar los dolores propios del mal, también se pospone. Esto último puede implicar, si existen dolores -como parece ser el caso -, que estos se intensifiquen y disminuya sus posibilidades de realización personal.

La Corte debe analizar si problemas presupuestales y la inexistencia de contratos con IPS y médicos especialistas es razón justificada para posponer la atención médica de personas afiliadas a una E.P.S.

El carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales.

12. El argumento central del Seguro Social se apoya en el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud. Esta postura se apoya en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 2, numeral 1, indica que los países se comprometen “a adoptar medidas...para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>2</sup>. De ello se desprendería que, si en un momento determinado no existen recursos o medios, no es exigible el derecho.

Esta interpretación del Pacto contrasta con aquella asumida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la observación general N° 3 sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada en 19903, en la que se señaló que:

“9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de

tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.”

De acuerdo con ello, si bien es necesario reconocer la existencia de cierto grado de flexibilidad en relación con la adopción de medidas para garantizar el goce efectivo de los derechos contemplados en el Pacto, también es obligatorio que si existen medidas retroactivas, éstas tienen que estar debidamente justificadas. La Corte analizó ampliamente las implicaciones de ésta disposición del Pacto y de la observación general 3 en sentencia C-251 de 1997, cuando estudió la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador - PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES -, adoptado mediante Ley 319 de 1996, a la cual se remite la Corte en esta oportunidad.

13. Antes de entrar a analizar el alcance de las obligaciones derivadas del artículo 2 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del artículo 1 del Protocolo de San Salvador, resulta indispensable establecer el destinatario de las normas allí contenidas. Si bien el Seguro Social no ha indicado que ella es destinataria de las normas en cuestión, de su argumento se infiere que la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales la ampara. Es decir, el Seguro Social, como E.P.S., sólo está obligado a realizar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales.

Únicamente de esta manera se explica que invoque sus dificultades económicas (presupuestales) y la ausencia de contratos con IPS y médicos especialistas, para prestar los servicios y la atención de salud requerida por los demandantes.

14. Las disposiciones que se están considerando están dirigidas hacia los Estados partes de ambos tratados: El numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete...”, mientras que el artículo 1 del Protocolo de San Salvador manda que “los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen...” (Negrillas añadidas).

Lo anterior implica que son los Estados partes de estos instrumentos internacionales quienes están obligados a adoptar medidas y que tales medidas bien pueden tener carácter progresivo. Ello corresponde a la obligación de desarrollo de los derechos, que acompaña las obligaciones de respeto de los derechos y protección de los beneficiarios en contra de violaciones por parte de particulares<sup>4</sup>. En relación con el derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expedido observaciones generales en las cuales se precisan tales obligaciones en cabeza de los Estados parte.

De acuerdo con lo anterior, sólo el Estado estaría vinculado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el Protocolo de San Salvador. Con todo, en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución -inciso segundo -, todas las personas jurídicas y naturales dentro del territorio colombiano están sujetas al respeto por los derechos constitucionales de los asociados observando, en lo más favorable para la persona humana, los parámetros internacionales establecidos en los tratados mencionados y de conformidad con las directrices fijadas por los órganos encargados de verificar su cumplimiento.

Lo anterior permitiría pensar que el Seguro Social tiene razón al proponer el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales, pues (i) es una entidad pública y (ii) estaría respetando los parámetros fijados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

15. La Corte no comparte esta conclusión por las siguientes razones. El carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales implica un reconocimiento

para que los Estados diseñen, de acuerdo con sus capacidades y recursos, los mecanismos que se estiman adecuados para lograr el efectivo goce de los derechos en cuestión. Es decir, los Estados tienen facultad para dictar las medidas, normativas o de otra índole, que garanticen el cumplimiento de los tratados.

Pero una vez ha dictado las normas, por conducto de legislador, quienes están sujetas a ellas están en la obligación de cumplir los parámetros de satisfacción de los derechos fijados por las autoridades nacionales. Así las cosas, una vez se ha adoptado un régimen de prestación de un derecho económico, social o cultural de naturaleza prestacional (como ocurre con la salud), no se está más frente al cumplimiento de un deber de desarrollo progresivo de un derecho, sino que se ha fijado normativamente el alcance del derecho y surgen, de manera plena, obligaciones de respeto y protección.

La Corte ya ha reconocido esta situación en sentencia SU-111 de 1997, en la que reclamó un mayor papel al legislador para diseñar la manera en que el Estado, de manera directa o con el conjunto de particulares, presta los servicios inherentes a los derechos económicos, sociales y culturales. La tarea de planificación y de diseño -que corresponden al mandato de desarrollo y cumplimiento de los derechos- corresponde al legislador<sup>5</sup>.

En este orden de ideas, el Seguro Social, como entidad pública que cumple las mismas funciones que las Empresas Prestadoras de Salud, no está en libertad para desarrollar programáticamente el derecho a la salud, sino que tienen la obligación de cumplir con los parámetros normativos fijados por el legislador.

Por lo mismo, los argumentos expuestos por el Seguro Social -problemas presupuestales y contractuales- únicamente serán admisibles -prima facie, claro está-, si son compatibles con las obligaciones derivadas del régimen de satisfacción del derecho a la salud y con la Constitución.

Régimen de las E.P.S. y la posición de garante.

16. La Constitución, así como el sistema jurídico en su totalidad, no existen de manera aislada, sino que configuran uno de los sistemas dentro de la sociedad. La Constitución, en tanto que sistema axiológico<sup>6</sup>, supone la elevación a canon jurídico de un sistema de valores dentro de la sociedad, orientados a la realización de funciones básicas para la debida

estructuración de la vida societal. En este orden de ideas, el contenido del artículo 2 de la Constitución adquiere una relevancia singular, puesto que define las funciones básicas del sistema jurídico, fijando las funciones esenciales del Estado:

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

17. La asignación al Estado de la función de “garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, implica, desde el plano normativo, que el Estado está en la obligación de respetar, proteger y desarrollar o promover<sup>7</sup> los derechos constitucionales. En este sentido, el Estado asume la posición de garante de los derechos constitucionales de los residentes en el territorio colombiano.

El cumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante que ostenta el Estado colombiano, está sujeto, a su vez, a las condiciones normativas fijadas por la misma Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad, en punto a cada uno de los derechos constitucionales.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución, en relación con los derechos a la Seguridad Social y a la Salud, fijan en el Estado la carga de asegurar su prestación (en tanto que la Constitución únicamente se refiere al componente prestacional de tales derechos, pues los califica de servicios públicos, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, los define como derechos). Es decir, define al Estado como garante de la prestación de estos servicios públicos.

18. La Constitución permite al legislador diseñar, de acuerdo con los parámetros mínimos establecidos en la Carta y de manera compatible con ella y el bloque de Constitucionalidad, la manera en que se asegurará la prestación de los servicios de seguridad social y de salud. Ello corresponde al deber de desarrollar los derechos constitucionales en cuestión.

Mediante la Ley 100 de 1993, el legislador estableció las condiciones bajo las cuales el Estado aseguraría la prestación de los servicios derivados de los derechos a la seguridad

social y a la salud. Para tal efecto, optó por un sistema en cual la prestación de la salud se haría a través del sistema de seguridad social, con participación de entidades especializadas en la materia. La responsabilidad primaria está fincada en las E.P.S., sean públicas o privadas, quienes son las únicas autorizadas para actuar como mediadoras entre las personas y el sistema de atención, como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

A partir de ello se desprende que, bajo la tutela del Estado –quien mantiene las funciones de control, vigilancia, inspección y coordinación del sistema, como lo mandan los artículos 154, 156, 170 a 176 de la Ley 100 de 1993-, las E.P.S. adquieren la posición de garantes de la salud de los afiliados a las respectivas entidades. Ello se corrobora con lo establecido en el artículo 177 de la misma ley, que indica que será función básica de las E.P.S. “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”.

19. La posición de garante de las E.P.S.<sup>8</sup>, quienes existen como consecuencia de la voluntad estatal –como el caso del Seguro Social- o por decisión libre de particulares –las E.P.S. privadas -, significa que éstas están vinculadas con mandatos de respeto y protección de determinados sectores poblacionales, a fin de impedir que ocurran determinados riesgos. Tales riesgos son aquellos derivados de la no atención total y oportuna de las necesidades de salud de sus respectivos afiliados. Es decir, no se exige que impida el riesgo básico (inevitable en la sociedad y que se aumenta con las nuevas formas de riesgo, lo que, de paso, explica la existencia de Administradoras de Riesgos Profesionales) –afección a la salud -, sino que tiene que enfrentar los riesgos derivados de la enfermedad o la afectación de la salud. Tales riesgos –prolongación de la enfermedad o de la recuperación de la salud -, no son admisibles para la sociedad y las E.P.S. fueron creadas, precisamente, para proteger a sus afiliados en contra de esos específicos riesgos. No interesa que sean producidos por un tercero ajeno a la E.P.S., éste tiene el deber de enfrentarlos<sup>9</sup>.

Como lo ha dicho esta Corporación, se trata de deberes “que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas” y “los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe

invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos”<sup>10</sup>.

20. La calidad de garantes de la salud de sus afiliados, que ostentan las E.P.S., supone que ellas están obligadas a garantizar, dentro del marco de su competencia institucional, que ciertos peligros no ocurran. Los peligros que están obligadas a enfrentar están definidos normativamente: plan obligatorio de salud.

Dada la obligación de enfrentar tales riesgos, y habida consideración que el deber de desarrollo de los derechos -en el cual ha de tenerse en cuenta el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales- no cobija a las E.P.S. sino al Estado, estas no tienen más opción que cumplir con su obligación -que corresponde al deber de respeto y protección del derecho a la salud de sus afiliados -. Para tal efecto, el legislador previó la necesidad de que las E.P.S. recibieran recursos adecuados para atender los gastos derivados de la prestación de los servicios de salud.

El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 dispuso que tales ingresos, que se obtienen de las cotizaciones, pertenecen al sistema general de seguridad social en salud, reconociéndose a las E.P.S. una Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.) por cada afiliado “por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud”.

Así las cosas, resulta claro que el legislador (i) ha establecido una función -socialmente indispensable- encargada a las E.P.S. (entre ellas el Seguro Social), consistente en ser garantes de la salud de los afiliados; (ii) ha definido los riesgos que tienen la obligación de evitar: aquellos comprendidos en el P.O.S. y (iii) ha diseñado un sistema para asegurar la financiación del cumplimiento de la función y el efectivo enfrentamiento de los riesgos.

Habida consideración de las condiciones establecidas por el legislador -fijación de competencias de manera normativa, identificación de riesgos a evitar y existencia de financiación de la función -, la omisión de una E.P.S. en cumplir sus funciones legales implica que se les impute los efectos negativos -materiales y morales- derivados de su omisión.

No obstante lo anterior -imputación de efectos negativos -, debe la Corte advertir que la posición de garante que se predica de estas entidades únicamente explica una relación de carácter jurídico-constitucional, que no puede trasladarse sin más hacia ámbitos especializados, como el penal. La existencia de un garante en este último ámbito se sujeta a

las reglas y criterios propios de dicha especialidad. De allí que, prima facie no exista comunicación entre la definición constitucional del garante y el garante en sede penal.

Problemas presupuestales, eficiencia y posición de garante.

21. Una E.P.S., como ocurre con el Seguro Social en los casos objeto de análisis, podría alegar que no tiene intención de negarse a cumplir con las obligaciones derivadas de su posición de garante, pero que existen problemas presupuestales que le impiden atender debidamente a sus afiliados.

El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las E.P.S. administrar dos cuentas: una en la que aparecen los recursos y bienes propios de la entidad y, en otra, aquellos recursos que pertenecen al sistema de seguridad social en salud, originados en las cotizaciones de los afiliados. Con ello, el legislador ha dispuesto un mecanismo dirigido a separar los recursos de gestión y administración de la E.P.S. y los recursos que ingresan al sistema de seguridad social en salud, de los cuales se obtienen las UPC, dirigidas a satisfacer y garantizar el cumplimiento de las funciones propias de la E.P.S.

Lo anterior guarda estrecha armonía con la posición de garante que ostentan las E.P.S. Estas, aunque tienen, como cualquier empresa productiva, derecho a una rentabilidad y una ganancia, no operan bajo condiciones plenas de mercado. Su actividad está estrechamente regulada y vigilada por el Estado, a fin de que cumplan la tarea estatal que les ha sido autorizada realizar (la Ley 100 exige autorización estatal para que una empresa o entidad pública asuma funciones como E.P.S.), razón por la cual, el criterio de eficiencia ha de dirigirse, como lo mandan los artículos 48 y 49 de la Constitución, a la realización del fin social de la empresa. Así, si bien pueden aplicar criterios estrictamente administrativos o económicos para determinar la estructura y organización de la empresa y definir, por ejemplo, el régimen de contratación -sea de trabajadores o de suministro de bienes y servicios -, en punto a la realización de las funciones de garante propiamente dichas, la eficiencia está dirigida a lograr que, con los recursos existentes, se atienda debidamente a los afiliados.

Si la gestión de tales recursos -pues ingresan a la E.P.S. al existir un afiliado y, en caso de mora, la E.P.S. tiene la facultad de iniciar los procedimientos pertinentes, como lo precisó la Corte en sentencia C-177 de 1998- se hace de manera tal que no se garantice la prestación

de los servicios de salud, se ha incumplido los deberes resultantes de la posición de garante y, naturalmente, le es imputable los resultados de la conducta omisiva.

21.1 Con todo, podrían alegar que la no atención se debe a la necesidad de racionalizar el uso de los recursos, a fin de lograr una disposición eficiente de los mismos. Si bien esta es una posibilidad real, ella no puede llegar al extremo de posponer, “hasta que se resuelvan los problemas presupuestales”, la atención de la salud de los afiliados. Lo contrario, es decir, validar el argumento, implica anteponer criterios de rentabilidad por encima de aquellos que permiten y aseguran el cumplimiento de los deberes de garante. Ellos comprenden, no sólo el uso racional de los recursos, sino, además, consideraciones médicas -como protocolos sobre atención y turnos de atención- y, en todo caso, la garantía de que al momento de requerirse, conforme a los criterios médicos, la atención, ésta se brindará.

21.2 Finalmente, podrían alegar que las UPC no cubren los costos derivados de la atención de las necesidades de salud de sus afiliados. En tal caso, podrían aducir que demandar la atención plena de los afiliados, conllevaría a la ruina de la empresa y la puesta en peligro del sistema de seguridad social en su integridad. Este argumento, nuevamente, coloca en primer lugar criterios de rentabilidad, cuando lo único que justifica la obtención de ganancias es el cumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante.

La decisión estatal de crear una E.P.S. o la decisión -voluntaria- de un grupo de inversionistas de conformar una E.P.S. privada apareja la asunción de una serie de riesgos derivados de la actividad económica y prestacional que ejercen. Tales riesgos no están ocultos y corresponde, con recursos propios, asumirlas. Los recursos del sistema de seguridad social en salud, no están dirigidos a inmunizar a las E.P.S. contra tales riesgos, sino a asegurar la prestación efectiva de los servicios de salud y luego, conforme a las prácticas de gestión de cada entidad, permitirles una ganancia.

22. La posición de garante significa que, de manera institucionalizada, la sociedad ha depositado en quienes asumen ciertos roles, confianza en que determinados riesgos estarán cubiertos. El incumplimiento de las responsabilidades propias del garante, implica minar -por decir lo menos- tal confianza. Esta confianza se concreta, a nivel normativo, en el principio de buena fe.

La buena fe -o la confianza -, es un elemento indispensable en la sociedad contemporánea.

No es posible el modelo de sociedad, si la confianza es traicionada de manera general. La sociedad, y para ello se apropia del sistema jurídico, requiere de la estabilización de ciertas expectativas, tales como el diligente cumplimiento de funciones sociales -o la autorresponsabilidad<sup>12</sup>-. Si tales expectativas son permanentemente frustradas, no será posible la división del trabajo (base para el modelo económico) y, mucho menos, el respeto por el sistema jurídico. En tales circunstancias, el orden desaparece del horizonte y el caos retomará el lugar perdido.

La necesidad de proteger este recurso valioso -la confianza -, obliga a la sociedad a sancionar su traición. En este orden de ideas, el incumplimiento de los deberes resultantes de la posición de garante, implica el desconocimiento de la buena fe y una grave afectación a la confianza, y no resulta justificatorio de dicho incumplimiento, la incapacidad de gestionar correctamente los recursos que la sociedad, por conducto del legislador, ha dirigido para enfrentar determinados riesgos sociales.

23. El sistema de seguridad social en salud diseñado por el legislador ha partido de un mecanismo de redistribución de la riqueza<sup>13</sup> que se apoya, como ya se indicó, en confianza y solidaridad. En virtud del principio de solidaridad, los recursos que se dirigen al sistema, se estiman suficientes -desde la perspectiva del legislador y de acuerdo con los cálculos que realiza las autoridades administrativas para fijar la UPC- para garantizar a todos los afiliados la atención de sus necesidades de salud incluidas en el P.O.S. Por su parte, la buena fe se verifica en la confianza que tienen los cotizantes de que tales recursos efectivamente se destinen al cumplimiento de las funciones del garante.

Por lo tanto, si el garante -en este caso las E.P.S.- no administra debidamente los recursos que, de manera solidaria, la sociedad les entrega para prevenir determinados riesgos, se mina la confianza intrasocial. Si se opta por un cálculo de rentabilidad y eficiencia en el uso de los recursos en términos exclusivos de ganancia, se traiciona la función propia de las E.P.S.

Situación del Seguro Social y amenaza de los derechos fundamentales de las demandantes.

24. El Seguro Social indicó que ha tenido dos clases de problemas para garantizar el cumplimiento de los deberes resultantes de su posición de garante de la salud de sus afiliados. De una parte, problemas presupuestales -como lo indicó la seccional del Seguro

Social de Nariño- y, por otra, sometimiento a procedimientos fijados normativamente para contratar la prestación de servicios -que se alega en ambos casos -.

Según se desprende de la información suministrada, los problemas presupuestales de la entidad vienen de hace varios años -lo que se confirma con la intervención del apoderado del Seguro Social al reclamar el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales -, así como los de contratación. Ya se ha advertido en los fundamentos anteriores, que este tipo de problemas son incompatibles e injustificados para quienes ostentan la posición de garante de la salud dentro del sistema de seguridad social en salud.

La situación del Seguro Social ha persistido. De acuerdo con un estudio realizado con base en 618589 tutelas presentadas entre el 17 de agosto de 2002 y el 13 de diciembre de 2002, el 1% de las demandas de tutela estaban dirigidas en contra del Seguro Social por negarse a prestar servicios alegando problemas presupuestales y contractuales. De igual manera, entre las tutelas recibidas por esta corporación entre la última fecha y el momento de dictarse sentencia, se han identificado -sin que se haya realizado un estudio estadístico sobre tal asunto - varias demandas por idénticas razones.

25. Como resultado de su conducta omisiva, el Seguro Social ha llevado a las demandantes a la situación en que les ha correspondido asumir un riesgo -no mejoría o superación de sus males de salud- que la sociedad no ha autorizado que asuman. Pero, además, ha privilegiado un ahorro -derivado de la no atención inmediata- por encima de garantizar el disfrute de los servicios incluidos en el P.O.S., lo que ha conducido a la colocación de Rosa Irene Gómez de Marín ante un riesgo inminente a su vida y a Pastora Erazo Calderón ante un incremento del dolor derivado de su enfermedad degenerativa.

26. De acuerdo con los hechos de las demandas no es claro que se hayan realizado la intervención (caso T-504529) y autorizado la atención de especialista (caso T-566189), razón por la cual se ordenará al Seguro Social E.P.S. que, si no lo ha hecho, en el término de 48 horas proceda a brindar la atención completa, incluyendo las intervenciones quirúrgicas necesarias, de las demandantes.

Lo anterior únicamente soluciona el problema individual de las demandantes, pero deja sin atender el problema de fondo y que implica una grave congestión para la administración de justicia. La Corte no puede tomar decisiones sobre la manera en que el Seguro Social E.P.S.

debe gestionar y administrar sus asuntos. Con todo, a fin de asegurar que dicha entidad cumpla a cabalidad con su función de garante, se ordenará a la misma que adopte medidas encaminadas a enfrentar las dificultades consideradas en esta sentencia. Para la Corte Constitucional es claro que estas medidas deberán ser adoptadas dentro del marco de la nueva estructura de gestión y administración del Seguro Social y deberá hacer parte integral de sus planes de mejoramiento de la calidad de atención al afiliado.

Para tal efecto, el Seguro Social, en su componente de salud, deberá:

a) Adoptar planes dirigidos a asegurar que la atención de los afiliados a través de la red propio o por conducto de la red contratada, no se vea retrazada por razones presupuestales o falta de contratación en una determinada zona.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- Confirmar, por las razones expuestas en la presente sentencia, los fallos dictados por el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín en el proceso T-504529 y por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto en el proceso T-568189.

Segundo.- Prevenir al Seguro Social E.P.S. de abstenerse en incurrir en el incumplimiento de sus deberes derivados de la condición de Garante, que dieron lugar a los presentes procesos. Igualmente, advertir del deber de adelantar los procesos indicados en el fundamento 26 de esta sentencia. Para tal efecto, el Seguro Social deberá incorporar dentro de su plan de gestión, en un término no superior a 6 meses, las medidas indicadas en dicho fundamento.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

1 T-468 de 1994.

2 En igual sentido, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador.

3

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument). Documento E/1991/23.

4 Sobre las obligaciones derivadas de los pactos internacionales de derechos humanos, ver observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14.

5 En sentido similar, puede considerarse la sentencia C-1165 de 2000, en la que se declaró la inexecutable del artículo 34 de la Ley 344 de 1996, por violar el principio de progresividad y el artículo 48 de la Constitución.

6 Sentencias C-447 de 1992, C-018 de 1993, C-089 de 1994, C-037 de 2000, T-1031 de 2001, T-546 de 2002, entre otras.

7 Sentencia T-958 de 2002.

8 La Corte ya ha admitido esta postura en sentencia T-163 de 2003.

9 Sobre una exposición más profunda sobre esta materia, ver sentencia SU-1184 de 2001.

10 Sentencia SU-1184 de 2001.

11 Ver sentencia T-163 de 2003.

12 Sentencia SU-1184 de 2001.

13 Sentencia T-163 de 2003.