

**ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN EL
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD
SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA**

JOSEFINA QUINTERO LYONS

LILIBETH CORREA SOLANO



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

1827

ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA*

JOSEFINA QUINTERO LYONS¹

LILIBETH CORREA SOLANO²

RESUMEN

El Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, esta constituido por mandato de la Constitución como un servicio público de carácter obligatorio, que integra tres sistemas planamente diferenciados: el Sistema de Salud, el de pensiones y el de Riesgos Profesionales, el tema que nos ocupa en esta investigación esta enmarcado en el primero de ellos, el Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente en lo referente a las Enfermedades Catastróficas. El objetivo primordial de esta investigación es el determinar cuál ha sido el desarrollo jurídico de las enfermedades catastróficas en Colombia a partir de la constitución de 1991, para los cual se inicia haciendo un análisis jurisprudencial y legal, para desde allí adentrarse a las conclusiones que evidencian que en Colombia existe una inestabilidad jurídica para los asociados al Estado, lo cual esta determinado en parte porque el desarrollo conceptual y legal ha estado jalonado principalmente por la jurisprudencia nacional, al tiempo que por lo disgregado de la reglamentación que sobre la materia se ha proferido la cual se ha desarrollado para algunas enfermedad es taxativamente y para las otras debe ser aplicada por analogía, teniendo así el afectado que recurrir a

*Este artículo es resultado de la Investigación denominada “*Línea Jurisprudencial: Enfermedades catastróficas en el SSSSC*”, inscrita ante Colciencias dentro del Grupo de Investigaciones de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

¹ Docente Investigadora, adscrita al Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Líder del Grupo de Investigación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Categoría C de Colciencias. Abogada de la Universidad de Cartagena, Especialista en Instituciones Jurídico Laborales de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Teoría Crítica del Derecho de la Universidad Internacional de Andalucía, (España), Doctoranda en Mercado y Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, (España). jquinterl@yahoo.com

² Investigadora, miembro del Grupo de Investigación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Cartagena, Categoría C de Colciencias. Abogada de la Universidad de Cartagena, Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Cartagena, Maestranda en Derecho de la Universidad del Norte. lilybcs@hotmail.com

medios como la acción de tutela para materializar su Derecho a la Salud y garantizar su Derecho a la vida.

Palabras Claves:

Enfermedades Catastróficas, alto costo, derecho a la salud, derecho a la vida, acción de tutela.

ABSTRACT

Colombian Social Security System is, according to the mandate of the constitution, a public service obligation, which comprises three distinct systems: the Health System, the pension and occupational hazards. Our topic in this case is the Colombian Social Security System in Health, specifically regarding the catastrophic illnesses. The primary objective of this research is to determine what the legal development of catastrophic illness in Colombia from the 1991 constitution, beginning with an analysis of case law and legal, so from there in the findings that show In Colombia there is a legal entity for the instability associated with the state, which is determined in part because the conceptual and legal development has been marked mainly by the national law, while it broken the regulations on the subject that has been proffered which has been developed specifically for certain disease and the other should be applied by analogy, thus having to rely on the affected media as the constitucional action to realize their right to health and ensure their right to life.

KEYWORDS:

Catastrophic illnesses, high cost, the right to health, right to life, constitucional action.

Fecha de recepción: Julio 16 de 2009

Fecha de aceptación: Octubre 8 de 2009

1. Planteamiento del Problema.

El Sistema General de Seguridad, esta diseñado para garantizar la efectividad del Estado Social de Derecho, paradigma sobre el que se erige Colombia, en razón de ello la Carta Política la aborda desde el preámbulo y luego la retoma desde su artículo primero³, por lo tanto cobra esta capital importancia, no solo desde el ámbito jurídico sino también desde lo social, lo político y lo económico, aspectos que la matizan y la convierte en el punto de confluencia de muchas ciencias sociales. Este estudio parte de dos hechos fundamentales el primero tiene que ver con la naturaleza jurídica del Estado Colombiano, y el segundo tiene que ver con la incidencia para la integralidad de Sistema General Seguridad Social, de la concurrencia al sistema del principio de la certeza jurídica, como postulado indispensable para la materialización y efectividad del mismo.

Desde esta óptica, la Seguridad Social se estructuró desde tres bases; la primera de ellas trata los correspondiente al Sistema de Salud, la segunda hace referencia al Sistema de Pensiones, finalmente la tercera se limita al Sistema de Riesgos Profesionales. Lo que denota la trascendencia del Sistema, por que toca de manera profunda muchos aspectos correlacionados con derechos fundamentales, derechos humanos y derecho prestacionales igualmente exigibles por conexidad. Ahora bien este proyecto de investigación se limitará a lo atinente a la Enfermedades Catastróficas también llamadas Ruinosas, las cuales se encuadran dentro de subsistema de la Seguridad Social en Salud.

Las enfermedades catastróficas o ruinosas son per se una situación generadora de controversialidad, si se tiene que de una parte nos enfrentamos al derecho a la salud, derecho prestacional que cuando entra en conexidad con otros derechos

³ La Asamblea Nacional Constituyente, al establecer dentro de las finalidades contenidas en el preámbulo, las de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, estaba haciendo reconocimiento de la necesidad de crear un nuevo orden interno, donde entre otras cosas para la materialización del mismo, era necesario la organización del Sistema de Seguridad Social que gradualmente comprende y desarrolla un gran número de derechos de las personas, concomitante con ello, el artículo primero al reconocer a Colombia como un Estado Social de Derecho implícitamente le confiere la obligación al de prohiar por los respeto y la garantía de los mismos.

fundamentales como la vida es susceptible de protección por vía de tutela y de otra la necesidad del mantenimiento económico-financiero del sistema, lo que en últimas determina la permanencia del mismo, situación que tampoco puede ser mirada sin atender a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que orienta el sistema y que constituyen su esencia. Situación esta, que ha originado amplias discusiones dentro de la estructura del Estado, llegando hasta el máximo Tribunal Constitucional, bajo el entendido de reducir su nivel de complejidad, de allí que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los aspectos más relevantes, en relación con las enfermedades catastróficas, generando un amplio desarrollo por vía jurisprudencial de las disposiciones de orden legal que las contienen.

Por lo anterior, esta investigación quiere llegar determinar ¿Cuál ha sido el desarrollo jurídico de las enfermedades catastróficas en Colombia a partir de la constitución de 1991?

2. Metodología

El estudio que se planteo en el proyecto para responder el interrogante es fundamentalmente de carácter cualitativo y bibliográfico, dinamizado desde el análisis de la jurisprudencia nacional emanada de la Corte Constitucional, permitiendo identificar claramente la postura de esta Corporación en relación con el tratamiento de las enfermedades catastróficas.

3. Desarrollo

3.1 Aspectos Generales:

Las enfermedades catastróficas, núcleo problemico de esta investigación están definidas de manera amplia en el texto del artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994⁴ expedida por el antiguo Ministerio de Salud así: **“ENFERMEDADES**

⁴ Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud

RUINOSAS O CATASTROFICAS. Para efectos del presente decreto se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”.

Esto implica que para que una enfermedad para sea considerada catastrófica, deben concurrir unas características que claramente se infieren del artículo 16 y que están determinadas por el hecho de “*que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo “costo – efectividad” en su tratamiento*”⁵. Lo que se trató de complementar con el contenido del artículo subsiguiente de la citada Resolución que define los **TRATAMIENTO PARA ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTROFICAS** en este sentido, “para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo”⁶.

Ahora bien, existe también dentro de esta disposición un listado de las enfermedades que de conformidad con el lleno de los requisitos enunciados corresponden a las denominadas catastróficas o ruinosas: Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea, Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas, Tratamiento medico quirúrgico para el trauma mayor, Terapia en unidad de cuidados intensivos, Reemplazos articulares, y para el régimen subsidiado también se contempla la atención del Gran Quemado.

⁵ Nieto-Enciso, Luis Hernando. Análisis del Comportamiento de la Siniestralidad por Enfermedades Catastróficas en una Empresa Promotora de Salud-Colombia, Rev. Salud pública vol. 7 no.3. Bogotá Nov. 2005

⁶ Artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 Ministerio de Salud.

En Colombia, el concepto, la definición de su tratamiento y las enfermedades que por regla general corresponden a las llamadas Catastróficas esta como se dijo definida el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud –MAPIPOS-, con posterioridad, en el año 2005 el Congreso de la Republica expide la Ley 972 DE 2005⁷, en virtud de la cual el Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos, sin embargo la ley toca de manera puntual solo lo referente a enfermos con VIH/Sida, las demás enfermedades ruinosas solo son tocadas de manera tangencial.

De otra parte, bien vale la pena traer a la discusión dos aspectos fundamentales a tener en cuenta, el primero hace referencia a la definición de tratamiento como *“todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”*⁸ y por otra los requerimientos en cuanto a períodos mínimos de cotización para acceder a los mismos, de conformidad lo que nos enseña el artículo 26 del decreto 1938 de 1994:

“Artículo 26. De los períodos mínimos de cotización. Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Máximo cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud.

Grupo 2. Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se

⁷ Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida

⁸ Decreto 1938 de 1994, artículo 4º, literal 11.

encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.

PARAGRAFO 1º Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

PARAGRAFO 2º Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

PARAGRAFO 3º Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto.”.

Lo que implicaría que para que una persona tenga acceso al tratamiento debe encuadrarse dentro de esos periodos de cotización. Estas supuestas restricciones para el acceso a los procedimientos de alto costo, se han separado el contenido material de la Resolución de su espíritu, y sobre todo de los principios que inspiran el Estado Social de Derecho, creando una brecha entre los derechos fundamentales de las personas y la necesidad de generar medidas que protejan el Sistema de Seguridad Social y garanticen su permanencia en el tiempo bajo el fundamento de la estabilidad económica; lo cual ha demandado la intervención permanente de los jueces por vía de acción de Tutela y de la Corte Constitución por vía de revisión y de sentencia de unificación, lo que ha determinado su desarrollo.

3.2. Aproximación al Desarrollo Constitucional del concepto jurídico y el tratamiento de las Enfermedades Catastróficas en Colombia. En Derecho Prestacional que se vuelca en Fundamental.

Tradicionalmente los Derechos Humanos se han dividido en una trilogía que comprende los llamados derechos de primera, segunda y tercera generación. El primer catálogo de derechos integra los Derechos Civiles y Políticos, la segunda categoría agrupa los Derechos económicos, sociales y culturales y los de tercera generación en los que se tienen los Derechos colectivos.

Entre los Derechos de segunda generación, también llamados Derechos Prestacionales⁹, se ubican *“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suya la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico”*.

⁹ Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo, esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública, simples metas de la gestión estatal. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque precisamente son sólo un programa de acción estatal, una intención institucional.

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo. Sentencia No. T-207/95

Así lo dispuso el legislador y no por azares sino de manera consciente como se traduce de los contenidos de la Gaceta del Congreso¹⁰, durante la ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 155 Senado, 204 Cámara de 1992, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y adoptan otras disposiciones", se expuso lo siguiente:

"Nuestra Constitución, como toda Carta Política, contempla una serie de derechos, algunos de ellos fundamentales, otros de carácter económico, cultural y social y los de carácter colectivo, conocidos en la doctrina internacional como derechos de Primera, Segunda y Tercera Generación, respectivamente.

Conforme a esta clasificación, son derechos de primera generación aquellos derechos inherentes a la persona humana, considerados como fundamentales en los desarrollos constitucionales sobre el tema.

"Los derechos de segunda generación, que son los derechos económicos, sociales y culturales, corresponden a la noción de derecho-prestación. Tal es el caso del derecho a la Seguridad Social.

"Finalmente, los derechos de tercera generación que son los llamados derechos colectivos, son aquellos que se caracterizan porque su titularidad es conjunta, como los derechos a la información y al medio ambiente.

"El concepto de los derechos fundamentales tiene un contenido axiológico e inherente a la persona humana. Son entendidos por la doctrina como un grupo especial de facultades otorgadas al individuo, cuya jerarquía obedece a una preocupación generalizada en este siglo, de ubicar en un nuevo plano a los miembros de la sociedad civil frente al Estado. Su eficacia es directa, la sola consagración en la Carta otorga al particular la facultad de ejercerlo y al Estado la correlativa obligación de respetarlo.

"En el capítulo segundo de nuestra Carta se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, que a diferencia de los individuales caracterizados por exigir del Estado un no hacer, un respeto a la

¹⁰ GACETA DEL CONGRESO. Año II, No. 281, 19 agosto de 1993, Págs. 3 y 4). Debate para la aprobación de la Ley 100 de 1993.

autonomía de la persona, lo comprometen a desarrollar un conjunto de programas tendientes a llevar bienestar a sus asociados.

"El derecho a la Seguridad Social parte de los llamados derechos de segunda generación que son en estricto sentido derechos-prestación que exigen de desarrollo legislativo para poderse hacer efectivos, por ello no pueden considerarse como fundamentales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en su sentencia T-406 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, ' . . . está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales'.

"A lo anterior se agrega que por la contundencia de los hechos, en caso de violación de un derecho fundamental, los mecanismos para su defensa son breves y sumarios (acción de tutela), puesto que no hay controversia por dirimir, ni complejidad por aclarar, son entonces de aplicación directa. Muy diferente de lo que ocurre con los derechos sociales, y en particular con el derecho a la Seguridad Social, puesto que su examen debe absolver una situación variable en el tiempo y compleja en su fundamento jurídico, todo lo cual debe ser definido por la ley."

"Por otra parte, el inciso 2o. del artículo 48 de la Constitución Política, establece: 'Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social'. Es un enunciado estructuralmente diferente al que puede tener un derecho fundamental, puesto que en este caso, el derecho no se adquiere tan sólo por la disposición constitucional.

"Este derecho económico-social existe como concesión del Estado, cuyo grado de variabilidad puede hacer que en el tiempo y en el espacio se desarrollen una multiplicidad de formas muy diferentes para su prestación. La doctrina considera que ' . . . las normas constitucionales tienen todas la misma naturaleza jurídica aunque no son todas del mismo tipo; los derechos sociales. . . no son reglas acabadas, son los fundamentos de una regulación posterior cuya responsabilidad recae en el legislador"

"Es claro entonces, que la naturaleza del derecho a la seguridad social, lejos de ser un derecho fundamental es un derecho social de prestación, sobre el cual el

Estado, en toda caso, debe prestar la mayor disposición para desarrollarlo a través de las normas legales. "

De tal suerte como se ve de lo transcrito por ser solo derecho-prestación en principio no susceptibles de protección por vía de tutela, por no ser de aplicación inmediata; por razones consustanciales o inherentes a su naturaleza, sin embargo la Carta Política dentro de su parte dogmática estableció el Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, lo que traduce una obligación especial en la salvaguarda y garantía de los derechos de todos los Asociados, al tiempo que traslada la obligación a los funcionarios públicos para que en el ejercicio de sus funciones respeten y validen tales derechos. Este sustento se maximiza en la administración de justicia, donde los jueces están obligados a materializarlos en sus actuaciones, lo que no es más que la efectivización de los principios que inspiran el Estados, ratio decidendi para que el derecho a la seguridad Social se matice como fundamental a la luz de la conexidad con otros tal como lo presenta la Sala Novena de Revisión de la Corte al expresar *"debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto".*¹¹

Coinciden entonces en la noción de enfermedades catastróficas una doble poralidad, lo que genera tensiones que la Corte ha identificado, y que ha ponderado en sus decisiones, de un parte la necesidad de financiamiento y autofinanciación del Sistema de Seguridad Social y de la otra los derechos humanos fundamentales conexos a la salud y la seguridad que motivan un análisis

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia No. T-290 de junio 21 de 1994. M. P. D. Vladimiro Naranjo Meza

sistémico de las mismas, en cuanto a la carga que constituyen para quien la padecer. Tensiones se pueden visibilizar de una mejor manera en los extractos de las sentencias de la Corte, en cuanto al primer aspecto ha considerado el Tribunal *“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).*

Dentro de la organización del sistema en Colombia, se ha reconocido a cada EPS una Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.).

El sistema está diseñado básicamente sobre la recepción de aportes por parte de las EPS, de acuerdo con la llamada: UPC, cuyo valor será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Se entiende por UPC un valor per cápita establecido en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería (artículo 182 de la ley 100 de 1993). Actualmente, en 1997, el valor señalado a la UPC es de \$14.582,00.

Pero qué ocurriría si el mismo Estado, permite que progresivamente las UPC se vayan desvalorizando? en cierta forma, se estarían alterando las reglas de juego iniciales porque esto incidiría necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio sistema.

En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un "seguro del co-contratante" contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.¹²

Para Marienhoff, la ecuación o equilibrio financiero del contrato es el "medio por el que ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevistas, posteriores sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, que determina la obligación del estado de asistirlo para que pueda así cumplir o seguir cumpliendo el contrato."¹³ Entre tanto también a expresado en relación con los derechos de los asociados, ". . . Por tanto, ni el Estado ni la sociedad civil pueden permitir que uno de sus miembros se abandone a la fatalidad de vivir sin las condiciones mínimas de apoyo que se le deben brindar a un ser humano, sobre todo cuando se encuentra, según se ha dicho, en estado de extrema necesidad por su evidente invalidez mental. Este es uno de los avances más notables de la Carta Política, que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la efectividad de los derechos fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima

¹² Diez Manuel María, Los mayores costos de las obras públicas, R.A.D.A número 4, Buenos Aires, noviembre 1972, pp.13.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-480/97. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna”¹⁴.

Como se ha visto, el Estado Social de Derecho esta indisolublemente ligado al cumplimiento de lo consagrado en el artículo 2¹⁵ constitucional, que prevé los fines esenciales del Estado, constituyéndose de este modo en el principal protector y promotor en materia de derecho humanos, lo que se demuestra en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a las enfermedades catastróficas.

4. CONCLUSIONES

Atendiendo la naturaleza del Estado Social de Derecho, y las garantías que consagra la Carta Política, entre ellas la contenida en el artículo 49, que establece que a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y lo dispuesto en el texto del artículo 48¹⁶, sobre el carácter público y obligatorio de la seguridad social, la Corte en sus sentencias ha ponderado los derechos enfrentados, y ha considerado que la salud en conexidad con el derecho a la vida como inherente al ser humano, por lo que se ha atrevido a

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia No. T-290 de junio 21 de 1994. M. P. D. Vladimiro Naranjo Meza

¹⁵ Son fines 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.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLITICA. Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

clasificarlos como derechos fundamentales de rango constitucional “*Cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar, el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables. Tal solución jurídica, que tiene por base los artículos 4 y 5 de la Constitución, el primero sobre primacía de la Carta Política sobre toda norma legal o de otro nivel que sea incompatible con ella, y el segundo relativo al compromiso estatal de defender la dignidad de la persona humana y los derechos.*”¹⁷

Aparejado con lo anterior, la Corte a dispuesto que “*En un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y la conservación del valor de la vida resulta inaceptable que se pueda tolerar que, ante el apremio de una persona de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico o legal, consideraciones subalternas que ponen en peligro la vida humana, supremo derecho fundamental, garantizado en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia.*”¹⁸

La doctrina constitucional, en buena hora ha tomado en consideración la concepción holística de Estado Social de Derecho, rebasando las propias limitaciones de orden reglamentario y desarrollando el garantismo de otras disposiciones¹⁹, lo que permite equilibrar las relaciones desiguales existentes entre el paciente que padece una enfermedad catastrófica y su familia de un parte y de la otra EPS.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-150/00. M. P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-685 de 1998. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

¹⁹ Ley 100 de 1993. Art. 3o. DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Resulta trascendental destacar la necesidad de reglamentar todo lo concerniente a las enfermedades catastróficas, por que en la actualidad muy a pesar de lo contenido en la Resolución 5162 de 1994 y la Ley 972 DE 2005, existen dos contradicciones al principio de certeza jurídica de los asociados al Estado Colombiano, la primera determinada en el hecho de que todo el desarrollo de este tema se ha dado por vía jurisprudencial, sumado a que resulta desigual que la precitada Ley 972 de 2005, como ya se ha expresado fue expedida para la defensa de los enfermos de VIH/Sida y solo por analogía se aplica a los pacientes de otros enfermedades catastróficas. En todo caso por lo menos en la defensa de la Carta Política los pacientes de Enfermedades catastróficas o ruinosas han encontrado un mecanismo para la defensa de sus derechos humanos, aun así se hace necesario que el Estado revise el contenido normativo de las disposiciones para la garantía de la certeza jurídica, pilar para la existencia un Estado justo, para la coexistencia pacífica y consecuentemente con ello para la consecución de la paz.

La discusión se valida desde la postura que “la democracia tiene un método propio para la definición de las políticas públicas. Las decisiones resultan de una adaptación negociada de los intereses, de acuerdo con normas transparentes definidas en el espacio público...Las políticas no reflejan la supuesta omnisciencia de los tecnócratas esclarecidos, sino que representan la depuración de intereses legítimos, un concierto de voluntades, entre ellas la del propio gobierno”²⁰, así el Estado y la democracia Colombia requiere que esas políticas públicas en lo que tiene que ver con enfermedades catastróficas se efectivicen en Leyes más claras e incluyentes que revistan de certeza jurídica el propio Estado, y que por contera cumplan con el mandato del constituyente de crear un Sistema Integral de Seguridad Social para los asociados al Estado Colombiano, y no como en múltiples oportunidades con la expedición de normas disgregadas que se contrarían en si mismas, lo que desvirtúa la concepción sistémica de la Seguridad Social

²⁰ HENRIQUE CARDOSO, Fernando, Discurso pronunciado en la CEPAL en Agosto de 2003.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Segunda Edición. Bogotá. Legis Editores. 2007.

CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Una visión integral de la seguridad social*. Ediciones Proa Ltda. Bogotá. 1989.

CETINA VARGAS, Oswaldo. *Derecho integral de seguridad social*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1986.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Salud, pensiones y trabajo en el nuevo derecho constitucional*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.1996.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José, "Jurisprudencia Humanista en el Constitucionalismo Económico". Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2000.

GUILLION, Collin, "La seguridad social y los procesos de reajuste económico estructural" en *Elementos Estructurales para la reforma integral a la seguridad social en Colombia*. ISS-OIT-PNUD, Bogotá 1992.

LEY 100 DE 1993.

LEY 972 DE 2005.

MINISTERIO DE SALUD. Resolución 5162 de 1994. *Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos –MAPIPOS-*

NIETO-ENCISO, Luis Hernando. *Análisis del Comportamiento de la Siniestralidad por Enfermedades Catastróficas en una Empresa Promotora de Salud-Colombia*, *Rev. Salud Pública* vol. 7 no.3. Bogotá Nov. 2005

PEDRAZA CUERVO, Ariel. *Estatuto de la Seguridad Social y Pensiones. Anotado*. Leyer Editorial. 2008.

SENTENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-230/99. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-016/99. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-480/97. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-150/00. M. P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-290. de junio 21 de 1994. M. P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MEZA

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-230/09. M.P. Dr CRISTINA PARDO SCHLESINGER

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-1177/08 HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-797/08. M.P. Dr RODRIGO ESCOBAR GIL

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-990/08. M.P. Dr CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-581/07. M.P. Dr HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-1232/08. M.P. Dr. MAURICIO GONZALEZ CUERVO

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-685 de 1998. M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA