

REPUBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Especial de Seguimiento

AUTO 342ª DE 2009

Referencia: Seguimiento a la orden vigésima primera de la sentencia T-760 de 2008.

Magistrado Sustanciador:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Especial de Seguimiento conformada por la Corte Constitucional para llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede a dictar el presente Auto, con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES:

1. A partir de la selección de 22 asuntos de tutela, la Sala Segunda de Revisión de la Corte¹ dispuso su acumulación con el propósito de tener una muestra lo más comprensiva posible de los tipos de problemas que han llevado a las personas a acudir a los jueces de tutela, con la finalidad de salvaguardar su derecho a la salud. En los casos acumulados se constató la existencia de problemas recurrentes de violaciones al derecho a la salud que reflejan dificultades estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, generado principalmente por diversas fallas en su regulación.

La falta de adopción -oportuna y efectiva- por las autoridades responsables de las medidas indispensables para corregir las fallas, llevan finalmente a la Corte Constitucional a proferir el 31 de julio de 2008 la sentencia de tutela identificada con el número 760. Esta decisión se construyó a partir de la legislación actualmente existente sobre seguridad social en salud -leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007- y de la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional.

Bajo tales parámetros se formularon dos tipos de problemas jurídicos: unos de carácter concreto, que desembocaron en la definición de órdenes particulares -numerales 1 al 15-, que buscan solucionar las situaciones particulares de cada expediente y, otros de índole general -numerales 16 a 32-, que dieron paso a la expedición de las “órdenes necesarias para que se superen las fallas de regulación detectadas” y las tácticas para disminuir el número de tutelas que se presentan por este derecho.

2. Particularmente, en torno a una de las fallas estructurales del sistema de salud, se planteó la siguiente problemática:

¹ Presidida en ese entonces por el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

“2.2.3. ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que son beneficiarias del régimen subsidiado, por no haber tomado las medidas para garantizar que puedan acceder a un plan de servicios de salud que no difiera de los contenidos contemplados en el plan obligatorio de salud para el régimen contributivo? ¿Habida cuenta de que el derecho a la salud impone al Estado el deber de avanzar progresivamente hacia la ampliación de los servicios asegurados, la menor cobertura para los niños y niñas del régimen subsidiado puede prolongarse indefinidamente al igual que las diferencias de cobertura respecto de los adultos?”

A dicho interrogante, la Corte respondió en los siguientes términos:

“La Corte estima que después de 15 años de haber sido expedida la Ley 100 de 1993, es constitucionalmente inadmisibles que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo y que esta diferencia es más gravosa para los menores de edad. El Estado ha desconocido el derecho a la salud de las personas beneficiarias del régimen subsidiado, por cuanto no existen actualmente programas ni cronogramas que muestren un esfuerzo para avanzar en ese sentido”.

Como consecuencia, se dictó la orden vigésimo primera que textualmente señala lo siguiente:

“Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

Un informe sobre el proceso de cumplimiento de esta orden deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes del 15 de marzo de 2009 y comunicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

3. En relación con el cumplimiento de esta orden, el Ministerio de la Protección Social allegó escrito del 13 de marzo de 2009, en el que relaciona las estrategias y trámites que se estaban adelantando en procura de unificar los Planes Obligatorios de Salud para los niños y las niñas. A partir de los diferentes factores que influyen en el cálculo y la determinación del contenido y alcance de los planes², el Ministerio señaló lo siguiente: *“Dados los avances en las materias anteriormente enumeradas y en respuesta al mandato de la Honorable Corte Constitucional de proceder a la unificación de los planes de beneficios de los dos regímenes se requiere el desarrollo de una política pública en el SGSS que sea coherente con los objetivos de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud y del mejoramiento de las condiciones de salud de la población en condiciones de equidad”*. Más adelante, esta autoridad enunció el “plan de actividades” que definió para alcanzar la actualización y unificación de los POS de los niños y las niñas, y fijó como primera meta lo siguiente: ***“Determinación de la edad límite de los niños y niñas. // Para efectos de determinar la edad límite***

² Las variables que el Ministerio consideró relevantes fueron las siguientes: “1. Cambios en los determinantes de las condiciones de salud de la población. (...) 2. Capacidad técnica de estimar las condiciones de salud de la población (...) 3. Capacidad técnica de estimar el impacto de las diferentes intervenciones sobre las condiciones de salud de los individuos y las poblaciones. (...) 4. Capacidad de desarrollar instrumentos técnicos como guías y evidencia científica (...) 5. Capacidad de procesamiento de información y fuentes de información (...) 6. Existencia de métodos probados de consulta ciudadana”.

del concepto de “niños y niñas” se encuentra en proceso una revisión de las normas vigentes”³.

En el mismo escrito, el Ministerio planteó los requerimientos a tener en cuenta para la “**financiación de los planes de beneficios**”. Este apartado, de indudable importancia para la implementación de las órdenes de la sentencia T-760 de 2008, es incorporado al análisis de la siguiente manera: “*El Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS tiene un presupuesto de ingresos predecible en la medida en que sus fuentes de financiación son conocidas, y tienen un comportamiento igualmente, predecible. Estos ingresos están asociados a un presupuesto de egresos también conocido y predecible. Ambos son fijados por la Ley y ajustados a las condiciones macroeconómicas. || Estos recursos deben mantener un equilibrio entre los ingresos y los egresos y si se plantea un crecimiento de estos últimos es indispensable plantear un incremento de igual magnitud y temporalidad en los primeros*”.

4. De tal informe se corrió traslado -Auto del 30 de marzo de 2009-, a las entidades que conforman el Grupo de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. Como consecuencia, “Así Vamos en Salud”⁴ y Acemi⁵ presentaron escritos en los que exponen algunas observaciones sobre el cumplimiento de la orden.

5. Por su parte, la Defensoría del Pueblo allegó escrito, radicado el 25 de junio de 2009, en el que adelanta un estudio de “*los informes presentados por el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y las EPS de los regímenes contributivo y subsidiado*”.

6. Bajo tales condiciones, previo al cumplimiento del plazo estipulado en la orden 21, la Sala Especial de Seguimiento, profirió Auto del 13 de julio del presente año, en el que resolvió lo siguiente:

“**PRIMERO.** Por Secretaría General, SOLICITAR a la Comisión de Regulación en Salud o, en caso de que ésta no se encuentre integrada, al Consejo de Seguridad Social en Salud que, en el término de cinco (05) días, allegue la formulación “precisa” del programa/cronograma para adelantar la unificación de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado para los niños y las niñas, conforme a las especificaciones consignadas en la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008 y, sobre todo, que dicha tarea debe cumplirse antes del 1º de octubre de 2009. Como mínimo, dentro del mismo término, la Comisión o el Consejo debe allegar lo siguiente: (i) los resultados del proceso de “socialización, revisión y aprobación de la metodología [de unificación de los planes de beneficios en niñ@s] por parte de cada uno de los miembros del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”; (ii) los resultados del examen efectuado sobre dicha metodología por parte del Ministerio de la Protección Social; (iii) los trámites, adelantos y resultados de las consultas ejecutadas sobre la “propuesta” sobre el POS unificado para niñ@s; (iv) relación de los estudios, evaluaciones y resultados efectuados para conseguir el equilibrio micro y el equilibrio macro necesarios para alcanzar el POS unificado para niñ@s antes del 1 de octubre de 2009, especialmente, cuáles son los factores y cálculos

³ Las demás actividades que se enlistaron en el informe bajo cita y que resultan relevante para evidenciar la composición global de la política pública en esta materia, fueron las siguientes: “2. *Determinación técnica de las necesidades en salud de los niños y niñas.* (...) 3. *Determinación de las diferencias en los contenidos entre el POS del Régimen Subsidiado y el del Régimen Contributivo.* (...) 4. *Diferencias entre los contenidos actuales del POS del Régimen Subsidiado y los tratados internacionales relacionados.* (...) 5. *Estimación de la población de niños y niñas asegurados y la senda de crecimiento de la universalidad, junto con su distribución geográfica (DANE BDUA).* (...) 6. *Revisión de los actuales consumos de servicios de salud de las niñas y niños (RIPS y Suficiencia).* (...) 7. *Determinación del valor de unificar el POS del Régimen Subsidiado al POS del Régimen Contributivo* (...) 8. *Determinación de preferencias sociales (consulta ciudadana).* (...) 9. *Estimación de recursos disponibles en el corto, mediano y largo plazo.* (...) 10. *Aprobación por la Comisión de Regulación en Salud – CRES (o por el CNSS) del POS unificado para los niños y niñas.*”

⁴ Oficio recibido el 14 de abril de 2009.

⁵ Oficio recibido el 15 de abril de 2009.

identificados a la fecha aplicables a los ajustes de la UPC; (v) resultados de la revisión de las políticas en salud, en lo relativo a los planes de beneficios y su financiación; (vi) describir de manera detallada los avances efectuados sobre cada uno de los pasos indicados en el “plan de actividades” descrito en el informe del 13 de marzo, justificando cómo es que cada una de ellas se va a cumplir antes del 1º de octubre de 2009;

“**SEGUNDO.** A través de la Secretaría General de esta Corporación, CORRER TRASLADO de las observaciones presentadas por las entidades que conforman el Grupo de Seguimiento sobre el cumplimiento de la orden 21, a la Comisión de Regulación en Salud o, en caso de no encontrarse integrada, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para que ésta se pronuncie sobre ellas en el término de cinco (05) días.

“**TERCERO.** A través de Secretaría General de esta Corporación, REQUERIR a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en el término de cinco (05) días, informen las gestiones y evaluaciones adelantadas con motivo del informe presentado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en razón de la orden número 21, indicando que infraestructura técnica, de personal y de material han dispuesto para el seguimiento de la misma. Asimismo, aclarar a la Defensoría que, dada su naturaleza constitucional, sus evaluaciones, estudios e informes no deben presentarse de manera somera o superficial sino que deben detectar anomalías o defectos y, por lo menos, proponer las soluciones más acordes con la vigencia de los derechos fundamentales; específicamente la Defensoría debe tener en cuenta que sus informes deben orientarse, como mínimo, a mostrar de manera precisa e individual, sólo en relación con la orden correspondiente, cómo se ha avanzado en la ejecución de la orden correctiva, relacionando: la identificación del problema, las respuestas que se han adoptado por la entidad o el Sistema, la valoración del progreso y los resultados (positivos y negativos) de la implementación de la respuesta, así como las principales dificultades que persisten y sus causas.”

En cumplimiento a lo dispuesto en dicho auto fueron recibidos varios informes de las autoridades que tienen a su cargo el cumplimiento de la orden. **A continuación se hará referencia a dichos informes sólo en lo que respecta a la determinación de la edad límite de los niños y niñas, y consecuentemente, a la financiación dispuesta para los planes de beneficios⁶.**

6.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dicho Instituto a través del jefe de su Oficina Jurídica expuso las “*acciones de seguimiento por parte del ICBF*”⁷.

6.2. Ministerio de la Protección Social. Se recibió informe del Ministro en el que expresa que ha “*continuado con el desarrollo del Plan de Actividades, cuyo término se vence el 1 de Octubre de 2009*”. En esa medida, procedió a señalar el cronograma de cumplimiento de la orden 21:

⁶ Como se expondrá más adelante, el marco de esta decisión se limitará solo a estos dos puntos.

⁷ En el oficio recibido el 28 de julio de 2009, se señala: “1. En el mes de Diciembre de 2008 el ICBF realizó un estudio de la sentencia y, con base en ellos se han realizado socializaciones a los grupos directivos del Instituto, especialmente a los de la Dirección Técnica, presentando también los puntos prioritarios de esta sentencia en relación con las responsabilidades del ICBF. “2. En marzo de 2009, se recibió y analizó informe desde el Ministerio de la Protección Social respecto de los avances en la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado. “3. A partir de abril de este año se organizó un grupo de estudio y evaluación de estrategias de mejoramientos de la situación de nutrición de la población infantil (...). “4. Igualmente se conformó un grupo multidisciplinario para el seguimiento a la implementación de la Sentencia C-760 de 2008 (...). “5. El 8 de julio de 2009, se llevó a cabo una reunión con la Comisión Reguladora de salud CRES para presentar, de manera general, las responsabilidades del ICBF en el Sistema de Protección Social y socializar inquietudes del Instituto sobre temas relacionados con la prestación de servicios de salud a la población de niños, niñas y adolescentes, especialmente en lo que tiene que ver con los niños, niñas o adolescentes a quienes sus derechos les han sido vulnerados y se encuentran bajo medida de protección por parte del Instituto. “6. Está pendiente la determinación de la fecha en que se realice una reunión entre la CRES y el ICBF (...). “Con base en lo anterior damos respuesta a su requerimiento y resaltamos que la Entidad seguirá informando de las gestiones y evaluaciones adelantadas respecto del informe que sea presentado por el Consejo de Seguridad Social en Salud en relación con la unificación de los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y subsidiado de salud”.

“Programa / Cronograma para la unificación de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado para los niños y las niñas.

- (i) Socialización de la metodología con los miembros del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud: El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no definió fechas.
- (ii) Examen de la metodología por parte del Ministerio de la Protección Social: Enero-Agosto 2009.
- (iii) Consultas relativas a la propuesta de unificación de los planes de beneficios de niños y niñas: Agosto de 2009.
- (iv) Relación de los estudios, evaluaciones y resultados para conseguir el equilibrio micro y macro: Agosto de 2009.
- (v) Resultados de la revisión de las políticas en salud, en lo relativo a los planes de beneficios y su financiación: Agosto 30 de 2009.
- (vi) Descripción de avances efectuados sobre los pasos indicados en el plan de actividades:
 - 1. Determinación de la edad límite de los niños y niñas: Marzo de 2009.
 - 2. Determinación en las diferencias de los contenidos entre el POS del Régimen Subsidiado y el del Régimen Contributivo: Agosto de 2009.
 - 3. Determinación de las necesidades de servicios de los niños y niñas: Agosto de 2009.
 - 4. Determinación en las diferencias de los contenidos entre el POS del Régimen Subsidiado y el del Régimen Contributivo: Agosto de 2009.
 - 5. Diferencias entre los contenidos actuales del POS del Régimen Subsidiado y los tratados internacionales relacionados: Agosto de 2009.
 - 6. Estimación de la población de niños y niñas asegurados (DANE, BDUA): Julio de 2009.
 - 7. Revisión de los consumos de servicios de salud de los niños y niñas: Julio de 2009.
 - 8. Estimación del valor de la unificación de los planes de beneficios de los niños y niñas: Julio de 2009.
 - 9. Estimación del equilibrio financiero de las subcuentas del régimen contributivo y subsidiado: Agosto 30 de 2009.
 - 10. Aprobación de los ajustes por parte de la CRES: Agosto de 2009.”

A su vez, cada una de las etapas que se establece dentro del programa fue desarrollada por el Ministerio, explicando los avances que se han alcanzado.

Presentó las variables tenidas en cuenta para *conseguir los equilibrios micro y macro*, necesarios para garantizar la sostenibilidad de la unificación de los planes de beneficios. A grandes rasgos, los componentes incluidos para definir este ítem están consolidados en dos actividades, denominadas de la siguiente forma: “1. *Determinación del valor de la unificación de los planes de beneficios*” y “2. *Estimación de los modelos de equilibrio de las subcuenta (sic) de compensación y la subcuenta de solidaridad del Fosyga*”⁸. La Sala destaca que el ingrediente básico de

⁸ A grandes rasgos, las labores que se señalan en relación con esta actividad son las siguientes:

“(iv) *Relación de los estudios, evaluaciones y resultados efectuados para conseguir el equilibrio micro y el equilibrio macro necesarios.* (...)”

“1. *Determinación del valor de la unificación de los planes de beneficios:*

- a. *Identificación de la población de niños y niñas sujetos de la afiliación de acuerdo con la Ley. Fuentes de Información: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE y base de datos del SISBEN.*
- b. *Desagregación de la población en los grupos de población definidos en el acuerdo 404 de 2008 del CNSSS que se presenta a continuación.*
A partir de lo establecido por la Ley 1098 de 2006 se seleccionaron para este análisis los 3 grupos de población correspondientes a los menores de 1 año, 1 a 5 años y 5 a 12 años. (...)
- c. *Identificación de los niños y niñas (0 a 12 años) afiliados al régimen subsidiado y de la población pobre no afiliada en estos grupos de edad ya que también son sujetos de afiliación. || Esta información se obtiene a partir de la Base de Datos Unificada de Afiliados – BDUA del Ministerio.*
- d. *Estimación del valor de la diferencia entre la UPC del régimen contributivo y la del régimen subsidiado en el caso de los grupos poblacionales identificados como niños y niñas.*
- e. *Estimación de los costos de la unificación por medio de la multiplicación de l valor de los diferenciales de las dos UPCs desagregadas por grupo poblacional (0 a 12 años) por el numero de niñas y niños sujetos de la afiliación (los ya afiliados y los niños y niñas a ser afiliados).*

2. *Estimación de los modelos de equilibrio de las subcuentas de compensación y de la subcuenta de solidaridad del Fosyga.* *Estos modelos tiene por objetivo analizar la sostenibilidad del sistema en el corto, mediano y largo plazo, a través de la proyección del comportamiento de las variables que influyen en los ingresos y egresos de*

este procedimiento, a partir del cual se definen los alcances de la política pública, está concretado por la definición del grupo de población que cubrirá esta labor. La respuesta a esta cuestión es explicada, más adelante, en el numeral “(vi)” del informe, de la siguiente manera:

“Describir de manera detallada los avances efectuados sobre cada uno de los pasos indicados en el “plan de actividades” descrito en el informe de 13 de marzo.

1. Determinación de la edad límite de los niños y niñas.

El gobierno nacional tomó en consideración la definición de niños contenida en la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 3:

Artículo 3°. Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derecho todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Esta actividad se encuentra cumplida.”

Así las cosas, a partir de este análisis, se enfocó el objetivo de la política pública y la identificación del costo de la unificación de los planes de beneficios a los niñ@s comprendidos entre los cero (0) y doce (12) años. En relación con la primera actividad que comprende la determinación del valor de la unificación, el Ministerio había inferido lo siguiente: *“e. Estimación de los costos de la unificación por medio de la multiplicación del valor de los diferenciales de las dos UPCs desagregadas por grupo poblacional (0 a 12 años) por el número de niños y niñas sujetos de la afiliación (los ya afiliados y los niños y niñas a ser afiliados)”*.

Posteriormente, el Ministerio describió las variables atendidas en relación con las *necesidades en salud de los niños y las niñas* e identificó sus fuentes. Luego, explicó los procedimientos utilizados para establecer las diferencias entre los planes de beneficios del régimen subsidiado y del régimen contributivo, y aunque señaló que la actividad estaba concluida, advirtió que sus resultados estaban siendo presentados a la CRES *“para ser analizados”*. Bajo el mismo esquema presentó la estimación de la población de niños y niñas que serían beneficiados por la unificación de planes y los fundamentos utilizados para ello, a saber: los registros del DANE, ordenados conforme a la *“distribución de grupos etarios y género adoptados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”*; la identificación de la población incluida en el Sisben niveles I, II, y III; y la información contenida en la Base de Datos Única de

las subcuentas de solidaridad y compensación. (...) Los modelos tienen 3 componentes: población, ingresos y parámetros de política.

- a. El módulo de población tiene como objetivo determinar el número de personas que pertenecen a cada régimen con su respectivo nivel de ingreso y proyectar la dinámica de crecimiento de las poblaciones en los siguientes 20 años. (...)
- b. En cuanto a los ingresos, se realizan estimaciones macroeconómicas del comportamiento del PIB en los próximos 20 años, a partir de los modelos econométricos de series de tiempo, y se proyectan los ciclos económicos en este periodo. A esto se suma un cálculo de elasticidades-ingreso por decil de ingreso de la población, que permite establecer a cuales deciles de ingreso afecta en mayor proporción los cambios en la tasa de crecimiento del PIB. (...)
- c. Por otro lado, para hacer un análisis de implicaciones de política se diseñó un módulo con escenarios de simulación. En éste se han establecidos parámetros que permiten proyectar el comportamiento del sistema en cada uno de los siguientes escenarios:
 - Unificación del POS de niños menores de 12 años del régimen subsidiado al POS del régimen contributivo.
 - Unificación del POS del régimen subsidiado al POS de régimen contributivo de los mayores de 12 años.
 - Unificación del POS régimen subsidiado parcial a POS régimen subsidiado pleno.
 - Financiación de la PPNA.

El primer estudio se encuentra concluido y el segundo lo estará en Agosto de 2009”.

Afiliados –BDUA. Respecto de esta última el Ministerio advirtió lo siguiente: “*Si bien esta tarea se encuentra concluida, en lo relacionado con los cálculos requeridos para la unificación de los planes de beneficios de los niños y niñas, es de anotar que el Gobierno Nacional se encuentra en un proceso permanente de actualización y mejora de las bases de datos de la población. Este es el caso del Ministerio de la Protección Social con la BDUA, la cual se ajusta con cada proceso de compensación y de reporte municipal, y del Departamento Nacional de Planeación con el Sisben para el cual se ajustó la metodología a la denominada ‘Sisben 3’*”.

También se efectuó la “*estimación de recursos disponibles en el corto, mediano y largo plazo*”. Sobre el particular, el Ministerio advirtió que el valor de la unificación de planes precede los estudios sobre equilibrio de las subcuentas del régimen contributivo y subsidiado, y explicó lo siguiente:

“Una vez se identificó el número de niños y niñas y el valor de la diferencia entre la UPC del régimen contributivo y subsidiado se calculó el valor de la unificación para el periodo Octubre – Diciembre de 2009 y el de la totalidad del año 2010. Los resultados se presentan en la Tabla No. 6. Tarea concluida.”

“Tabla No. 6 Valor de la Unificación de los Planes de Beneficios de los niños y niñas (pesos corrientes)

Valor Unificación	Octubre/Diciembre 2009	2010
0-12 años	97.390.340.800	389.561.363.201
Valor Universalización	Octubre/Diciembre 2009	2010
0-12 años	114.142.284.087	380.018.271.078

“Estos valores son de conocimiento del Ministerio de Hacienda, del Departamento Nacional de Planeación y en conjunto con el Ministerio de la Protección Social, se vienen identificando las fuentes de financiación de tal manera que los recursos se encuentren disponibles al 1 de Octubre de 2009.”

Finalmente, en respuesta a las observaciones presentadas por los Grupos de Seguimiento, el Ministerio insistió en los parámetros de cálculo y redefinición de la UPC, para garantizar la disponibilidad de recursos para la financiación de la unificación de los planes de beneficios. Además reiteró los fundamentos a partir de los cuales se concretó el concepto de ‘niño’ y ‘niña’: “*En la sección anterior el Gobierno Nacional se pronuncia delimitando la edad de los niños en cumplimiento de las definiciones desarrolladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006*”.

6.3. Comisión de Regulación en Salud. En respuesta al Auto del 13 de julio de 2009⁹ informa que “*comenzó oficialmente su funcionamiento el día 3 de junio del año en curso*”. La entidad advirtió el corto tiempo con que ha contado para ejercer sus funciones y manifestó la limitación de recursos “*por razones presupuestales, fiscales y operacionales, como quiera que se encuentra adelantando los trámites requeridos para su funcionamiento como unidad administrativa*”.

Frente a las acciones adelantadas para implementar la orden 21, la CRES planteó el mismo programa y cronograma allegado por el Ministerio de la Protección Social y, en relación con el progreso de las acciones y resultados manifestó lo siguiente: “*En consideración del tiempo transcurrido de la operación de la Comisión, no es posible*

⁹ Oficio recibido el 30 de julio de 2009.

valorar e informar acerca del progreso y los resultados; este informe será presentado por el Ministerio de la Protección Social". En la misma medida, en relación con las dificultades presentadas y las alternativas para afrontarlas, la CRES advirtió: *"A la fecha la CRES se encuentra evaluando los avances en este tema dentro del proceso de empalme adelantado con el Ministerio de la Protección Social y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En la medida que se avance en este proceso, si es necesario ajustar este cronograma, esperamos poder discutir el tema con la Honorable Corte Constitucional"*.

6.4. **La Defensoría del Pueblo** formuló¹⁰ una serie de reparos al primer informe allegado por el Ministerio (supra, num. 3), en donde se echa de menos la existencia de un cronograma preciso de actividades y se critica la imprecisión del programa. De manera sucinta esta entidad menciona que *"la respuesta del Ministerio de la Protección Social está enfocada en factores económicos y no en la garantía de Protección del derecho a la Salud de los niños y niñas, que de manera prevalente está establecida en la Constitución"*. Además, considera que el Registro Individual de Prestación de Servicios –RIPS- debería ser la fuente para identificar las necesidades de salud de los menores y critica que al día de hoy esta base de datos no contenga información eficiente, *"más aún, teniendo en cuenta que éste funciona y se hace exigible desde el año 2000"*.

En este documento se señala que desconoce los avances de las actividades emprendidas por el Ministerio para cumplir con la orden 21 y, a continuación, relaciona el conjunto de dificultades que persisten y sus causas, de la siguiente manera:

- La falta de un sistema de información efectivo que determine las causas de morbilidad en los niños y niñas.
- La falta e depuración de las bases de datos de afiliados que produce duplicidad en los registros.
- El nombramiento tardío de los comisionados de la CRES que ha producido un retardo en la toma de decisiones para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte".

Más adelante, la Defensoría allegó nuevo documento¹¹, en el cual se consigna el análisis efectuado por la Defensora Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer. Entre otros aspectos, el escrito señala tajantemente lo siguiente: *"Vale decir que la Defensoría del Pueblo considera que la sentencia expedida por la Corte, y que en la actualidad nos ocupa, indica que desde la expedición de la Constitución (1991) y hasta la fecha (2009), es decir, 18 años, en materia de salud para los niños y las niñas los avances no han ido a la par con el compromiso adquirido a través de la ratificación de la Convención de los derechos del Niño"*.

En este orden de ideas, presenta *"concepto defensorial"* en el que precisa varios problemas específicos en la implementación de la política pública. De manera general, manifiesta que *"resulta muy poco probable que el plan se logre implementar antes de la fecha señalada por la Corte"*. Luego, respecto del primer problema, explica lo siguiente: *"la consideración de si legislativamente Colombia tiene dificultades para determinar quiénes son menores niños y niñas es perfectamente inicua e inocua, en la medida en que la propia Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la protección que se debe prodigar por parte del Estado"*

¹⁰ Oficio recibido el 30 de julio de 2009.

¹¹ Oficio recibido el 13 de agosto de 2009.

colombiano se debe extender entre los cero y los 18 años de edad en atención al compromiso internacional adquirido por Colombia cuando ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 mediante Ley 12 de 1991". Adicionalmente, concluyó lo siguiente: *"vale decir que violenta flagrantemente la Convención de los Derechos del Niño, la acción del Estado que pretende interpretar de manera restrictiva (por cualquier motivo por noble que pudiera parecer) los derechos de los menores de 18 años, en la medida que el compromiso establece que los derechos de ellos son prevalentes en el orden interno y que en todo caso primará el interés superior del niño"*.

En paralelo, se presentan otras problemáticas relativas a la sostenibilidad financiera del sistema y respecto a la actividad planteada sobre las diferencias entre los contenidos actuales de los POS. De acuerdo a la Defensoría, esta labor sólo debe tener *"efectos estrictamente informativos, pero ella no puede determinar en ningún caso ni el cumplimiento de la orden ni el contenido del cumplimiento"*. Además, considera que los consumos de servicios por parte de los menores de edad deben tener en cuenta que hay niños y niñas que no han podido acceder a él de manera efectiva y establecer variables para los menores que se encuentran en circunstancias adicionales de vulnerabilidad.

7. La Comisión de Regulación en Salud informó¹² que en cumplimiento de la orden 21 dio aprobación a los Acuerdos 004 y 005, y respecto de ellos precisó:

"Con el Acuerdo Número 004, se precisa que a partir del 1º de octubre de 2009, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado a que tiene derecho la población comprendida entre los cero (0) y los doce (12) años de edad, afiliada tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales, será el previsto por las normas vigentes para el Régimen Contributivo (...)".

Frente al Acuerdo 005, más adelante explicó lo siguiente:

"Con el Acuerdo Número 005, se fijó la Unidad de Pago por Capitación para el régimen de subsidios plenos (UPC-S) para el periodo comprendido entre el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2009 para todos los afiliados independientemente de su grupo de edad; La UPC-S diaria establecida recoge el efecto del incremento en los costos de la ampliación de los beneficios para los niños y las niñas afiliados tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales. Así, debe entenderse que los niños y las niñas afiliados al esquema de subsidios parciales quedan automáticamente afiliados a los subsidios plenos con los beneficios que se consignan para éste. A partir del 1º de enero de 2010 entrará a regir una nueva UPC-S definida por grupos de edad".

La CRES expuso nueve "recomendaciones", surgidas a partir del análisis del impacto técnico y financiero de la unificación, que buscan conseguir la racionalización, ampliación y control de los recursos que hacen parte del SGSSS, y que se encuentran incluidas, en gran parte, en los párrafos finales de las consideraciones del Acuerdo 004¹³. El contenido del Acuerdo 004 que de acuerdo a la CRES da cumplimiento a la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, es el siguiente:

"ARTÍCULO SEGUNDO. CONTENIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS PARA NIÑOS Y NIÑAS. Transitoriamente, a partir del 1º de octubre de 2009, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado a que tiene derecho la población comprendida entre los cero (0) y los doce

¹² Oficio recibido el 2 de octubre de 2009.

¹³ De hecho, en el artículo cuarto del Acuerdo 004 se lee lo siguiente: *"ARTÍCULO CUARTO. RECOMENDACIÓN. Recomendar estudiar e implementar todas aquellas medidas que permitan optimizar los recursos del sistema, encontrando así una fuente, así sea parcial, de financiación frente a la orden de unificación del POS en los niños y niñas."*

(12) años de edad, afiliada tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales, será el previsto por las normas vigentes para el Régimen Contributivo.

“ARTÍCULO TERCERO. COBERTURA DEL PLAN DE BENEFICIOS PARA NIÑOS Y NIÑAS. A partir del 1° de enero de 2010, la cobertura para la población comprendida entre los cero (0) y los doce (12) años de edad, afiliada tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales, *será la prevista por las normas vigentes para el Régimen Contributivo.*”

Por su parte, mediante el Acuerdo 005 se incrementa el valor de la UPC-S como consecuencia de la unificación de los planes de beneficios de los niños y las niñas. En la parte resolutive de éste se consigna la medida de la siguiente manera:

“ARTÍCULO PRIMERO. Fijar, de manera transitoria hasta el 31 de diciembre de 2009 el valor único por afiliado de la UPC-S plena, en un valor diario de \$763,78, con independencia del grupo etéreo del afiliado.

“ARTICULO SEGUNDO. A partir del 1° de enero 2010 y con el objeto de responder a la cobertura nacional para niños y niñas que deben ofrecer las EPS, la CRES definirá la UPC-S y esta se reconocerá por grupo etéreo.

“ARTICULO TERCERO. Reconocer a partir del 1° de octubre de 2009, una prima adicional del 11.47% a la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado de los Departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y de la región de Urabá. Se exceptúan de este valor de UPC anual las ciudades de Arauca, Florencia, Riohacha, Sincelejo, Villavicencio, Yopal y sus respectivas áreas de influencia, en las cuales se aplicará la UPC del régimen subsidiado plena fijada en el artículo primero del presente acuerdo.

“ARTICULO CUARTO. Reconocer a partir del 1° de octubre de 2009, una prima diferencial del 7.5% del valor de la UPC-S de los subsidios plenos definida en el artículo primero del presente acuerdo, para las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla y sus municipios conurbados.”

8. **Gestarsalud** allegó¹⁴ copia de una solicitud elevada ante los comisionados de la CRES, en la cual plantea varias dudas sobre la financiación de la UPC que sustenta la unificación de los planes. De acuerdo a esta entidad el Acuerdo 005 es lesivo para sus intereses, pues genera *“un déficit para el trimestre restante del año 2009 de \$11.812’431.394”*.

Esta solicitud fue respondida por la CRES mediante escrito allegado a esta Corporación el 16 de octubre de 2009, en el que rechaza los argumentos presentados por Gestarsalud. De la respuesta es importante destacar los siguientes planteamientos: *“me permito dar respuesta a cada uno de sus interrogantes, no sin antes precisar que la cifra de \$11.812,4 millones que Usted cita como “déficit” no puede técnicamente ser aceptada por esta Comisión. Lo que seguramente se configura en sus cálculos se deriva de enfrentar un menor ingreso respecto de una expectativa que tenía su gremio al interpretar el ajuste de la UPC-S de los afiliados entre cero y doce años de edad como su igualamiento a la UPC del Régimen Contributivo, cálculos que además no incluían al resto de afiliados entre los cuales distribuyó la CRES los costos de la unificación del POS para niños y niñas, en atención a la necesidad de ajustes operativos informados por el Ministerio de la Protección Social para todos los actores // Un déficit se presenta por la diferencia entre ingresos y gastos, y no por la diferencia entre distintos niveles de ingreso”*.

¹⁴ Oficio recibido el 2 de octubre de 2009.

Con base en el recuento anterior, la Sala Especial de Seguimiento procede a realizar las siguientes

II. CONSIDERACIONES:

La Sala precisa que en esta oportunidad su análisis se limitará a verificar el estricto cumplimiento a los mandatos consignados en el numeral 21 de la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008, sólo en lo concerniente a la edad límite que fue establecida para la niñez (o a 12 años) sobre la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado, según puede extraerse de los actos administrativos expedidos (Acuerdos 004 y 005 de 2009).

1. Los fundamentos de la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, muestran claramente que el concepto de “niñez” al que se refiere dicha decisión, comprende a todo aquel que no ha cumplido los 18 años, de conformidad con la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

1.1. En la sentencia T-760 de 2008, punto 4.5., se señaló que la Constitución Política reconoce a “los niños y las niñas” la calidad de sujetos de especial protección constitucional, cuyo derecho a la salud es reconocido expresamente como fundamental¹⁵. Además, de recordar que la Carta les reconoce categoría y valor especiales al contemplarse que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, precisa que “las medidas de protección especial que se debe a los menores deben tener por finalidad garantizar (i) su *desarrollo armónico e integral* y (ii) *el ejercicio pleno de sus derechos*.”

El desarrollo de un menor es *integral* cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es *armónico* cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos¹⁶.

¹⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Artículo 45 de la Constitución. “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

¹⁶ Sobre los derechos de protección ha dicho la Corte: “Los *derechos de protección*, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubija a todas las personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis)

En virtud de la protección constitucional reforzada a que tiene derecho la niñez, la sentencia T-760, sin distinguir la edad de protección que comprende a los menores, hace un recuento (punto 4.5.2.2.) de algunas decisiones de la Corte sobre el derecho de acceso a los servicios de salud, *verbi gratia* la sentencia T-1019 de 2006 que protegió a una niña con discapacidad mental de 16 años¹⁷. De igual modo, respecto a los casos acumulados que abordó la sentencia T-760 de 2008, se examinó el expediente T-1320406, que resolvió la situación de una menor de 15 años de edad¹⁸. Y al referirse a la Unificación del Plan de Beneficios (punto 6.1.2.) trajo a colación la sentencia T-134 de 2002, que estudio el caso de un menor de 17 años¹⁹. Por último, al referir a la Unificación del Plan de Beneficios diferenció expresamente entre el caso de los “niños” y el programa y cronograma para el caso de los “adultos”.

Además, la jurisprudencia constitucional en tutela, que en definitiva motivó la expedición de la sentencia T-760 de 2008, ha amparado el derecho a la salud de la niñez, entendiendo por ésta la edad comprendida entre los cero (0) y previo a cumplir los dieciocho (18) años. Ejemplos: T-137 de 2003 (16 años)²⁰, T-818 de 2008 (15 años)²¹ y T-1147 de 2008 (14 años)²², entre otras.

1.2. Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que de la lectura conjunta de los artículos 44 y 45 de la Constitución, el empleo de los vocablos “*niños*” y “*adolescentes*”, respectivamente, no tiene por objeto excluir a estos últimos de la protección especial otorgada a la niñez, sino ofrecerles mayores espacios de participación en los organismos públicos y privados dado su nivel de desarrollo²³. Entonces “*en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)*”²⁴. Así este Tribunal Constitucional ha considerado que la protección constitucional conferida por el artículo 44 a favor de los niños y niñas, incluye a todo menor de dieciocho (18) años²⁵.

1.3. La anterior conclusión también encuentra respaldo en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad *estricto sensu* -arts. 93 y 44 de la Constitución-, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en el artículo 1º, establece:

“Para los efectos de la presente Convención, **se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

¹⁷ Derecho a acceder a una cirugía de ligadura de trompas autorizada por sus padres, siempre y cuando la decisión sea producto de un debido proceso orientado a respetar, en la mayor medida posible, la voluntad autónoma de la menor.

¹⁸ Acceso de niña vinculada al sistema a un servicio de salud –mamoplastia.

¹⁹ Padecía de “trastorno depresivo mayor”, quien tras un intento de suicidio fue internado en el Hospital en donde le prestaron servicios de urgencia. Sin embargo, no fue remitido a tratamiento psiquiátrico, tal como lo requería el menor, por encontrarse fuera del POS subsidiado.

²⁰ Derecho al diagnóstico.

²¹ No atención médica domiciliaria para la practica de terapia física permanente para el tratamiento de la enfermedad denominada paraplegia por tumor maligno de columna vertebral.

²² Actualización del servicio de salud como lo fue el reemplazo de la parte externa del implante coclear y demás accesorios para tratar una afección que padece hipoacusia bilateral neurosensorial.

²³ Sentencias C-092 de 2002.

²⁴ Sentencia C-019 de 1993.

²⁵ Sentencia C-092 de 2002. Recuérdese que el artículo 98 de la Constitución dispone: “*Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años*”.

1.4. Por último, la jurisprudencia constitucional ha denotado de manera uniforme que cuando las normas legales relativizan el marco de protección constitucional de la niñez a los doce (12) años, dichas medidas legislativas presentan un déficit de protección por excluir a la población adolescente²⁶.

2. Análisis del cumplimiento a la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008. A partir del 01 de octubre de 2009 se entiende que el POS contributivo cubre a todo menor de 18 años afiliado en el régimen subsidiado.

2.1. A partir de los diferentes propósitos consignados en la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, la Sala Especial de Seguimiento procederá a examinar si se le ha dado estricto cumplimiento a dicha orden²⁷, teniendo en cuenta, especialmente, que el término contenido en la misma ya expiró y que frente a su mandato se expedieron los Acuerdos 004 y 005 de 2009, por parte de la CRES.

Por supuesto, dado lo reciente de su implementación y lo insuficiente de los recursos analíticos con que cuenta hasta el momento la Sala Especial, esta evaluación se limitará, por ahora, a verificar el límite de edad establecido en doce (12) años para la niñez (Acuerdo 004 de 2009) y, consecuentemente, el aumento de la UPC del régimen subsidiado (Acuerdo 005 de 2009).

2.2. El primero de los problemas abordados por el Ministerio de la Protección Social y tal vez el más importante dentro de la ejecución de la orden 21, consiste en definir el grupo de población que sería beneficiado con la implementación de la política pública en salud. El Ministerio denominó a este ítem en su plan de actividades como la “*Determinación de la edad límite de los niños y las niñas*”, planeando darle respuesta a partir de la consulta de la normatividad vigente, como lo fue finalmente el artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia, delimitando que los sujetos beneficiados con la medida de unificación sólo serían “*las personas entre los 0 y 12 años*”. Tal planteamiento llevó a que en el Acuerdo 004 de 2009, con el que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- entiende que ha dado cumplimiento de la orden 21, se ordene la unificación de los planes para los sujetos que oscilan entre dichas edades. Esto sumado a las modificaciones que se hicieron a la UPC-S mediante el Acuerdo 005 de 2009.

2.3. Lo anterior, permite a la Sala evidenciar un déficit de protección del derecho a la salud para la niñez en Colombia, al excluir del ámbito de protección a los niños y las niñas mayores de 12 y menores de 18 años. Ninguna razón se presentó para justificar tal discriminación y ausencia de protección a la que se ve sometido este grupo de población vulnerable, diferente a la que se encuentra prevista en la simple referencia de la norma citada (art. 3° del Código de la Infancia).

Este argumento no sólo resulta insuficiente sino que desconoce flagrantemente las pautas establecidas en la sentencia T-760 de 2008 en cuanto a los niños y los adolescentes, de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸. De manera particular, llama la atención de

²⁶ Sentencias C-1068 de 2002, C-247 de 2004, C-468 de 2008 y C-853 de 2009.

²⁷ Los diferentes grados de cumplimiento de las órdenes de carácter general pueden ser consultados en el Auto 185 de 2004, proferido en relación con la sentencia de T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado. Los grados a los que se refiere esta providencia son: (i) cumplimiento alto; (ii) cumplimiento medio; (iii) cumplimiento bajo; y, finalmente, (iv) incumplimiento.

²⁸ La protección constitucional especial y prevalente de los derechos del menor también encuentra reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos a través del principio del ‘interés

la Sala que el Ministerio de Protección Social y la CRES, observaran el contenido del artículo 3° de la Ley 1098 de 2006 y no se percataran de la *ratio* que motivó a la sentencia T-760 de 2008, por cuanto no se refirió solamente al concepto de niño o niña, sino que aclaró que la ausencia de unificación resultaba gravosa para todos los “menores de edad”. La Corte dijo: “2.2.3. (...) *La Corte estima que después de 15 años de haber sido expedida la Ley 100 de 1993, es constitucionalmente inadmisibles que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo y que esta diferencia es más gravosa para los menores de edad*”.

Recuérdese, además, que la misma sentencia T-760 de 2008, en relación con los casos acumulados, protegió el derecho a la salud de un menor mayor de 12 años, por lo que no era permisible sostener una posición contraria a la indicada por la propia orden 21, como se realizó con los artículos 2° y 3° del Acuerdo 004 de 2009. Además, la misma sentencia cita otras decisiones de amparo a la salud de los niños y niñas mayores de 12 y menores de 18 años, tal como ha sido siempre la posición de la Corte en esta materia.

De esta forma, la Comisión de Regulación en Salud –CRES- y el Ministerio de la Protección Social, se han apartado de los lineamientos de la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008 y, consecuencialmente, de los imperativos constitucionales y consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño, que son claros en establecer que es menor de edad todo aquel que no ha cumplido los dieciochos (18) años.

Ahora bien, la Sala no puede pasar por alto el esfuerzo que el Ministerio de la Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud –CRES-²⁹, han efectuado con la finalidad de cumplir la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008. No obstante, reconociendo que la implementación de políticas públicas en salud a favor de la niñez, implica sortear una serie de obstáculos de orden regulatorio y presupuestal, lo cierto es que no se ha dado estricta ejecución a lo dispuesto en la orden 21 de su decisión.

Bajo estas consideraciones la Sala considera que si bien frente a los niños y niñas de 0 a 12 años, se presenta un grado de cumplimiento alto, no sucede lo mismo frente a la población adolescente (mayores de 12 y menores de 18 años), sobre la cual se presenta un *incumplimiento* del mandato consignado en la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, por lo que se hace necesario que la Sala imparta las medidas necesarias para superar el déficit de protección y garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población menor de edad.

Como consecuencia de lo anterior, observada integralmente la orden 21 de la sentencia, se declarará su incumplimiento parcial al no cobijar a los niños y niñas mayores de 12 y menores de 18 años. Igualmente, se ordenará proceder de inmediato a dar estricto cumplimiento a la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008; se señalará que a partir del 1° de octubre de 2009 se entiende que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo de los niños y las niñas también cubre a los del régimen subsidiado, desde los cero (0) hasta los menores de dieciocho (18) años; y se adoptarán algunas medidas provisionales de información y divulgación sobre lo aquí dispuesto.

superior del menor’, contemplado en: (i) la Declaración de Ginebra de 1924; (ii) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; (iii) La Declaración de los Derechos del niño de 1959 (principio 2); (iv) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 24); y (v) la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (art. 19).

²⁹ A pesar de su reciente creación y las dificultades propias de su precaria infraestructura.

2.4. Como la Unificación de los Planes de Beneficios para los niños y las niñas de los regímenes contributivo y subsidiado debe tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada para garantizar la financiación de la ampliación de la cobertura; la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y el Ministerio de la Protección Social, deben adoptar las medidas necesarias en orden a hacer sostenible financieramente dicha unificación de los planes de beneficios (orden 21)³⁰. También encuentra la Sala que debe impedirse cualquier impacto negativo sobre las entidades territoriales y las EPS del régimen subsidiado, de manera que no se les obligue a asumir costos no financiados.

2.5. Adicionalmente, la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008 involucró dos entidades más al “proceso de cumplimiento de la orden”. Se estableció que ellas fueran destinatarias del primero de los informes y, como consecuencia, en el Auto del 13 de julio de 2009 se requirió a las mismas para que informaran las gestiones y evaluaciones que hubieren efectuado sobre el particular. Como se advirtió, la Defensoría del Pueblo allegó, en primer lugar, un informe en el que de manera general comenta el documento allegado por el Ministerio de la Protección Social. Posteriormente, dicho estudio fue complementado y ahora sí de manera más acuciosa, se analizan las diferentes actividades planteadas para conseguir la unificación de los planes de beneficios para los niños y las niñas.

No ocurre lo mismo con las actuaciones adelantadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. Esta autoridad encargada de velar por los derechos del menor de edad, se limitó a informar algunas gestiones que adelantó a partir del día en que se profirió la sentencia T-760 de 2008, sin que planteara ningún reparo, apoyo o aporte sustancial a las actuaciones adelantadas para conseguir la unificación de los planes. Lamentablemente a la fecha de hoy no existe ningún análisis serio y menos completo acerca de los procedimientos y actividades para conseguir la meta consignada en la orden 21, a pesar de que se informó que se había integrado “*un grupo multidisciplinario para el seguimiento a la implementación de la sentencia*”.

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta la importancia de la labor que cumple el ICBF para la protección de los derechos del menor de edad, rechaza tajantemente la pasividad adoptada y la instará para que, en adelante, adopte las medidas indispensables en orden a participar de manera activa como soporte de la vigilancia al estricto cumplimiento de la orden 21, para beneficio de los derechos de los niños y las niñas, tal cual lo manda el artículo 44 de la Carta.

En mérito a lo expuesto, la Sala Especial de Seguimiento

III. RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que observada integralmente la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, se presenta un **incumplimiento parcial** en lo que tiene que ver con la unificación de los planes de beneficios para todos los menores de edad de los regímenes contributivo y subsidiado, en tanto tal unificación no cobijó a los niños y niñas mayores de 12 años y menores de 18. Proceda la Secretaría General de esta

³⁰ A este punto en abstracto se limita el análisis por ahora de la Sala Especial.

Corporación a notificar esta determinación a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de la Protección Social.

SEGUNDO. Como consecuencia, ordenar a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de la Protección Social, que **deben proceder inmediatamente a dar estricto cumplimiento** a la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, en el sentido de Unificar los Planes de Beneficios para los niños y las niñas de los regímenes contributivo y subsidiado, en cuanto también comprenda a los mayores de 12 y menores de 18 años, que debe tener en cuenta *los ajustes necesarios a la UPC subsidiada para garantizar la financiación de la ampliación de la cobertura*. Se precisa que debe impedirse el impacto negativo sobre las entidades territoriales y las EPS del régimen subsidiado, de manera que no se les obligue a asumir costos no financiados. Proceda la Secretaría General de esta Corporación a notificar esta determinación a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de la Protección Social.

TERCERO. Hasta tanto la Comisión de Regulación en Salud –CRES- y el Ministerio de la Protección Social adopten las medidas necesarias para cumplir cabalmente con el numeral anterior, **debe entenderse que a partir del 1º de octubre de 2009**, el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas de los regímenes contributivo y subsidiado, desde los cero (0) hasta los menores de 18 años. Proceda la Secretaría General de esta Corporación a notificar esta determinación a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de la Protección Social.

CUARTO. Como **medida provisional** para garantizar el estricto cumplimiento de la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008, se ordena a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y al Ministerio de la Protección Social, que adopten las medidas necesarias para garantizar que los niños y las niñas accedan efectivamente a los mismos servicios de salud, independientemente del régimen al cual se encuentren afiliados. Para este efecto, **por lo menos** deben informar inmediatamente por comunicación escrita a todas las EPS del régimen subsidiado del país, lo señalado en los puntos anteriores. Proceda la Secretaría General de esta Corporación a notificar esta determinación a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de la Protección Social.

QUINTO. Requerir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- para que en adelante adopte las medidas necesarias para garantizar su participación activa en el proceso de cumplimiento de la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008. Mientras se cumplen las determinaciones anteriores, dicha autoridad remitirá, en el término de diez (10) días, i) una relación acerca de las medidas adoptadas para asegurar un eficaz seguimiento al cumplimiento de la orden; y ii) un estudio pormenorizado acerca de las actuaciones desarrolladas a partir de agosto de este año, y más concretamente acerca de los alcances de los acuerdos 004 y 005 de 2009. El Instituto deberá tener en cuenta que sus informes deben orientarse, como mínimo, a mostrar de manera precisa e individual cómo se ha avanzado en la ejecución de la orden correctiva, relacionando: la identificación del problema, la valoración de las gestiones y los resultados de la ejecución de la orden, así como los avances y dificultades que se observan, y sus posibles soluciones. Proceda Secretaría General de esta Corporación a librar los oficios correspondientes.

Notifíquese, Publíquese, Insértese, Comuníquese y Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General