

Al responder cite este número

DEF16-0000101-DOJ-2300

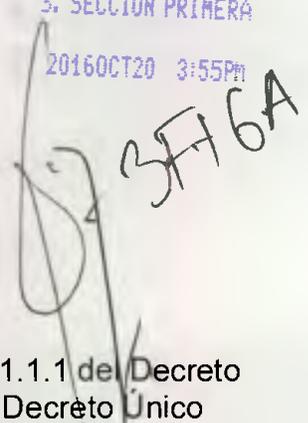
Bogotá D.C., 19 de octubre de 2016

Doctor  
**GUILLERMO VARGAS AYALA**  
 Consejero Ponente  
 Sección Primera  
**CONSEJO DE ESTADO**  
 E.S.D.

CONSEJO DE ESTADO

5. SECCION PRIMERA

2016OCT20 3:55PM


 3576A

**Asunto:** Expediente No. 11001032400020160032400  
**Nulidad** del inciso final del párrafo del artículo 2.2.1.11.1.1 del Decreto 1069 de 2015, adicionado por el Decreto 2245 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho en lo relacionado con la prestación de servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo custodia del INPEC  
**Actor:** Defensor del Pueblo José Manuel Díaz Soto  
**Contestación de demanda**

**DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA**, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 6, del Decreto-Ley 2897 de 2011, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 0641 de 2012, procedo dentro del término legal y previo reconocimiento de personería, a **contestar la demanda** dentro del proceso de la referencia, así:

## 1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El Defensor del Pueblo presenta demanda de nulidad contra el inciso final del párrafo del artículo 2.2.1.11.1.1 del Decreto 1069 de 2015, adicionado por el Decreto 2245 de 2015, en cuanto establece que el esquema sobre prestación de servicios de salud a la población privada de la libertad prevalecerá sobre la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a los regímenes exceptuados o especiales y que las cotizaciones al mismo servirán para garantizar la cobertura a su grupo familiar, previsión que según el actor resulta contraria al Preámbulo y a los artículos 1, 2, 11, 13, 48, 49 y 209 de la Constitución Política que consagran los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Como concepto de la violación afirma que la prevalencia del nuevo modelo de atención en salud sobre la afiliación al régimen general o a los regímenes exceptuados o especiales atenta contra los derechos de la población carcelaria que, o bien, sigue cotizando a regímenes especiales sin recibir beneficio alguno por pertenecer al nuevo modelo de atención en salud, o bien, continúa cotizando bajo el régimen contributivo sin poder recibir la atención de las EPS que brindan atención integral en salud, o cuando

Bogotá D.C., Colombia



menos mejor a la prestada por el Fondo Nacional de Atención en Salud para la población privada de la libertad.

Lo anterior, a juicio del actor, desconoce la intención del constituyente de asegurar la garantía de los derechos fundamentales y expone a alto riesgo la salud, la vida y la integridad de la población privada de la libertad, puesto que el nuevo modelo de atención no ha entrado plenamente en operación y ni siquiera puede garantizar la atención básica de los servicios de salud.

## 2. PROBLEMA JURÍDICO CONCRETO

El problema jurídico a debatir en este proceso consiste en establecer si la prevalencia del nuevo modelo de atención en salud para las personas privadas de la libertad, sobre la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a los regímenes exceptuados o especiales, que se afirma, vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, contemplados en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 11, 13, 48, 49 y 209 de la Constitución Política.

## 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA NORMA IMPUGNADA

**3.1** Previamente a cualquier consideración sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto 2245 de 2015, por el cual se adicionó un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, es necesario precisar que el párrafo demandado del artículo 2.2.1.11.1.1 según el cual el nuevo esquema de salud prevalecía sobre la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y los regímenes exceptuados y especiales, **fue modificado en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1142 de 2016**, por el cual se modifican algunas disposiciones contenidas en el Capítulo 11 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015 sobre dicha materia.

Al respecto se debe señalar que el Decreto 1142 de 2016, que modificó la norma acusada, establece a diferencia de la previsión reglamentaria anterior, que la población privada de la libertad perteneciente al régimen contributivo o a regímenes exceptuados o especiales, conservará su afiliación y la de su grupo familiar mientras continúe cumpliendo con las condiciones establecidas para pertenecer a dichos regímenes en los términos definidos por la ley y sus reglamentos, conservando su vinculación al Plan Voluntario de Salud.

Para tales efectos, el mismo Decreto 1142 de 2016 previó que las entidades promotoras de salud, las entidades que administran los regímenes excepcionales y especiales, y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC deben adoptar los mecanismos financieros y operativos requeridos para viabilizar lo establecido en la norma respecto de la atención intramural de los servicios de salud de la población privada de la libertad a cargo del INPEC.

La disposición que modificó la previsión normativa demandada fue expedida por el Presidente de la República a escasos ocho meses de haberse promulgado la anterior y, en todo caso, antes de la implementación del nuevo modelo de prestación del servicio

Bogotá D.C., Colombia

de salud para la población privada de la libertad. Lo anterior, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales de que dispone el ejecutivo, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, y en desarrollo de la Ley 1709 de 2014.

Dentro de los considerandos del acto modificatorio ahora vigente, se adujo el mandato constitucional contenido en el artículo 49 de la Carta Política, en virtud del cual la Ley 1709 de 2014 introdujo reformas al Código Penitenciario y Carcelario contenido en la Ley 65 de 1993, en especial aquellas relativas a la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad, para lo cual se creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, constituida por recursos del Presupuesto General de la Nación y cuya finalidad es garantizar el acceso a la salud de esta población.

Adicionalmente, se afirmó como fundamento de la expedición del acto modificatorio de la norma impugnada, la necesidad de adecuar algunas disposiciones contempladas en el Decreto 1069 de 2015, consultando la realidad administrativa de las entidades responsables, sus competencias específicas, la dinámica y exigencias especiales que demanda la ejecución de los recursos que constituyen el mencionado Fondo Nacional de Salud, para garantizar en debida forma la prestación de los servicios de salud a esta población.

Con fundamento en lo anterior, la norma demandada modificada en el aparte respectivo por el Decreto 1142 de 2016, tiene como finalidad garantizar plenamente la prestación del servicio de salud a las personas privadas de la libertad, en cuanto posibilita que quienes se encuentran afiliados al régimen contributivo o a los regímenes exceptuados o especiales, conserven su afiliación y la de su grupo familiar mientras continúen cumpliendo con las condiciones establecidas para pertenecer a dichos regímenes, pudiendo aún conservar su vinculación a un Plan Voluntario de Salud.

Por lo anterior y sin que ello sea óbice para que la Corporación se pronuncie de fondo, pues conforme a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo<sup>1</sup> la modificación o derogación de un acto administrativo no es obstáculo para decidir respecto de los efectos que el mismo produjo durante su vigencia, este Ministerio considera que los ajustes realizados a la norma acusada durante el término de vigencia de la misma, que coincide con el término establecido para la implementación del nuevo modelo de atención en salud, son producto de los requerimientos para la consolidación del nuevo esquema de salud bajo la garantía de protección y efectividad del derecho a la vida, la salud y a la integridad de la población privada de la libertad, lo cual encuentra pleno respaldo y legitimidad en el principio de respeto a la dignidad humana y garantía de efectividad de los derechos, sobre los cuales se edifica nuestra Carta Política.

---

<sup>1</sup> Entre otras, sentencia del 23 de agosto de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado 2004-00034, Consejero Ponente (e) Marco Antonio Velilla Moreno: "Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, a partir del pronunciamiento de la Sala Plena en sentencia del 14 de enero de 1991, dentro del expediente número S-157, con ponencia del Consejero de Estado doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla: "... aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento nos produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia".

**3.2** Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los supuestos fácticos que motivaron en su momento la expedición de la norma acusada contenida en el Decreto 2245 de 2015, son diferentes de los supuestos de hecho aducidos para la expedición del Decreto 1142 de 2016 que modificó el aparte demandado.

En efecto, para la expedición del Decreto 2245 de 2015, se adujeron dentro de la memoria justificativa como razones de oportunidad y conveniencia de su expedición, que se contaba con dos posibles fiduciarias (Fiduagraria y Fiduprevisora) que podrían cumplir con el manejo de los recursos del Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad, y resultaba procedente disponer que la contratación de la fiducia se realizara a través de la modalidad de selección abreviada, por considerar que a través de esta modalidad se cumple con el objetivo de satisfacción del interés general desplazando el modelo de salud prestado por Caprecom que no ha tenido una organización de los establecimientos y recursos para la atención en salud dirigida a la integralidad de las acciones, como si lo tiene el nuevo modelo que se propone que busca mejorar en forma prioritaria el servicio de salud que se viene prestando en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC.

Con base en lo anterior, se señaló en la referida memoria justificativa, la necesidad de reglamentar el esquema para la prestación de servicios de salud en los términos de la Ley 1709 de 2014, en el marco de las competencias del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad y las demás entidades involucradas.

Por su parte, para la expedición del Decreto 1142 de 2016, en la memoria justificativa correspondiente, se expuso la necesidad de “adecuar algunas disposiciones contempladas en el Decreto 1069 de 2015, consultando la realidad administrativa de las entidades responsables, sus competencias específicas y la dinámica y exigencias especiales que demanda la ejecución de los recursos que constituyen el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad, para garantizar en debida forma la prestación de los servicios de salud a esta población”.

Sobre la base de lo expuesto, en virtud de la modificación del párrafo del artículo 2.2.1.11.1.1 del Decreto 2245 de 2015 efectuada por el Decreto 1142 de 2016, se configuraría una pérdida de fuerza ejecutoria del acto correspondiente por haber desaparecido los fundamentos de hecho sobre los cuales se expidió.

A ese respecto, atendiendo la jurisprudencia de la Corporación<sup>2</sup>, en el sentido de considerar que la pérdida de fuerza ejecutoria no produce efectos sobre la validez del acto y alegarla resulta improcedente dentro del proceso de nulidad, se solicitará al Consejo de Estado se pronuncie sobre la validez de la misma en el momento y bajo las circunstancias fácticas de su expedición.

### **3. PETICIÓN**

Por lo anterior, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado, declarar la validez de la norma acusada, por los motivos y circunstancias fácticas al momento de su expedición y durante su vigencia.

---

<sup>2</sup> Entre otras, sentencias del 8 de julio de 2010 proceso 2002-00956 y del 16 de marzo de 2012 proceso 2003-00379.  
Bogotá D.C., Colombia

#### 4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- 4.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 2897 de 2011, en cuyo artículo 15, numeral, 6 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.
- 4.2 Copia de la Resolución 0641 de 2012, por la cual se delega la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, para intervenir en los procesos ante el Consejo de Estado.
- 4.3. Copia de la Resolución 0647 del 29 de agosto de 2016, por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Directora Técnica en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- 4.4. Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- 4.5. Copia del Oficio en el cual se exponen las razones por las cuales no se requiere presentación personal de este memorial por parte de la suscrita.

#### 5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones: [notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co).

Del Honorable Consejero,



**DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA**  
C.C. 52.055.352 de Bogotá  
T.P. No. 77.589 del C. S. de J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez  
Revisó y aprobó: Diana Alexandra Remolina Botía  
EXT16-0029338, EXT16-0031199, MEM16-0007335, MEM16-0007511  
T.R.D. 2300-540-10