

11

**LA SENTENCIA T-760:
alcances y limitaciones**

**CUADERNOS
DEL DOCTORADO**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

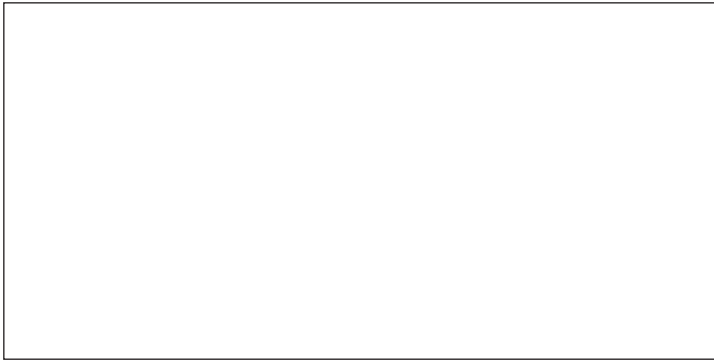
**SEDE BOGOTÁ
INTERFACULTADES**

**FACULTAD DE CIENCIAS, FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS,
FACULTAD DE ENFERMERÍA, FACULTAD DE MEDICINA
Y FACULTAD DE ODONTOLOGÍA**

LA SENTENCIA T-760: alcances y limitaciones

- RAFAEL MALAGÓN OVIEDO
- MARIO HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
- JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
NELCY PAREDES CUBILLOS
- NELSON ALVIS GUZMÁN
JULIO OROZCO AFRICANO
- CAMILA GIANELLA MALCA
ÓSCAR PARRA VERA
ALICIA ELY YAMIN
MAURICIO TORRES TOVAR
- FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Bogotá, febrero de 2010



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

SEDE BOGOTÁ

Cuadernos del Doctorado No. 11

Debates en Salud Pública - Programa Interfacultades Doctorado en Salud Pública

Rector

Moisés Wasserman Lerner

Vicerrector Sede Bogotá

Julio Esteban Colmenares

Decano de la Facultad de Medicina

Carlos Julio Pacheco Consuegra

Decana Facultad de Odontología

Clemencia Rodríguez Gacharná

Decana Facultad de Enfermería

Evelyn María Vásquez Mendoza

Decano Facultad de Ciencias

Ignacio Mantilla Prada

Decana Facultad de Ciencias Humanas

Luz Teresa Gómez de Mantilla

Coordinador del Doctorado Interfacultades en Salud Pública

Fernando De la Hoz

Comité Editorial

Ana Helena Puerto

Jorge Oswaldo González Ortiz

Fernando De la Hoz

Rafael Antonio Malagón Oviedo

Marcela Arrivillaga Quintero

Pablo Andrés Martínez Silva

Saúl Franco Agudelo

Primera Edición, febrero 2010

ISBN: 978-958-719-271-1

Ciudad Universitaria Unidad Camilo Torres

Cra 50 No. 27- 70, módulo 2, oficina 501 PBX: 316 5000 extensiones 10908 - 10918. Fax 316 5683

Programa Interfacultades en Salud Pública

www.doctoradosaludp.unal.edu.co

E-mail : dosisp_bog@unal.edu.co

Impresión y encuadernación

National Graphics Ltda., febrero 2010

Impreso en Colombia- Printed in Colombia

PRESENTACIÓN

Vista en el tiempo, la Sentencia T-760 de 2008, expedida por la Corte Constitucional, adquiere una perenne actualidad, pues ella, como pieza jurídica, sintetiza y condensa una larga y rica jurisprudencia desarrollada en el país en torno al derecho a la salud. Esta jurisprudencia, en general, se inscribe en el marco de una doctrina filosófica y moral que sostiene la necesidad de generar una fuerte inclusión social por medio de la defensa efectiva de los derechos y la participación social, ante lo limitado de la acción del mercado en este campo. En su pretensión la Sentencia propone superar ambigüedades, definir con claridad procesos y procedimientos, determinar en el tiempo los compromisos del Estado y redistribuir y afirmar competencias entre unos y otros agentes del sector y en definitiva estimular, en el marco de lo que la Ley permite, un rediseño institucional coherente con la defensa del ejercicio efectivo del derecho a la salud. La vigencia de la Sentencia radica en que tanto doctrinariamente como frente a la evidencia empírica, reconoce los límites del mercado para hacer efectivos y no nominales los derechos y en ese sentido, se pronuncia por la necesidad de que frente al “estado de cosas” en salud, prevalezca la vigencia de los derechos sobre cualquier otra expectativa social. O en otras palabras, que la mayor eficiencia financiera en el sistema de salud, no puede constituirse en un fin aislado e

independiente de los propósitos constitucionales de garantía efectiva de los derechos fundamentales; esta es, en resumen, la tesis que sirve de estructura a la Sentencia.

Esta tesis, defendida por la Corte, se encuentra en contradicción con las corrientes que sustentan que el mercado es el mejor agente de coordinación social y que la realización de los derechos es perfectamente viable por este mecanismo. El Estado sólo interviene de manera circunstancial para corregir las fallas del mercado, una intervención más allá de este ámbito se considerará inapropiada e ineficiente. La postura de la Corte no es la de mantener el “estado de cosas” en salud, la jurisprudencia en ella contenida está en la vía de pretender que mediante la implementación de ciertos diseños institucionales es posible hacer prevalecer el derecho a la salud ligado a la condición humana, por encima de cualquier criterio de eficiencia, sin entrar a desconocer la necesidad de preservar la eficiencia financiera en el Sistema, en algún nivel que no atente contra la realización efectiva del derecho a la salud. Sin embargo, esta postura no se halla exenta de tensiones que se expresan tanto en el terreno conceptual y doctrinario como en el práctico: ¿Es posible hacer compatible la protección de los derechos con la maximización de la eficiencia financiera y por tanto de la utilidad? Hay aquí un punto crucial para la discusión.

Como lo demuestran los hechos que rodearon la expedición de los Decretos emanados por el gobierno nacional a la luz de la emergencia social en diciembre de 2009, las doctrinas jurídicas, que tienen un nivel de eficacia en el ámbito de lo legal y del ordenamiento institucional, encuentran dificultades cuando ellas no están debidamente correspondidas por la acción colectiva en el plano político. Con el ánimo de garantizar e intensificar la eficiencia financiera y maximizar la racionalización en la prestación de los servicios, muchas de las disposiciones nodales de la Sentencia son contestadas

por el Gobierno Nacional en los mencionados Decretos, acudiendo a “artificios” institucionales como los referidos al manejo de las ahora llamadas “prestaciones excepcionales” en salud, que en la práctica bloquea las tutelas relacionadas con los eventos no POS, o la redefinición que se hace en estos mismos sobre el núcleo central del derecho, cuidando de limitarlo a las actividades de baja complejidad, como condición para equiparar los planes.

El presente número de *Cuadernos del Doctorado* es representativo del debate que esta Sentencia ha generado en el país. El conjunto de textos que componen el presente volumen representan una síntesis de la discusión sobre la forma como los diferentes agentes, ubicados en estatutos morales y filosóficos distintos, interpretan y comprenden los problemas del actual SGSSS. En ese orden de ideas, la posición de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), uno de los principales gremios de las EPS, está recogida en el artículo: “Sistemas de salud en Colombia cobertura, acceso y esquemas de financiación: Visión de futuro desde el aseguramiento”. Este documento materializa el corpus conceptual y valorativo de los agentes del mercado vinculados al sector y fue presentado en el Debate en Salud Pública, que organizó sobre esta temática el Doctorado a finales de 2008, en su contenido, lo podrán constatar los lectores, tiene una llamativa coincidencia con los Decretos de la Emergencia Social de diciembre de 2009.

Los otros textos se acercan a la discusión desde una postura crítica respecto al modelo de aseguramiento imperante en el país y abordan la Sentencia bajo distintos tópicos, valorando los alcances y efectos de la misma. El problema de la gestión social para el seguimiento de las prescripciones que emanan de la Sentencia es ampliamente discutido en el artículo: “¿Deliberación democrática o mercadeo social?: Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del

seguimiento de la sentencia T-760 de 2008". En él se constata la necesidad de fortalecer el control judicial y social sobre los desarrollos de la Sentencia, pues al decir de los autores, los mecanismos de participación social para la discusión del POS, dispuestos por la Corte pero implementados por el propio gobierno, restringen la capacidad de incidencia de los ciudadanos y ciudadanas en estas decisiones cruciales, en las que se entrecruzan legitimidades técnicas como políticas. En el artículo: "¿Derecho a qué?: el debate sobre la Sentencia T-760", se aborda el problema reconociendo en todo caso los avances que significa la Sentencia, pero también señalando los límites, para este asunto, impuestos por el marco de Ley existente. Se plantea la necesidad de establecer un diseño institucional diametralmente opuesto al existente, de orientación pública, y centrado en el reconocimiento de una ciudadanía social que garantice el ejercicio efectivo del derecho a la salud, superando la relación estructural existente entre la prestación de los servicios y la capacidad de pago de las personas. El *Documento – Carta que dirige la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia a la Corte Constitucional*, que por su relevancia e importancia para el debate público, reproducimos en su totalidad, parte de la constatación implícita de que el debate en torno a la orientación del SGSSS se encuentra "constreñido", por lo que podríamos señalar como lugares comunes y supuestos, que en el discurso oficial se van "naturalizando". La "escasez de recursos en el Sistema" o "que la UPC no alcanza para cubrir los costos de la atención", como supuestos que carecen de respaldo argumentativo sólido a juicio de quienes elaboraron este documento.

Complementan este volumen, cumpliendo una función a la vez descriptiva y crítica sobre los alcances y las tensiones en que se desarrolla la Sentencia, la Reseña Crítica que se encuentra al comienzo del texto y el Artículo: "La protección del derecho a la salud en Colombia y la Sentencia T-760 de 2008", cuyo

propósito es el de mostrar la evolución de la garantía derecho a la salud en el sistema sanitario colombiano.

Si hay un efecto nítido de la Sentencia, más allá de sus prescripciones normativas mencionadas, es el hecho de haber estimulado la discusión pública sobre la forma como la sociedad debiera orientar su política sanitaria. Este debate es insoslayable hoy a la luz de la profundización de las dinámicas de mercado y de la franca “bancarización” del modelo de aseguramiento en el país. Los textos que aquí se incluyen configuran un material de consulta que, sin lugar a duda, contribuirán a enriquecer las deliberaciones, presentes y futuras, sobre el SGSSS en el país.

El doctorado Interfacultades en Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia tiene compromiso con la discusión que se da en el seno de nuestra sociedad, sobre el futuro del sistema de protección social de los colombianos y colombianas; discusión que seguramente se va a prolongar en el tiempo. Convencidos como estamos de la importancia y el lugar que debe ocupar la reflexión académica y la producción científica en este foro público, ponemos a disposición de los estudiosos de estos temas, de las distintas agencias sociales y del público en general el presente número crítico sobre la Sentencia T-760 de la Corte Constitucional, sin duda, uno de los documentos y hechos jurídicos más importantes y de mayor trascendencia de los últimos años, en el país.

Rafael Malagón Oviedo.
Profesor Facultad de Odontología
Miembro del Comité Asesor del Doctorado
Bogotá, diciembre de 2009.

LA SENTENCIA T-760: reseña crítica

Rafael Malagón Oviedo

Introducción

El 31 de julio de 2008 la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-760. Con ella buscaba pronunciarse de fondo sobre lo que denominó de manera general: “la existencia de problemas de regulación del Sistema y sobre asuntos relativos al derecho a la salud”. Reconocía la Corte la existencia de dificultades reiteradas relacionadas con el acceso a los servicios de salud que derivaban de lo que podría indicarse como fallas en el papel rector que deben cumplir las diferentes instancias del Estado, de las que se espera actúen en el logro efectivo del cuidado de la enfermedad, el mantenimiento de la salud y de manera general en la garantía del derecho a la salud. Vale la pena resaltar que casi 60 por ciento de las tutelas¹ interpuestas ante las instancias judiciales en

1 Uno de los más significativos aportes del Estado Garantista, consagrado en la Constitución de 1991 es, sin lugar a duda, que mediante el recurso de la Tutela se puedan demandar derechos colectivos. La Sentencia T-760 reitera el compromiso constitucional de la Tutela para con el acceso a los servicios de salud en circunstancias específicas y de esta manera refrenda el marco Constitucional del Estado Social de Derecho. Esta postura de la Corte es puesta en discusión por las corrientes neoliberales, quienes demandan del orden judicial prudencia en sus pronunciamientos por sus efectos fiscales y por su compromiso con los

el país se refieren a problemas de acceso a los servicios de salud, en casos de necesidad manifiesta y que de ellas un porcentaje importante –lo que le confiere un tinte más dramático– se relacionan con reclamos atinentes a garantizar el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados.

El presente escrito ancla sus límites precisamente en estos dos temas: la lectura que hace la Corte sobre el derecho a la salud y sobre los problemas del Sistema, reconociendo el acumulado de sus experiencias empírico-jurídicas y filosóficas, plasmadas en anteriores jurisprudencias y en la lectura que sobre sus efectos se puede realizar hoy, desde una perspectiva crítica. En otras palabras, la pretensión del texto es la de revisar el núcleo central de esta Sentencia, la que busca afectar, dentro de los límites de la ley, aspectos estructurales del Sistema, así, en muchos casos, ellos aparezcan bajo la forma de asuntos relativos a los procesos y los procedimientos (toda sentencia trata de una prescripción instrumental).

De esta manera, la Sentencia en su origen no responde sólo a un imperativo de eficiencia institucional (derivada, por ejemplo, de la necesidad de pronunciarse y dar claridad sobre aquellos asuntos que generan más controversia y que se reflejan en el enorme cúmulo de tutelas), sino al imperativo de reiterar, y si se quiere, actualizar una discusión permanente que se suscita en la sociedad en un campo tan polémico como el relacionado con la salud para todos y todas en el marco de un Sistema y un contexto político e institucional cuya lógica gira en torno al mercado. Pareciera que, con esta Sentencia, la Corte quisiera ir un poco más allá, en el “marco

derechos sociales, los cuales se constituyen, según ellas, en obstáculo para el desarrollo económico. Estos juicios son el resultado de jerarquizar ciertos derechos civiles y ciertas libertades de mercado, sobre los derechos colectivos, por considerar que la realización de unos y otros resulta incompatible. Resulta deseable para los objetivos de estas corrientes que las Cortes dediquen sus esfuerzos a consolidar aquellos aspectos problemáticos de la economía, como lo son la salvaguarda de los derechos de propiedad, la estabilidad jurídica de los contratos y el desarrollo y fortalecimiento del régimen penal.

de lo permitido”, respecto al tipo de institucionalidad que se ha fraguado en el país, en los últimos años, que admite al mercado como el primer agente de coordinación social y señala, en especial para las instituciones estatales, el papel de garantes de los contratos y sus formas, y de la estabilidad y la sostenibilidad que demandan estas relaciones. Sin embargo, hay quienes consideran que con ello se asiste a la constitución de la “llamada dictadura de los jueces”, que a más de socavar las finanzas públicas termina por afectar las reglas de la “democracia”, que en la práctica se encuentran referidas, según esta visión, a las indebidas intromisiones del Estado y a un aumento en los “costes de transacción”, que afectan la eficiencia del mercado. Con todo, hay que señalar que el valor de la Sentencia está en el reconocimiento de un sistema de valores y principios que se resisten a entender los derechos como un simple servicio susceptible de transacción en el mercado²; son ellos entendidos como prerrogativas sociales que derivan, en el mejor sentido liberal, de la persona y la dignidad humanas.

En un plano más general, que la Corte imponga su interpretación sobre los problemas del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), a las otras instituciones sociales verifica la emergencia de un nuevo tipo de relaciones entre el orden jurídico y el sistema político, de interacciones e interdependencias cada vez más fuertes, también, porque la institucionalidad heredada de la hegemonía neoliberal en el orden político y jurídico se contrapone en mucho al legado de la modernidad jurídica, con lo que estos dos campos se ponen en tensión³, aunque haya también que

2 Aunque la concepción del derecho en la Sentencia es dual: Cuando elabora una teoría de los mínimos básicos en salud, echa mano de los principios morales que fundamenten los derechos y la dignidad humana, pero cuando evalúa la garantía del derecho a la salud, lo circunscribe al ámbito de los servicios de salud y de la evaluación individual.

3 La expansión de la esfera del mercado a expensas de la esfera jurídico-moral prescrita por la modernidad ha sido explorada o por lo menos enunciada por Boaventura de Sousa Santos. **Ver: Falta referencia.**

admitir que varios de los argumentos que desarrolla la Corte en la Sentencia se corresponden más con corrientes liberales neoclásicas que con fuentes del liberalismo social.

Con lo dicho, este escrito no se compromete con una reseña en extenso de la Sentencia, que se ocupe de las 411 páginas que la componen, sino que propone más bien, una recapitulación y una discusión sobre aquellos aspectos que consideramos centrales para la comprensión del contenido general de la misma.

Sobre la Sentencia

La importancia de esta Sentencia, que hubiese podido circunscribirse a fallar sobre un conjunto de demandas, protegiendo las garantías constitucionales de los ciudadanos de manera individual, tal como había ocurrido en otras ocasiones, está en que frente a la evidencia empírica de la jurisprudencia fallada en ocasiones pasadas y de cara a los conjuntos de problemas que se reiteraban en las sucesivas tutelas interpuestas, era necesario realizar un pronunciamiento que en el marco de la Constitución y de la propia Ley 100 y de la Ley 1122 de 2007, estableciera un conjunto de ordenamientos procedimentales, en algunos casos, y de principios en otros, con el objeto de asegurar la superación de las protuberantes fallas de regulación en el SGSSS.

De esta manera, la Sentencia no sólo se constituyó en un hito especialmente relevante dado que se trataba de una jurisprudencia que se prometía a sí misma ser de “fondo” y que pretendía atacar en múltiples niveles del Sistema los escollos que malogran el acceso a los servicios de salud en el país, violando el derecho de cientos de compatriotas, sino que fue percibida con cierto optimismo y recibida con alborozo y prometedor beneplácito por aquellos que de tiempo atrás se habían constituido, no sin pocas razones,

en críticos del SGSSS. Los argumentos y las razones para oponerse al actual “estado de cosas en salud”, proceden no sólo en la evidencia empírica recogida en los expedientes judiciales o de las reflexiones sistemáticas de la academia, que demuestran hoy con suficiente contundencia^{4 5 6 7} aunque hay que decirlo también con disonancias, la existencia de mecanismos y dispositivos que en el Sistema producen y reproducen las inequidades en salud, sino también de la valoración que pueda efectuarse de los eventos y los resultados mismos en salud⁸.

La Sentencia no resulta en su crítica exorbitante respecto a la Ley. Es a partir de ella y en este marco en donde fragua sus límites y es desde allí donde es posible valorar sus alcances, lo que desde luego no invalida cualquier análisis sobre los efectos políticos que son concomitantes a la misma, entre ellos, el primero, refrendar la preeminencia del Estado Social de Derecho del marco constitucional vigente. Estos límites se van a expresar como tensiones a lo largo del mencionado acto jurídico. Por un lado, la necesidad declarada por la Sentencia de avanzar hacia la universalización y la equidad en el aseguramiento y por otro lado, el hacer conciencia sobre los límites que obligan a garantizar la “sostenibilidad” del Sistema, que dadas sus características actuales se refiere al imperativo de mantener y asegurar los márgenes de

-
- 4 Restrepo M. 2000. La reforma de la seguridad social en salud en Colombia y la teoría de la competencia regulada. En: *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud*. Chile. Fondo de Cultura Económica. CEPAL.
 - 5 Hernández M. 2002. Reforma sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia. *Cad. Saúde Pública*, Jul./ago. V.18 n.4 Rio de Janeiro.
 - 6 Fresneda O. 2003. La focalización en el régimen subsidiado de salud: elementos para un balance. *Rev. Salud Pública*, 5(3):209-245. ISSN 0124-0064.
 - 7 Hernández M. 2003. El enfoque sociopolítico para el análisis de las reformas sanitarias en América Latina. *Rev. Cubana Salud Pública*, 29(3) Ciudad de La Habana.
 - 8 Gómez R.D. y otros. Mortalidad evitable y políticas en salud. Colombia, 1985-2002. En: <<http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol40No4/html/v40n4a3.html>>.

ganancia de los aseguradores e inscribir a la salud en la lista de gasto de prioridades del Estado, que se asume de mejor manera o no de acuerdo a la disponibilidad de recursos.

La Sentencia declara el derecho a la salud como un bien que al mismo tiempo que se inscribe como derecho fundamental, se reconoce mensurable y limitado con arreglo a un juicio moral que pretende determinar sus límites, según las normas vigentes y los principios de “razonabilidad”. Esta manera de fundamentar por parte de la Corte el derecho a la salud, encierra una contradicción doctrinaria: ¿cómo puede algo considerarse “fundamental” como un todo y al mismo tiempo incorporar lo que se sugiere como límites? Es sin duda, en el plano práctico donde se intenta dilucidar esta tensión, pues de hecho se parte de un referente restrictivo del derecho a la salud relacionado con el acceso a los servicios de salud. Es mediante la delimitación de los “básicos en salud” que puede diferenciarse aquello que resulta fundamental de lo que no lo es; es mediante un recurso normativo (el POS) y el estudio de cada situación por separado, como se puede dirimir este conflicto en lo doctrinario, recurriendo a lo fáctico.

Existe adicionalmente otro orden de argumentación conexas, mediante la cual la Corte determina o permite distinguir entre el imperativo de la urgencia en la prestación de un servicio de salud y la protección gradual y progresiva del derecho a la salud en función de sus determinantes. Esta distinción supone dos maneras distintas de actuar por parte del Estado respecto a las demandas sobre la disposición de bienes y en la prestación de los servicios directa o indirectamente relacionados con la salud de las personas. En el primer caso, reconoce la existencia de una faceta positiva del derecho a la salud en la que por situación de omisión se coloca al titular del derecho: “ante la inminencia de sufrir un daño injustificado”; en esos casos el Estado debe actuar y garantizar en oportunidad y pertinencia el acceso a los servicios sanitarios.

En el segundo caso, la dimensión negativa del derecho a la salud, supone no que el Estado haga algo, sino que deje de hacerlo o facilite la libre acción de los agentes. Se acepta, entonces, la existencia de un límite inferior que si bien debe ser garantizado por este, no constituye ninguna acción específica e inmediata de su parte para su garantía, referido a la disposición de los bienes y recursos que la persona necesita para llevar una vida digna y garantizar su salud. Con ello de paso se reconoce el carácter inclusivo del derecho a la salud, en la medida en que valora la existencia de determinantes sociales que intervienen en el proceso salud enfermedad. Entonces, en este caso, el cumplimiento por parte del Estado está sujeto a la progresividad y a la existencia de recursos y a la óptima capacidad para administrarlos, en este último aspecto se reconoce la administración de los recursos como parte de un proceso evolutivo perfectible en el marco de las dinámicas de fortalecimiento institucional. Sin embargo, hay que aclararlo, existen situaciones en las que aun cuando se reconoce la progresividad y gradualidad en la protección del derecho a la salud, es posible la acción por la vía de la tutela de manera directa en la medida en que se trate de obligaciones de las que depende el derecho a la vida o la protección de la integridad de las personas.

Bajo este mismo criterio relativo a la dimensión negativa del derecho a la salud se pueden inscribir ciertos límites relacionados con las responsabilidades individuales que se tienen de frente al mantenimiento y conservación de la salud. Suscribe la Corte la idea liberal de las responsabilidades derivadas de la “libre” elección sobre los estilos de vida que llevamos los individuos, de manera que sólo es comprensible la intervención sobre ciertos estados de salud derivados de esas condiciones de vida, cuando se está en una situación extrema. En el caso de la obesidad, por ejemplo, sólo se reconocen responsabilidades estatales una vez que por su causa se pone en grave riesgo la vida de las personas.

En síntesis, y bajo los reconocimientos anteriores, la Sentencia se orienta en una doble lógica: de un lado reconoce aquellas situaciones en que el Estado debe actuar directa o por interpuesta persona o institución a fin de proteger o garantizar el derecho a la salud en situaciones de *urgencia*, es decir, en aquellos casos en los que el titular del derecho se encuentra expuesto a un daño inminente; por ejemplo, y entre otras razones, por no tener acceso a un tipo de tratamiento específico o por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional y, de otro lado, el de la disposición gradual y progresiva de condiciones para la garantía del derecho a la salud, sujeta a la disponibilidad de recursos suficientes y a la existencia de una capacidad adecuada para administrarlos, situaciones unas y otras que obedecen a compromisos estatales que, en criterio de la Corte, deben ser definidos en el tiempo y perfeccionados mediante la acción instrumental de las instituciones y sus procesos de gestión y administración; asuntos en los que la Sentencia toma varias acciones. De hecho, para mejorar los mecanismos de regulación del Sistema, exige la Sentencia el diseño de planes, el establecimiento de plazos, cronogramas, el desarrollo de instrumentos normativos, procedimientos etc., con el propósito de agilizarlos y hacerlos mucho más expeditos, y de esta manera generar mayor “ductilidad” y eficacia en el Sistema.

Con todo ello la Corte intenta garantizar el efectivo acceso a los servicios sanitarios, pero no recaba en el escenario de fragmentación, de poder preponderante de los agentes de mercado y de otras realidades objetivas que menoscaban la rectoría pública en el Sistema. Estos elementos, que siendo sustantivos, quedan, desde luego, por fuera del alcance de la jurisdicción de la Corte Constitucional porque son parte de una discusión relativa a la concepción y al enfoque del SGSSS, cuya resolución en tal o cual sentido depende de las fuerzas que se correlacionan en el espacio social y político general de la sociedad. Bajo estas consideraciones conviene adentrarnos en algunos de los contenidos específicos de la Sentencia.

Son distintas las vías por las que el Estado colombiano *desconoce, desprotege, no respeta, ni garantiza*, el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo y sin embargo, aunque la argumentación de la Sentencia es prolífica en demostrarlas y en dictar correctivos al respecto, tal vez el acápite más importante en términos de jurisprudencia sea el que se refiere a los desarrollos del concepto de salud como derecho humano, a las características de este derecho y a las reglas pertinentes que ha trazado la jurisprudencia para asegurar un ámbito específico de protección en el acceso a los servicios de salud.

Reconoce la Sentencia que existen tres vías y a la vez condiciones mediante las cuales la propia Corte ha protegido el derecho a la salud como un derecho constitucional fundamental. La primera de ellas, y quizá la más conocida, es la de: "... la conexidad existente con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud...", con lo que admite que exista la prerrogativa de tutelar este derecho. Una segunda vía se refiere a la protección de sujetos de especial protección, y la tercera cuando se plantea la necesidad a la vez empírica y pragmática de garantizar un ámbito básico de servicios de salud compatibles con el desarrollo de una vida digna.

La Corte reconoce que la salud es en su naturaleza un estado variable de afectaciones múltiples y que por tratarse de un asunto gradual debe ser analizado en cada caso. Desde una perspectiva puramente empírica se puede reconocer la violación del derecho a la salud sólo considerando cada caso y su situación. Adscribe de esta manera la Corte un individualismo metodológico, que forma parte de la plataforma gnoseológica liberal, en la manera como verifica la vigencia del derecho a la salud. Adicionalmente, se debe señalar

que el derecho desde esta perspectiva liberal se materializa en el ofrecimiento de servicios más que en su realización o ejercicio efectivo, pues este último, al convocar conjuntos de determinantes de la salud y la enfermedad, encierra una complejidad tal que limita las pretensiones de instrumentalización consustancial al Estado liberal moderno.

De otra parte, aún cuando la Corte suscribe la definición de salud de la OMS y aclara que en términos de el bloque de constitucionalidad⁹ (Arango, Mónica: 2004), el derecho a la salud debe ser considerado como el *derecho al nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, que se alcanza de manera progresiva y cuya realización no es absoluta; el concepto sobre el cual versa la Sentencia refiere la salud en un sentido negativo, relativo al tratamiento y la curación, amén del individualismo metodológico al que se acude para la valoración progresiva del mismo, como ya se indicó. En otras palabras, si bien hay un reconocimiento tácito de los determinantes de la salud y la enfermedad más allá de los aspectos estrictamente biológicos, la Sentencia vincula la discusión en estricto con el derecho al acceso a los servicios de salud. Bajo este entendido, la Corte admite que puedan existir constitucionalmente hablando, diferencias en los beneficios entre regímenes, siempre y cuando ellas sean transitorias, por cuanto el derecho a la salud se desprende de la dignidad humana y no se puede admitir en consecuencia que persistan diferencias de carácter indefinido. Por esa razón, la obligación de igualar los beneficios entre los regímenes contributivo y subsidiado surge del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y

9 El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Ver: <www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

equidad¹⁰, con cierto margen de tolerancia, definido por la gradualidad en que “razonablemente” deben surtirse los procesos financieros e institucionales.

De otra parte, y como ya se mencionó, declara la Sentencia que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Con esta declaración la Corte está reconociendo algo que se encuentra sobreentendido en el articulado constitucional, cuyo “espíritu” y órbita de acción plantea que aunque no todos los derechos están consagrados expresamente en su texto no pueden negarse por este simple hecho, en cuanto sean ellos *inherentes a la persona humana* y se correspondan con garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible’.

Es el concepto de *dignidad humana*, afirma la Corte, el que le da sentido al uso de la expresión de *derechos fundamentales* “...el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”¹¹. De manera, que la vulneración de un derecho fundamental sólo puede ser determinada en los contextos específicos de acción de cada individuo y como tal debe consagrarse cuando de manera general se asume que este constituye una prerrogativa o una garantía básica para que cada sujeto pueda ejercer su autonomía¹² en cuanto a sus planes de vida y pueda funcionar dentro de la sociedad con capacidad para satisfacer sus realizaciones. En este sentido, un derecho es fundamental cuando se constituye en condición de oportunidad para llevar a cabo una vida digna. Es en ese contexto expreso que se considera el derecho a la salud como un derecho fundamental. El avance en la jurisprudencia, en este caso, deriva del hecho de reconocer el derecho a la salud como un derecho fundamental y autónomo.

10 Sentencia T-760 de 2008. P. 76.

11 *Ibíd.*, P. 18.

12 Las relaciones entre dignidad humana y autonomía tienen un claro origen Kantiano.

Sin embargo, como ya se indicó, la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental, según la jurisprudencia desarrollada por la Corte, no se refiere a un carácter abstracto universal e ilimitado. Al respecto manifiesta: "... la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela¹³". El derecho a la salud, en este caso, se refiere a la garantía de los servicios a los que las personas tienen derecho, contemplando incluso la atención de enfermedades ruinosas o catastróficas. Sin embargo, también advierte la Corte que el carácter de fundamental del derecho no le otorga un alcance ilimitado pues existen criterios de proporcionalidad y "razonabilidad" que determinarían límites a este.

Esta razonabilidad se refiere entre otros aspectos a la existencia de recursos materiales e institucionales disponibles, con lo que deja sentada la naturaleza del derecho a la salud como un derecho fundamental de carácter prestacional, es decir, con límites que no se relacionan ya con la dignidad humana, sino de la disponibilidad de recursos. Esta declaración resulta problemática por cuanto somete el derecho a la salud a la consideración de las prioridades fiscales que están por supuesto determinadas por las orientaciones de política. Priorizar el gasto en defensa respecto al gasto en salud podría ser un ejemplo de ello, situación no tan hipotética en nuestro contexto. A pesar de ello, la salvaguarda existe para algunos eventos en salud, es necesario aclararlo, cuando se establece vía tutela la conexidad con el derecho a la vida o se comprueba de manera manifiesta la *afectación de un*

13 op. cit., P. 22.

*mínimo vital por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal*¹⁴. En esos casos, ni la progresividad del derecho a la salud ni su carácter prestacional prevalecen.

En este sentido, resulta conveniente señalar que dado el carácter prestacional del derecho a la salud, la Sentencia se ve precisada a determinar un conjunto de prelación que buscan en especial garantizar el derecho para aquellos que tienen o puedan tener una posición de desventaja, en situaciones en las que se lesiona de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho, bien porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como ocurre con los niños(as), o bien porque la vulneración implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho. Con estos criterios de prelación la Corte busca proteger el derecho de los sujetos con mayores desventajas, socialmente hablando. Sin embargo, en la práctica dicha orientación parece ser condescendiente con la no universalidad efectiva del ejercicio del derecho, más cuando las consideraciones respecto a la salud, como se ha mencionado ya, proceden de un concepto restrictivo.

A manera de conclusión

La Sentencia T-760 constituye sin duda un hito en la jurisprudencia del país en la perspectiva de garantizar el acceso a los servicios de salud. Sin embargo, no significa en realidad un cambio en la forma como se reconoce el derecho a la salud. En ella, a pesar de existir el reconocimiento del carácter de “fundamental” del derecho, esta sigue supeditando su ejercicio a las condiciones de disponibilidad presupuestal y a la existencia de formas contractuales, eventualmente

14 ibíd., P. 26.

suplidas por el Estado a través del esquema de subsidios a la demanda. Es interés de la Sentencia legislar en aquellos ámbitos en los que puedan generarse vulnerabilidades, dado el esquema general de mercado prevaleciente, definiendo planes, plazos para la superación de ciertas “inercias” institucionales que han reproducido y naturalizado las inequidades estructurales del Sistema. Pretende la Sentencia que bajo el imperio de una institucionalidad instrumental que lucha por develar aquellas circunstancias o situaciones que puedan afectar a individuos en condición de desventaja y pudieran ver restringido el acceso a los servicios de salud, es posible garantizar el ejercicio del derecho a la salud para todos los individuos de la sociedad. Estas orientaciones, funcionales al actual “estado de cosas en salud”, lejos de aportar a la construcción de unas bases sólidas para garantizar el ejercicio pleno del derecho a la salud adscrito a los criterios de ciudadanía social, complementa y “perfecciona”, quizá sin proponérselo, el modelo actual de seguridad social. “El Estado interviene y resuelve las fallas de mercado”.

Reconocer el derecho a la salud como un derecho fundamental, pero restringido y limitado normativamente, sujeto a las contingencias fiscales y al juego de los agentes políticos y de mercado, no incide sobre los determinantes institucionales que producen y reproducen las inequidades en salud, para ello se requiere la construcción de una nueva institucionalidad que no puede derivar de un mero ejercicio jurídico, sino de una profunda transformación sociopolítica en el país.

¿DERECHO A QUÉ? EL DEBATE SOBRE LA SENTENCIA T-760¹⁵

Mario Hernández Álvarez

Introducción

El 31 de julio de 2008, la Corte Constitucional colombiana presentó al país la Sentencia T-760, sobre la revisión de casos acumulados de acciones de tutela relacionadas con el “acceso a los servicios de salud que se requieren” (CCC, 2008: 3), con el propósito de identificar los aspectos que explican la enorme cantidad de acciones de tutela sobre servicios de salud y proponer soluciones. En tal sentido, la Corte recogió la jurisprudencia acumulada en la materia en los 17 años de vigencia de la nueva Constitución Política, identificó los problemas generales y particulares que resultan de los casos revisados, y ordenó una serie de acciones al gobierno nacional y a otras entidades del Estado para mejorar la garantía del derecho a la salud para la población colombiana.

Para contribuir a los *Debates en Salud Pública*, en este ensayo presento un argumento central: los desarrollos de la Corte

15 Ponencia presentada en el evento *Debates en Salud Pública*. “Sentencia T-760 de 2008: alcance y limitaciones”, del Doctorado Interfacultades en Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia, 31 de octubre de 2008.

Constitucional se inscriben en la lógica de la Ley 100 para la garantía del derecho a la salud y tal opción no es conveniente para este propósito, debido a la articulación esencial entre el derecho a la salud y la propiedad de las personas. De esta forma, no se garantiza el derecho de ciudadanía social a la salud, sino un derecho prestacional a los servicios de salud, atado al derecho a la propiedad. Con base en este argumento, propongo un reordenamiento del sistema de salud para avanzar hacia la garantía universal basada en el derecho de ciudadanía. Para sustentar el argumento presento, en primer lugar, la idea del derecho como una construcción social y, por lo tanto, histórica, de las sociedades. En segundo lugar, examino la argumentación de la Corte sobre el derecho a la salud y las tensiones derivadas de esta opción. En tercer lugar, presento los argumentos que sustentan la imposibilidad de garantizar el derecho a la salud por la vía de la “competencia administrada” o el “pluralismo estructurado” que fundamenta la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007. En cuarto lugar, explico los fundamentos de una opción de ciudadanía social que permita reorganizar el sistema de salud en Colombia. Finalmente, presento una conclusión a manera de síntesis argumental.

Derecho a la salud como construcción social

La declaración de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), en la nueva carta de derechos firmada durante la instalación de la Organización de Naciones Unidas en 1948, es un resultado histórico. Las luchas entre capital y trabajo en el mundo capitalista del siglo XIX significaron, sin duda alguna, una transformación profunda. Castel ha asociado este cambio al proceso de “salarización”, mediante el cual se pasó del “contrato” al “estatuto” en la relación capital-trabajo, en especial en las sociedades industrializadas del siglo XX (1). En el salario se concentraron los derechos y los Estados se convirtieron

en garantes del pacto allí condensado, en una perspectiva de pleno empleo. En medio del debate entre el liberalismo capitalista, el socialismo real y el capitalismo autoritario del nacional-socialismo, la opción socialdemócrata y la economía keynesiana terminaron abriendo el espacio para la recomposición social del capitalismo industrial, en el marco del régimen fordista de acumulación. No de otra forma se entiende el desarrollo de los Estados de bienestar, en especial, desde la década de los años cincuenta en varias regiones del mundo (2-4). Se trataba de una “gran transformación”, como la denominó Polanyi, de la sociedad del mercado autorregulador a la sociedad protectora, para conseguir más “libertad en una sociedad compleja” (5).

El paso de la ciudadanía civil y política a la ciudadanía social implicaba, entonces, una nueva concepción de la libertad humana. “Libertad de ser y elegir”, pero también, “libertad para hacer” y por lo tanto, desarrollar el proyecto de vida en las mejores condiciones (6). De eso se trataba la ciudadanía social de la que hablaba TH Marshall (7). En medio del pacto entre los ganadores de la Segunda Guerra Mundial, la dignidad humana, entendida en el sentido kantiano de “inalienable” y traducida en la máxima de entender al “ser humano como fin y no como medio”, se convirtió en el fundamento de los derechos (8). Sin embargo, los desarrollos e interpretaciones de la dignidad y de los derechos han sido diversos, según la correlación de fuerzas en las sociedades nacionales y en la configuración de los Estados en el siglo XX. De allí resulta la respuesta concreta a la pregunta cotidiana sobre el “derecho a qué” en cada sociedad.

Los países latinoamericanos no tuvimos un proceso de industrialización completa ni de salarización. Incluso, el proyecto cepalino de buscar el pleno empleo a través del modelo de industrialización por sustitución de importaciones tampoco terminó en sociedades industrializadas ni en Estados de

bienestar propiamente dichos (9). En cambio, en los sistemas de protección social predominó la estructura institucional segmentada, con poblaciones, recursos y normas diferenciadas según la condición de pobres, asalariados o propietarios (10, 11, 12). En Colombia, el compromiso explícito de garantizar los DESC sólo se terminó de firmar en 1976. En la Constitución de 1991 la salud aparece como un “servicio público” y en la Ley 100 de 1993 predomina una clave individualista que es hoy objeto de debate. De manera que la vivencia de derechos de ciudadanía nunca ha sido un hecho sociológico y menos político en nuestra sociedad. Esto no implica que no pueda serlo, aún después de la crisis de los Estados de bienestar de los años setenta y, más aún, después de la reciente crisis del proyecto neoliberal que predominó en las tres últimas décadas. Con seguridad, tendremos que buscar nuestra propia vía para superar la disparidad acumulada, que nos hace la región más desigual del mundo, según el más reciente informe de CEPAL (13).

La opción de la Corte Constitucional en la Sentencia T-760/08

La Segunda Sala de Revisión de la Corte Constitucional tomó 22 casos entre los miles de acciones de tutela que se presentan al sistema judicial colombiano. Entre estos casos se encontraban situaciones de individuos afectados en forma directa, pero también, casos presentados por las aseguradoras (empresas promotoras de salud-EPS) que veían afectada la atención de individuos por falta del pago de recursos por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) en el caso de servicios por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS). Con base en la revisión detallada de los casos, la Corte identificó un conjunto de problemas de carácter general o “macro” y particular o “micro”, frente a los cuales formuló órdenes perentorias a diferentes entidades del Estado y un cronograma para su cumplimiento. Esto, sin duda, es un avance jurisprudencial

sin precedentes. De hecho, la estructura de las órdenes y del cronograma permite organizar un estricto seguimiento de su parte y de la sociedad civil, si así lo quisiera.

Está claro que la Corte no se separa del marco legal existente para la garantía del derecho a la atención en salud. En las primeras páginas de la Sentencia, la corte advierte que

Las órdenes que se impartirán se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha decisión compete al legislador (14).

Para la Corte, el fundamento del derecho a la salud es el principio de “igualdad en la dignidad humana”, que se plantea en los pactos internacionales sobre los DESC, pero su materialización depende de los recursos disponibles o de ciertas condiciones. En el texto de la Sentencia, la Corte plantea que el derecho a la salud es “un derecho constitucional fundamental”, que ha sido protegido por tres vías, que realmente constituyen tres condiciones: primera, cuando existe “relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana”; la segunda, en situaciones en que “el tutelante es un sujeto de especial protección”, por ejemplo, los niños y niñas; la tercera, de acuerdo con “los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna” (15). La última condición implicó que la Corte fuera más allá de los contenidos de los planes obligatorios de salud (POS) e incluyera servicios de los que dependía la vida de la persona, su dignidad o la integralidad de su atención (16). Pero, es necesario insistir, estas son condiciones que deben revisarse en cada caso particular. De esta forma, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte no implican una aceptación incondicional del derecho a la salud por el simple hecho de ser ciudadano

o ciudadana, pues la Constitución misma ha delimitado el derecho a un “servicio público”, de carácter prestacional, cuyo desarrollo legal fue definido por la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias.

En este marco constitucional y legal, la Corte identificó una serie de problemas de “regulación” por parte del Estado colombiano y de “funcionamiento” del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Para cada uno de los grandes problemas, la Corte identificó la solución definida por el marco legal vigente, esto es, la ley 100 de 1993 y la ley 1122 de 2007, y sus normas reglamentarias (acuerdos, decretos y resoluciones). La lógica es sólida y fácilmente comprensible. Frente a la constatación de la incertidumbre en el contenido del derecho, definido en el POS, la solución propuesta es la orden de actualizar dicho contenido por medio de estudios técnicos atados a la situación epidemiológica de la población colombiana y a la capacidad financiera del sistema. En el mismo sentido, frente a la evidencia de incumplimiento del mandato legal de unificar los planes de beneficios de los dos regímenes (contributivo y subsidiado), ordena a las entidades encargadas realizar cuanto antes este procedimiento. Frente a las demoras en el flujo de los recursos, en especial, los que se refieren al pago de servicios no incluidos en el POS por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), ordena el reembolso a las EPS de la manera más expedita posible y la implementación del mecanismo de autorización de este tipo de servicios por parte de los comités científicos de las EPS, para disminuir el uso de la tutela como la principal opción por parte del usuario. Y finalmente, respecto de las barreras administrativas y económicas para acceder a los servicios, ordena cumplir con la promesa de la Ley 1122 de lograr la cobertura universal del aseguramiento en el año 2010, mejorar la información al usuario sobre los contenidos del POS o sobre el seguimiento de la negación de los servicios por parte de prestadores o aseguradores, y la eliminación de cuotas moderadoras como barrera de entrada, en casos en los que está en riesgo la vida de los usuarios.

A pesar de la claridad de las órdenes, su cumplimiento implica ciertas tensiones entre los actores del sistema y el Estado, y presiones económicas que tendrán que ser resueltas de alguna manera. La actualización técnico-financiera del POS implica la realización de estudios de costo-efectividad que pueden llevar a la Comisión Reguladora en Salud (CRES) a excluir muchos servicios hoy incluidos, con base en el frecuente criterio de la “sostenibilidad financiera” del sistema. Ésta sería una manera de cumplir con la orden de la Corte. Recuérdense que no existen estudios de costos de prestación de los servicios y que si se hacen con cuidado, es probable que las EPS no encuentren el estímulo económico suficiente para trabajar con la misma Unidad de Pago por Capitación (UPC). O se aumenta el valor de la UPC o se disminuyen servicios. Éste es el fundamento de la “sostenibilidad”, pues son las EPS los “agentes administradores de los recursos” según el modelo adoptado.

Respecto de la unificación de los planes de beneficios, contributivo y subsidiado, el equipo técnico del Ministerio o la CRES pueden igualar por lo bajo, si predomina el criterio de la sostenibilidad financiera sobre la necesidad y la integralidad de la atención. Incluso, el criterio del perfil epidemiológico puede excluir enfermedades de baja frecuencia y producir el efecto perverso de tratar a minorías en razón a su condición bio-social, aunque vaya en contra de la dignidad humana. También puede ocurrir que si se igualan los POS, la mayoría de la población sin contrato laboral formal se resista a pagar, si puede obtener el título de beneficiario del RS por algún medio, y esto presionará más las finanzas del sistema.

De otra parte, el reembolso inmediato de los recursos para pagar servicios No-POS ya prestados y, más aún, la autorización automática de servicios No-POS por parte de los comités científicos de las EPS, pueden conducir a una sobrecarga económica del Fosyga que ponga, otra vez, en riesgo la sostenibilidad económica del sistema. Tampoco está garantizado que

el uso de la acción de tutela disminuya con este mecanismo, pues la población cuenta con este recurso y nada le garantiza que los comités no le nieguen su solicitud.

La promesa de la cobertura universal pasa por la viabilidad económica en época de crisis, cuando se registra el aumento sistemático del desempleo, el subempleo y la precarización del trabajo. Cada vez más habrá menos gente que cotice, frente al aumento de los que requieran y demanden el subsidio por su condición de pobre, es decir, clasificado en los niveles 1 y 2 del Sistema de Información sobre Beneficiarios Potenciales de Subsidios del Estado (SISBEN).

Sobre el seguimiento de las negaciones e incumplimientos y su permanente información al usuario, no es un prejuicio poner en duda la capacidad de las instancias de regulación del Sistema, en especial el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, pues han demostrado ya sus límites en el cumplimiento de esta función durante los 15 años de implantación de la Ley 100. Y, finalmente, el cronograma de las órdenes está definido y es una ventaja, pero no es claro qué sanciones tendrá su incumplimiento ni quién las aplicaría.

En síntesis, las órdenes definidas por la Corte en su Sentencia ponen en el límite el diseño del SGSSS creado por la Ley 100 y ratificado por la Ley 1122. De allí la importancia de su seguimiento por parte de la sociedad civil. Si el gobierno nacional considera inviable económicamente el cumplimiento de lo ordenado por la Ley –y no es otra cosa lo que pide la Corte– toda la sociedad colombiana tendrá que volcarse a demandar al gobierno, o bien, a cambiar la Ley.

Límites de la Ley 100/93 y la Ley 1122/07 para garantizar el derecho a la salud

Desde el momento en que se formuló la Ley 100 de 1993 quedó claro que el sistema de salud colombiano no parte de

la “igual dignidad de las personas”, sino de la asociación entre la “capacidad de pago”, esto es, la propiedad demostrada de las personas, para pertenecer a uno u otro régimen. Tengo derecho si pago, bien sea la cotización obligatoria o la póliza independiente en el sistema de medicina prepagada. En tal caso, entro en la lógica del derecho contractual, que no otra cosa es el POS: un contrato detallado de servicios a cambio de la póliza comprada, llámese UPC anual o póliza pagada directamente por el usuario. También tengo derecho si demuestro ser pobre, es decir, si logro ser clasificado en los niveles 1 y 2 del SISBEN. El subsidio del Estado, focalizado de esta forma, conocida técnicamente como “demostración de medios” (*means tested*), exige un enorme esfuerzo del Estado por definir la condición de pobre y de merecedor del subsidio. No en vano Colombia adelanta la tercera versión de la encuesta, tratando de excluir cada vez mejor a quienes no “merecen” el gasto de recursos públicos.

Esta lógica, en apariencia derivada de la “escasez” de recursos del Estado, pone en vilo la dignidad humana, porque pone los medios (la propiedad) como condición del fin (la vida humana). Existen otras formas de organizar recursos limitados –no necesariamente escasos– que permiten poner el fin en su lugar, la vida humana, sin condicionamientos. En contraste, el subsidio a la demanda ligado a la condición de pobre no supera la vieja asistencia pública desarrollada desde el siglo XIX. El pobre es ahora más consciente de que recibe un subsidio y que tal vez eso se traduce en un contrato por el que puede reclamar. Pero no es extraño que el menor número de tutelas provenga de usuarios del RS, pues, además de los costos indirectos, reclamar puede ser percibido como un riesgo de pérdida del subsidio. Además, el subsidio a la demanda es más proclive a las viejas prácticas de corrupción, clientelismo y patrimonialismo, acumuladas en nuestro sistema político, más aún, en medio del conflicto armado (17-21).

La perspectiva individualista del modelo de aseguramiento según capacidad de pago delimita el derecho a la atención de las enfermedades y esto va en contravía de la perspectiva preventivista o de salud pública que requiere una garantía integral del derecho a la salud. Pero lo más grave es que, a pesar de la regulación del mercado, el predominio de la búsqueda de lucro por parte de los agentes de mercado por encima de las necesidades de atención, sostiene y sostendrá los estímulos perversos, las inequidades y los malos resultados en salud que estamos viendo en el país (22). Tal vez donde se concentra más esta constatación es en la mortalidad materna, tanto en su alto promedio nacional respecto de otros países del continente, como en la inequidad que ya se está verificando (23, 24), pues más del 80 por ciento de las causas de muerte materna son prevenibles y dependen fuertemente de la oportunidad en el acceso y la calidad de la atención (25).

Por más que la Corte quiera poner al frente la dignidad de las personas, el sistema pondrá siempre la condición de la capacidad de pago. Ésta es la principal tensión entre la Sentencia T-760 y la legislación actual en salud, aunque la corte quiera respetar la legislación. Pero, ¿por qué el país entró en este modelo de aseguramiento basado en la capacidad de pago de los individuos? La hipótesis histórica que he sostenido en otros escritos (26-33) es que la ausencia de una vivencia de la ciudadanía social en el largo plazo, junto con un sistema político cerrado y cierta correlación de fuerzas en una coyuntura crítica, llevó al predominio de una serie de teorías neoclásicas en Economía aplicadas a salud, que promueven una nueva distribución de las responsabilidades del mercado y del Estado en materia de salud. La consolidación del modelo ha convertido en hegemonía la idea de que la salud es un servicio por el que se debe pagar de manera individual y que está bien que quien tiene más obtenga más. Pero esto no es entendido así en todas las sociedades y naciones. De

hecho, puede ser de otra manera. Si a un ciudadano inglés se le pregunta si debe pagar por su salud cuando necesite algún servicio, seguramente responderá que ya ha pagado suficientes impuestos y no debe haber ninguna restricción económica. Pero esta visión nos parece una total utopía. Se nos ha dicho, y lo creemos, que somos un país pobre y por tanto nos merecemos una pobre salud.

La opción de la ciudadanía social

En la organización de los sistemas de salud los valores importan. No se trata únicamente de un problema de la distribución racional de recursos escasos. El sostenimiento de sistemas universales de seguridad social, educación y salud en los países nórdicos ha demostrado la superioridad de esta decisión para el logro de mejores indicadores de bienestar y salud para su población en el largo plazo, aún en medio de las presiones neoliberales y de la contención de costos (34). La ciudadanía social, basada en la idea de entender al ser humano como fin en sí mismo y no como medio, obliga a ordenar los sistemas y las políticas hacia la respuesta a necesidades humanas diversas, y poner los medios disponibles en la sociedad en función de lograrlo. No al revés. Por la vía de respetar la rentabilidad de los agentes que administran el sistema de salud no se está logrando más que la reproducción de la concentración de la riqueza, propia de la lógica del capital, a expensas de la vida y el bienestar de las personas.

Para lograr nuevos arreglos institucionales y de recursos es necesario aplicar un principio de justicia que pueda combinar, como lo ha propuesto Nancy Fraser (35,36), el reconocimiento de la diversidad y la redistribución de los recursos, para superar las inequidades acumuladas. Pero esto no podrá ocurrir si sólo se aplica al sistema de servicios de salud. Se requiere transformar desde el sistema político,

hasta el sistema articulado de protección o seguridad social, pasando por la política económica. Es necesario entrar en procesos de democratización que permitan generar acción colectiva transformadora de lo público y arrebatarse a los poderes tradicionales su apropiación de la riqueza y las decisiones públicas. Esto implica una decisión política de abrir y fortalecer el sistema político, más allá del sistema electoral, hacia un diseño participativo de la vida pública cotidiana. Pero también debe considerarse que no habrá forma de generar redistribución si los bienes altamente concentrados siguen en la misma situación. En particular, la propiedad de la tierra y las políticas que profundizan su concentración en pocas manos. Al mismo tiempo, una política económica capaz de generar empleo, a partir de la recuperación del sector productivo para el mercado interno, regional y nacional, acompañada de una política fiscal progresiva, que logre por fin que quien tiene más aporte proporcionalmente más que quien no tiene, en una lógica de verdadera solidaridad desde la previsión social y no en el momento de la urgencia. Todo esto requiere una conciencia progresiva de la interdependencia humana que genera una actitud solidaria. La idea del “sálvese quien pueda” y del “ascenso rápido”, no hace otra cosa que profundizar la cultura mafiosa en la que ha avanzado el país, como una de sus particularidades más perversas.

En el terreno específico de la salud, es preferible construir un sistema de acceso universal, ligado a la condición de ciudadano y no a la de propietario, en el marco de un amplio sistema de protecciones sociales o de seguridad social integral. Esto es posible si se integran los recursos hoy disponibles en materia de seguridad social, esto es, cotizaciones de los trabajadores formales, impuestos de destinación específica de diferente orden, y aportes específicos de los trabajadores independientes, a la manera de cotización proporcional a sus ingresos. Se logra verdadera solidaridad financiera y

la separación entre el aporte y los servicios cuando todos los recursos se concentran en un fondo público único de protección o seguridad social integral, administrado con total transparencia, vigilancia y control social. Si esto ocurriera en Colombia, los 25 billones anuales que circulan en el sistema para salud alcanzarían para un *per cápita* de cerca de 592.000 pesos, muy por encima de los 485.000 de la UPC promedio actual del Régimen Contributivo.

Para hacer que estos recursos alcancen es necesario retirar la expectativa de lucro de su administración. Por esa razón, en un proyecto de Ley presentado en dos ocasiones al Congreso, desde un sector político minoritario, propusimos crear administradoras territoriales de carácter público, que bien podrían encargarse del manejo de los recursos para un conjunto de garantías de la seguridad social integral. Esto permitiría asignar los recursos de manera territorial, no necesariamente municipal, siguiendo un criterio de superación de inequidades acumuladas. Permitiría también orientar a los prestadores de servicios hacia las necesidades, la oportunidad y la calidad de la atención, en una perspectiva de mejoramiento de calidad de vida. Para evitar el predominio de los servicios curativos y segmentados, es necesario desarrollar un nuevo modelo de atención, en la perspectiva de la salud pública, capaz de afectar la determinación social de la salud y la enfermedad, junto con redes de servicios articulados según las necesidades y no según el lucro de los prestadores. En esta perspectiva, la estrategia de Atención Primaria en Salud (APS) tendría mucho que ofrecer, en un marco más amplio de promoción de la equidad, la calidad de vida y la salud de la población. Todo esto debe contar con la participación de los afectados, de manera colectiva y constructiva, en el marco de la democratización, para superar el modelo de defensa de consumidores hoy tan acendrado, que tiende a atomizar las pocas redes sociales que nos quedan.

En conclusión

Es claro que la Sentencia T-760 presiona al Estado y al sistema de salud para que cumplan lo que se prometió. En tal sentido, es necesario hacer un seguimiento riguroso desde la academia y la sociedad civil en su conjunto, y llevar al extremo la lógica del actual modelo de salud. Pero también es necesario reconocer que la lógica del sistema tiene serias limitaciones para garantizar el derecho a la salud, si persiste en la relación estructural entre el derecho a la atención y la capacidad de pago de las personas, en la forma de demostración de propiedades y medios. He tratado de argumentar que es necesario y posible repensar la organización del sistema de salud y de protección social en su conjunto, en función de una nueva ciudadanía social para garantizar el derecho a la salud. Los colombianos y las colombianas merecemos ampliar el debate público e ir más allá de la Ley 100. Deberíamos, por lo menos, intentarlo.

Referencias

1. Castel R. (1997) *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós.
2. Esping-Andersen G. (1990) *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press.
3. _____. (2000) *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona: Ariel.
4. Thérét B. (2006) Sistemas de protección social y representación política. Una perspectiva comparativa estructural. En: Le Bonniec, Y. & Rodríguez, O. (eds.) *Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia: 135-173.
5. Polanyi, K. (1989) La gran transformación: crítica del liberalismo económico 1944. Madrid: La Piqueta (389-405).

6. Gracia D. (1990) ¿Qué es un sistema justo de programas de salud? Principios para la asignación de recursos escasos. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 108 (5-6): 570-585
7. Marshall TH (1997) [1949] Ciudadanía y clase social. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas, REIS*, (79) jul-sep: 297-344. En: <http://reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_079_13.pdf> (consultado 30-11-09).
8. Mugerza J (1989) La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos). En: Peces-Barba G. (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate: 19-56.
9. Rodríguez O. (2006) Del patronato al aseguramiento en el sistema de protección social en Colombia: asistencia, identificación y legitimidad. En: Le Bonniec Y, Rodríguez O. (eds.) *Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia: 197-281.
10. _____. (2002a) *La salud fragmentada en Colombia, 1910-1946*. Bogotá: Instituto de Salud Pública, Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia.
11. _____. (2004) *La fragmentación de la salud en Colombia y Argentina. Una comparación sociopolítica. 1880-1950*. Colección Sede N° 27. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
12. Le Bonniec, Y. Sistemas de Protección Social Comparados: Colombia, Brasil y México I. *Rev. salud pública*, Bogotá, v. 4, n. 3, set. 2002. Disponible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-00642002000300001&lng=pt&nrm=iso>.
13. CEPAL-Comisión Económica de Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (2008) *Panorama social de América Latina 2008*. Santiago de Chile: CEPAL.
- 14 – 16. CCC-Colombia, Corte Constitucional, Segunda Sala de Revisión (2008) *Sentencia T-760/08*. Bogotá, 31 de julio (inédito).
17. Herrera V. (1999) Régimen subsidiado de salud: evolución y problemática. *Revista de Salud Pública*, 1 (3): 3-20.

18. Barajas L. C., Conversa L, Vega R. (2002) La focalización de subsidios para aseguramiento en salud: percepción de usuarios, funcionarios y autoridades locales y distritales. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, (3), dic.: 96-115.
19. Fresneda O. (2007) La visión de la población sobre el sistema de salud: resultados de la encuesta a la población de los estratos 1, 2 y 3 de las principales ciudades. En: Programa de Apoyo a la Reforma de Salud-PARS, Ministerio de la Protección Social; Centro de Investigaciones para el Desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia. *¿Ha mejorado el acceso en salud? Evaluación de los procesos del régimen subsidiado*. Colección PARS. Bogotá: PARS, Ministerio de la Protección Social: 165-225.
20. Fresneda O, Martínez P. (2007) ¿Identifica el Sisben a los pobres? El proceso de focalización en salud. En: Programa de Apoyo a la Reforma de Salud-PARS, Ministerio de la Protección Social; Centro de Investigaciones para el Desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia (2007) *¿Ha mejorado el acceso en salud? Evaluación de los procesos del régimen subsidiado*. Colección PARS. Bogotá: PARS, Ministerio de la Protección Social: 73-163.
21. Martínez F. (2007) Análisis de la contratación en el Régimen Subsidiado. En: Programa de Apoyo a la Reforma de Salud-PARS, Ministerio de la Protección Social; Centro de Investigaciones para el Desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia. *¿Ha mejorado el acceso en salud? Evaluación de los procesos del régimen subsidiado*. Colección PARS. Bogotá: PARS, Ministerio de la Protección Social: 361-465.
22. Yepes FJ, Ramírez M. (2007) *Pérdidas y ganancias de las reformas en salud*. Serie Universidad, Ciencia y Desarrollo, tomo II, fasc. 5. Bogotá: Facultad de Economía, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Asociación Colombiana de la Salud-Assalud.
23. Fresneda O, Martínez F. (2008) Mortalidad evitable en Bogotá: inequidades en el derecho a la vida. *Boletín del Observatorio para la Equidad en Calidad de vida y Salud en Bogotá*, (3), enero.
24. Fresneda O. (2009) Inequidades en el ciclo de vida en Bogotá. *Boletín del Observatorio para la Equidad en Calidad de Vida y Salud en Bogotá*, (6), mayo.
25. _____. (2009) Mejorar la salud materna desde el imperativo de la equidad. Ponencia presentada en la Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, “Los Objetivos de Desarrollo del Milenio-ODM. Un compromiso con

los derechos económicos, sociales y culturales". Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Colombia, febrero-junio de 2009 (En prensa)

26. Hernández M. (1997) Proceso sociopolítico y salud en Colombia: 1958-1993. En: Guerrero J. (Comp.) *Medicina y salud en la historia de Colombia*. Col. Memorias de Historia Vol. 6. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja. Archivo General de la Nación, Asociación Colombiana de Historiadores. Publicado con el mismo título en: *Tierra Firme* (Caracas) N° 72, octubre-diciembre: 663-682.
27. _____. (1999) El proceso sociopolítico de las reformas sanitarias en Colombia. *Cartilla de Seguridad Social* (Medellín) N° 5, diciembre: 21-43.
28. _____. (2000) El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. En: De Currea Lugo V, Hernández M, Paredes N. PROVEA. *La salud está grave. Una visión desde los derechos humanos*. Santafé de Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo: 133-164. Publicado en versión resumida y corregida en: *Revista de Salud Pública*, 2 (2), julio de 2000: 121-144.
29. _____. (2002b) Reforma Sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia. *Cadernos de Saúde Pública* (Río de Janeiro) 18 (4), jul-ago.: 991-1001.
30. _____. (2003a) Neoliberalismo en salud: desarrollos, supuestos y alternativas. En: Restrepo D.I. (Editor) *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Vicerrectoría Académica y Sede Bogotá, Universidad Nacional de Colombia: 347-361
31. _____. (2003b) El debate sobre la Ley 100 de 1993: antes, durante y después. En: Franco, S. (editor) *La Salud Pública hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública*. Bogotá: Facultad de Odontología, Sede Bogotá, Universidad Nacional de Colombia: 463-479.
32. _____. (2009) Mejorar la salud materna desde el imperativo de la equidad. Ponencia presentada en la Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, "Los Objetivos de Desarrollo del Milenio-ODM. Un compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales". Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Colombia, febrero-junio de 2009 (En prensa)

33. Hernández M. El enfoque sociopolítico para el análisis de las reformas sanitarias en América Latina. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. 2001, enero-junio; 19 (1): 57-70.
34. Lundberg, O., Åberg, M., Kölegård, M., Björk, L. & Fritzell, J. (2008) *The Nordic Experience: Welfare States and Public Health (NEWS)*. Health Equity Studies No 12. Stockholm: Centre for Health Equity Studies (CHES), Stockholm University/Karolinska Institutet.
35. Fraser N. (1997) *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes
36. _____. (2003) *Redistribución, reconocimiento y exclusión social*. En: Departamento Administrativo de Bienestar Social (DABS) y Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana (Editores) *Inclusión social y nuevas ciudadanías. Condiciones para la convivencia y seguridad democráticas. Seminario Internacional*. Memorias. Bogotá: DABS, PUJ: 55-69.

SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA COBERTURA, ACCESO Y ESQUEMAS DE FINANCIACIÓN Visión de futuro desde el aseguramiento

Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz
Nelcy Paredes Cubillos

Han pasado 15 años desde que Colombia adoptó un nuevo Sistema de Seguridad Social en Salud, el cual está basado en el aseguramiento y la participación del sector privado, en la búsqueda de la universalidad, la solidaridad, la eficiencia y un mejor estado de salud para la población.

Los sistemas de salud son dinámicos por naturaleza y el colombiano no es la excepción. Una primera fase de desarrollo de la Ley 100 de 1993 ha culminado este año 2008. Luego de las tímidas reformas legislativas introducidas en las últimas normas, el primer período se cierra en una situación de profunda crisis del sistema y la existencia de problemas estructurales, sin que se hubieran tomado decisiones eficaces, ni definido una ruta apropiada hacia el futuro. En este año también se da inicio a la segunda fase de la reforma en salud en Colombia, cuyo punto de partida es la sentencia de la Corte Constitucional T-760 que define el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, señala la necesidad de contar con lineamientos claros en materia de políticas públicas y de regulación y emite una

serie de órdenes de profundo calado en materia de planes de beneficios y flujo de recursos.

Así las cosas, se hace necesario considerar el diseño de una nueva fase que permita fortalecer el sistema para proyectarlo hacia los próximos 20 años. Para este propósito, se requiere la adopción de un paquete de medidas legislativas y reglamentarias, adicionales a una redefinición de políticas en salud, empleo y fomento a la formalidad.

El propósito del presente escrito es aportar elementos de juicio para la construcción de ésta nueva fase, para lo cual, a partir de las características deseables que debe tener el Sistema de Salud Colombiano, se proponen los factores críticos que deben ser resueltos.

Las características que serían deseables en nuestro sistema se enuncian a continuación:

- Universalidad
- Resultados en salud
- Equidad
- Calidad
- Acceso
- Protección financiera
- Eficiencia
- Sostenibilidad

Cada una de éstas características, según se dijo, requiere la adopción de medidas concretas de regulación y gestión que son factores críticos para su éxito.

1. Universalidad

La universalidad supone, como es obvio, que toda la población tenga acceso a los servicios de salud. En el

mundo existen básicamente dos modelos para lograrlo: el primero, un sistema público en el cual el Estado coordina, organiza, asume el riesgo y presta directamente los servicios de salud a toda la población, a través de redes de hospitales, preferentemente de naturaleza pública. El segundo modelo, el de aseguramiento, requiere la existencia de una o varias entidades que asumen el riesgo de enfermedad a cambio de una prima. En este modelo, el asegurador puede ser un monopolio público, parecido al antiguo sistema colombiano, o un esquema en el que operan varias entidades aseguradoras, con participación del sector privado, en un ambiente de competencia regulada, alternativa ésta que adoptó Colombia con la Ley 100 de 1993.

En éste escenario se supone que todo colombiano debe estar afiliado a una entidad aseguradora, finalidad que fue dispuesta por el legislador en 1993, ratificada por el legislativo y ordenada por la Corte Constitucional.

El reto sigue siendo cómo llegar efectivamente a la universalidad, garantizando que ella sea sostenible en el tiempo.

Para lograr este objetivo es preciso abordar los siguientes factores críticos:

1.1. Regulación del derecho a la salud

Como consecuencia de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, Colombia se enfrenta a una nueva realidad en la cual la salud es un derecho fundamental, lo cual supone una visión distinta del derecho a la salud y por supuesto una regulación y tratamiento específico.

La Corte señala que la salud como derecho fundamental puede ser susceptible de:

- Ser limitado, siempre que se respete un núcleo esencial que debe contener los servicios que se requieran (prescritos médicamente) con necesidad por el paciente (que no pueda soportarlos económicamente). Dado que además la Corte indica que deben respetarse los principios de vida, integridad y dignidad, surge el interrogante de determinar cuál es el alcance del derecho a la salud y, por tanto, los límites que puedan ser aplicados. La inquietud básica es que si el núcleo esencial es extremadamente amplio y la posibilidad de establecer limitaciones es muy reducida, se requerirán recursos económicos muy cuantiosos, con los cuales no se cuenta.
- Ser progresivo, es decir que los planes de beneficios, en función de la disponibilidad de recursos, no tienen por qué incluir en las primeras etapas todos los servicios. La Corte solicitó un cronograma en que progresivamente los planes incorporen nuevos beneficios. A este respecto la inquietud es que los límites de tales planes podrían dejar de aplicarse si, desde el principio, no incorporan el núcleo esencial del derecho a la salud, con lo cual, en la práctica, la progresividad sería simplemente un enunciado.

En este escenario el país tendrá que regular la salud como un derecho fundamental, para lo cual se ha sugerido la adopción de una ley de carácter estatutario, mecanismo previsto en la Constitución para regular este tipo de derechos.

1.2. Unificación del sistema y de la afiliación

Hoy en día existen varios subsistemas sujetos a reglas y beneficios diferentes. El país necesita un solo sistema con uniformidad de coberturas y operación coordinada, para lo cual se precisa

un cronograma de homologación de planes de beneficios para toda la población. Ello implica la adopción de decisiones difíciles, especialmente por la inclusión en ésta política de las poblaciones que hasta ahora han estado exceptuadas.

Como se desprende de lo anterior, cada subsistema tiene requisitos, soportes documentales y bases de datos diferentes, que tienen que ser superados por una afiliación unificada, sincronizada con el sistema de identificación oficial del país.

1.3. Movilidad entre regímenes

Uno de los problemas más apremiantes de la situación actual es la movilidad entre regímenes. La muestra más dramática es la de personas que prescinden de una oferta de empleo y de su afiliación al régimen contributivo derivado de éste, por no perder el cupo del régimen subsidiado. La afiliación debe ser al sistema, independiente de quien paga la prima. El sistema, en este caso, habrá de prever que la cobertura del subsidio se activa o desactiva automáticamente, según la situación en que se encuentre el afiliado.

1.4. Aseguramiento

El aseguramiento es el mecanismo definido por la ley para lograr la universalidad en la cobertura y hacer efectivo el derecho a la atención en salud de la población. En Colombia, como lo demuestran estudios recientes, el aseguramiento, en el cual participa activamente el sector privado, ha demostrado ser útil para extender la cobertura y, lo que es más importante, para brindar un acceso real a la atención.

En la nueva fase la consolidación del aseguramiento permitirá garantizar la cobertura universal. Sin embargo, es preciso definir los términos y condiciones apropiados para que el sector privado pueda actuar en esta importante actividad.

Todo inversionista requiere un marco jurídico estable y seguro, así como una rentabilidad razonable de su inversión, aspectos éstos que no se han dado en el sector.

1.5. Reingeniería del régimen subsidiado

El régimen subsidiado demanda su incorporación al sistema único. Esto supone reformas importantes dirigidas a unificar el proceso de afiliación, simplificar las reglas de operación, así como centrar la administración de los recursos en un fondo común con cargo al cual se paguen las primas de aseguramiento.

En un sistema unificado no será necesaria la celebración de contratos entre aseguradores y entidades territoriales. También tendrá que suprimirse la contratación obligatoria de los aseguradores con la red pública de hospitales, que no contribuye a la eficiencia y supone mayores gastos que afectarán a la universalidad. Bajo tales circunstancias es evidente la necesidad de adelantar un plan de modernización para que dicha red pública de hospitales sea viable en el futuro.

2. Resultados en salud

El aseguramiento es uno de los instrumentos para hacer efectivo el derecho a la salud y para mejorar las condiciones de salud de la población colombiana, si se trabaja de manera coordinada con el Estado, para intervenir oportunamente los factores de riesgo que la afectan.

En este sentido, la nueva fase del sistema debe establecer claramente las prioridades de salud que pueden ser atendidas, así como las competencias y el alcance de la gestión que, para su resolución, habrán de asumir las aseguradoras, las entidades territoriales, los prestadores y los mismos usuarios. A partir de estas definiciones, se medirán los resultados de la acción de cada participante, en términos de las mejoras obtenidas en los indicadores de salud de la población.

2.1. Nuevo plan de beneficios explícitos en función de prioridades

El plan de beneficios tiene como función establecer la cobertura de servicios de salud a los cuales tiene derecho la población. La manera como éste se diseñe contribuye eficazmente a mejorar los resultados en salud, si apunta a la satisfacción de las principales necesidades de atención de la población. Bajo esta perspectiva, metodologías para evaluar la efectividad y la eficiencia de las alternativas terapéuticas disponibles, se constituyen en una herramienta fundamental para seleccionar las coberturas del sistema que darán el mayor beneficio a la población, en países que, como Colombia, tiene recursos económicos limitados.

El Plan Obligatorio de Salud colombiano fue elaborado en 1994 y no ha sido sometido a una revisión integral. Esta es una necesidad apremiante que requiere, entre otros, considerar los siguientes aspectos:

- El impacto del cambio demográfico, en el cual se evidencia un proceso de envejecimiento de la población
- La existencia de zonas muy pobres con alta prevalencia de enfermedades transmisibles
- Los estudios de carga de la enfermedad
- Las probabilidades de ocurrencia de cada patología
- Las diferentes alternativas terapéuticas disponibles
- Los costos de prestación de cada una de las alternativas terapéuticas
- Los estudios de costo efectividad para seleccionar aquellas alternativas terapéuticas que producen el mejor resultado al menor costo posible
- La metodología actuarial para el cálculo de la UPC.

Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, el nuevo plan de beneficios requerirá ser elaborado y discutido en los distintos sectores de la sociedad, es decir usuarios, médicos, instituciones, gobierno, etc., lo cual, por supuesto, dará mayor legitimidad a este importante instrumento.

2.2. Esquema de gestión de riesgos en las EPS

Las EPS son aseguradoras que están sujetas a unas reglas muy rigurosas, en virtud de las cuales no se les permite seleccionar los riesgos, la afiliación es obligatoria y la cobertura y el precio son determinadas por el Estado. La importancia de la gestión de la EPS se concentra, entonces, en la administración de la red, en la búsqueda de los servicios de salud de la mejor calidad para sus afiliados, al precio más asequible posible y en la implantación de modelos de prevención de las enfermedades.

Para garantizar el cumplimiento de ésta obligación, las EPS tienen el reto de diseñar un sistema de administración de riesgos, que haga posible identificar, calificar y monitorear los factores de riesgo a que está expuesta la organización en su conjunto, así como la interrelación entre aquellos asociados a su gestión y los de salud a los que está expuesta su población afiliada. Este sistema le permitirá, en el marco de sus competencias, intervenir los riesgos de salud para prevenir la aparición de la enfermedad o reducir su severidad, salvaguardando con ello su propia supervivencia.

2.3. Trabajo coordinado entre entes de Gobierno y EPS

Obtener los mejores resultados en salud depende del trabajo coordinado del Gobierno, en sus diferentes jurisdicciones, con las EPS para que, a través de la intervención oportuna de

las causas que afectan la salud, se logre reducir la incidencia y prevalencia de nuevas patologías y su severidad.

Es imprescindible que las acciones de promoción de la salud y aquellas que se desarrollan a nivel de la colectividad, se complementen con las que debe realizar la EPS y su red de atención, en su relación directa con el afiliado.

2.4. Identificación e intervención de factores de riesgo– trabajo multisectorial

En la mayoría de los casos las enfermedades se originan por factores externos que escapan al accionar del sector, incluyendo a las EPS. Por el contrario, una gran parte de las causas de enfermedad, son generadas por deficiencias que se presentan en otros sectores claves, como pueden ser la educación, el medio ambiente, la infraestructura de acueducto y alcantarillado y la seguridad, entre otros.

Obtener cada vez mejores condiciones de salud para la población implica el compromiso del Gobierno, en su conjunto, para que se generen políticas saludables que intervengan los factores de riesgo que alteran la salud.

El desafío para las EPS, además de las acciones de prevención, detección temprana y atención de las necesidades de salud de sus afiliados, es desarrollar un sistema de información epidemiológica, con el propósito de identificar oportunamente los factores de riesgo para que alerten a las autoridades y para que adelanten ellas mismas los programas de intervención, según las competencias de cada cual.

El compromiso del Gobierno es vincular a todos los sectores que pueden generar riesgos para la salud, sociales y económicos, de tal manera que se implementen políticas que minimicen los efectos negativos sobre la salud de la comunidad.

2.5. Modelo de atención de medicina familiar

En el desarrollo de sus competencias, las EPS deben desarrollar modelos de gestión que privilegien la atención integral del afiliado y su familia, en el entorno social y laboral en que se encuentran.

Es por ello importante que se dé mayor prioridad a los modelos de atención de medicina familiar, fortaleciendo el papel y la capacidad resolutoria del primer nivel de atención.

2.6. Premios y castigos por autocuidado

Como se mencionó al inicio, la obtención de mejores condiciones de salud para la población requiere el compromiso de todos, incluyendo el del mismo afiliado.

En este sentido y en desarrollo del mandato constitucional, contenido en el artículo 49 de la Carta Política, es necesario que el Estado promueva la adopción de normas o programas que premien los hábitos de vida saludable y castiguen las conductas riesgosas que adopte el individuo y que le generen algún problema de salud.

3. Equidad

Lograr que el sistema de salud contribuya a la meta del Gobierno de reducir la pobreza y las desigualdades, implica que éste se organice y financie de tal manera que toda la población reciba los mismos beneficios, independientemente de su condición económica o de su riesgo de enfermar.

Los estudios antes mencionados, muestran que los instrumentos adoptados por la Ley 100 van dirigidos en la vía correcta, pero se requiere su reforzamiento para que se eliminen los factores que aún generan inequidades.

3.1. Solidaridad (vía cotización y/o vía impuestos)

Un elemento fundamental de nuestro sistema de salud es su solidaridad. Esta se da por varios caminos: el primero a través del aporte al cual están obligados los afiliados al régimen contributivo para la cofinanciación del subsidio que otorga el sistema a la población más pobre que no cuenta con un empleo o actividad que le genere el ingreso necesario para su sustento. El segundo, es una transferencia, al interior del régimen contributivo, entre los afiliados de mayor ingreso o mejor condición de salud, hacia los de menor ingreso o los más enfermos.

Este esquema de solidaridad ha permitido que la población pobre y aquella con problemas de salud que superan su capacidad económica, puedan acceder, a través del aseguramiento, a los servicios de salud que requieran. El desafío es garantizar las condiciones económicas que permitan, ya sea vía el aporte por cotizaciones o el pago de impuestos, los recursos económicos para garantizar la universalidad y la unificación de los planes de salud para toda la población.

3.2. Equiparación progresiva de planes

Es un imperativo resolver el reto mencionado en el punto anterior para eliminar la inequidad que implica tener planes de salud diferentes para segmentos de la población, afectando justamente a los más pobres.

Ello demanda la adopción de medidas que regulen los excesivos beneficios que reciben unos muy pocos sectores de la población, poniendo en riesgo la atención de sectores más amplios de la población.

3.3. Prima de seguro por nivel de riesgo en el régimen contributivo

Dado que hemos optado por organizar el sistema de competencia regulada, es fundamental establecer medidas de

política que corrijan los errores propios que puede presentar el aseguramiento. La primera es que la prima se adecue al nivel de riesgo asumido la cual debe ser diferente en función de la probabilidad de enfermar de los individuos. Ya existen en el sistema primas por edad, sexo y localización geográfica. No obstante, tenemos el reto de buscar alternativas para que éstas estén adecuadamente ajustadas e incluyan correcciones por enfermedad o historia de consumo de servicios.

3.4. Prima de seguro por nivel de riesgo en el régimen subsidiado

Infortunadamente en este régimen la prima no reconoce diferencias entre los riesgos de salud de los niños, adultos, mujeres en edad fértil, ni población mayor. Es una prioridad corregir esta situación, a través de primas diferenciales, por nivel de riesgo.

4. Calidad

La citada característica es la más importante en la competencia entre las EPS. Pero éste no es un concepto simple ni fácil de abordar. Se relaciona con el acceso, la oportunidad, la seguridad y la racionalidad técnica. Además, integra elementos como la idoneidad y competencia profesional, la disponibilidad y suficiencia de recursos, la eficacia, eficiencia, continuidad, la atención humanizada, para así lograr la satisfacción del usuario.

Aunque se establecieron normas que definen los contenidos del Sistema de Garantía de Calidad para IPS y EPS, los avances son lentos. Además de estimular su desarrollo, el sistema colombiano necesita que se definan las condiciones medias de calidad aplicables para que efectivamente se produzcan los resultados esperados de una mejor condición de salud para los afiliados. Para ello se deben atender los siguientes factores críticos:

4.1. Fijación de estándares según recursos

Es necesario definir los estándares mínimos de calidad en tres dimensiones: atención, prestación de servicios y resultados en salud con el fin de delimitar, de manera explícita, las condiciones de calidad media que, según la Ley 100 de 1993, son compatibles con los recursos disponibles.

4.2. Adopción de guías de atención

Los contenidos del POS pueden definirse como una lista explícita de servicios o como una selección de patologías. En cualquier caso lo ideal es tener guías de atención en las cuales se detallan de manera explícita: el proceso de atención, las condiciones específicas de los pacientes a quienes el sistema otorga una determinada prestación, actividad, procedimiento, dispositivo, insumo o medicamento y las condiciones medias de calidad que ofrece el sistema, según lo definido en el punto anterior. Las guías facilitan estandarizar la prestación de servicios y reducen su variabilidad.

4.3. Fortalecer acreditación

Se deben generar condiciones para que las entidades tanto prestadoras como aseguradoras establezcan programas continuos de mejoramiento de la calidad, para lo cual procedería evaluar la posibilidad de definir incentivos.

4.4. Certificación de profesionales de la salud

El sistema ha avanzado en el reconocimiento de que el recurso humano es un pilar fundamental para cualquier objetivo que se pretenda alcanzar en salud. Es por ello que se debe buscar que la educación formal y continuada impartida en las universidades, contenga de manera efectiva

el conocimiento acerca del funcionamiento del sistema, sus logros y las limitaciones que se enfrentan para lograr los mejores resultados a favor de la población. Así mismo, es perentorio que se promueva la utilización de metodologías basadas en la evidencia para garantizar el acceso de los colombianos a aquellas intervenciones que mejoren el nivel de salud, a costos sostenibles para el sistema.

4.5. Farmacovigilancia

Uno de los retos más importantes para la sostenibilidad de los sistemas de salud en el mundo, es la disponibilidad de nueva tecnología, que, en el campo de la salud implica, con frecuencia, mayores costos en el corto plazo y decisiones éticas difíciles en torno a los conceptos de equidad e igualdad. En este punto el país necesita institucionalizar un análisis de las tecnologías que puedan ingresar al país y de aquellas que serán costeadas con recursos públicos, acompañado de un sistema robusto de fármaco y tecno-vigilancia.

Es conveniente que los resultados de estos sistemas sean conocidos por la población para que pueda hacer una mejor utilización de los medicamentos y la tecnología cubierta por el sistema.

4.6. Inspección vigilancia y control

La competencia regulada tiene como parte fundamental un régimen de inspección, vigilancia y control que supervise periódicamente el cumplimiento de las normas por parte de las entidades, de suerte que establezca, de manera oportuna, las acciones y sanciones que sean requeridas.

El desafío es diseñar un sistema de control verdaderamente eficaz que puede partir de la definición de indicadores de

gestión y de control sensibles a la generación de problemas en una entidad, para su oportuna intervención.

4.7. Replanteamiento de la red pública de prestadores a nivel territorial

En el régimen subsidiado se requiere replantear la obligación de contratación con la red pública de prestadores cuando ella no garantice un acceso real y unos resultados en salud a la población del régimen subsidiado, a un costo asequible que el sistema pueda pagar. Para ello se deben definir estándares mínimos de calidad en cada una de las dimensiones mencionadas antes.

Cuando en una región sólo se encuentre la oferta pública disponible, el Gobierno tendrá que adoptar un plan de modernización que garantice la mejor respuesta posible, para el nivel de atención en que opera. Igualmente, en algunos de estos casos deberá cofinanciar la operación de dicha infraestructura ya que a las tarifas que puede contratar la EPS, implícitas en la nota técnica de la UPC-S, la entidad no puede mantener adecuadamente el costo de su operación.

5. Acceso

La garantía de acceso depende de múltiples variables socio-culturales y económicas, por lo cual se hace imperativo estudiar los determinantes para elegir las acciones de política más adecuadas para su cumplimiento efectivo.

Dentro de los retos que esta característica exige, está la consolidación de un solo sistema de salud, basado en aseguramiento, con prestaciones de salud definidas explícitamente tanto en servicios como en condiciones de calidad, que responda a las necesidades más apremiantes de la población.

5.1. Aseguramiento

Como se mencionó, el desafío de la segunda fase del sistema es consolidar el aseguramiento como estrategia para garantizar el acceso y resolver los problemas de inequidad que aún persisten.

5.2. Nuevo plan de beneficios explícito en función de prioridades

En la tarea de diseñar un nuevo plan de beneficios la definición de prioridades es un imperativo ético ya que los recursos disponibles nunca son suficientes, ni en nuestro país ni en países de alto nivel de desarrollo, para satisfacer todas las necesidades de salud de la población.

La forma de establecer las prioridades, desde el punto de vista técnico, se detalló en un punto anterior. No obstante, la definición de prioridades debe también ser un proceso democrático en el cual participen los usuarios, los médicos, los financiadores y los proveedores del servicio, a partir de una comprensión de las restricciones de recursos y de la necesidad de acordar los criterios para la definición de las coberturas.

5.3. Estándares de garantía de oportunidad, según recursos

Una definición indispensable en el diseño del POS es fijar de manera explícita las condiciones de oportunidad para el acceso a los servicios que el sistema se compromete a garantizar a los colombianos. Teniendo en cuenta las limitaciones de recursos, no sólo financieros humanos, tecnológicos y administrativos del sistema, se requiere que el usuario conozca plenamente el alcance de sus derechos y los plazos en los cuales va a tener acceso a los servicios definidos de acuerdo con las prioridades del servicio.

5.4. Trámite de los usuarios

Según las encuestas disponibles, el trámite de autorización de servicios es un elemento que produce insatisfacción en los usuarios del servicio. Las EPS, en conjunto con el Gobierno, deben revisar las normas vigentes con el ánimo de plantear alternativas para la verificación de los derechos y la pertinencia de los servicios, que sean transparentes para los usuarios.

5.5. Suficiencia de la red de prestación

Las EPS han detectado que en varias zonas del país o en ciertos servicios o en algunos momentos en los que se eleva la demanda por determinadas enfermedades, que hay escasez de oferta de atención que afecta el acceso y la oportunidad del servicio.

Esta situación, en muchos casos de carácter estructural y no coyuntural, requiere promover la ampliación de la oferta física y de recursos humanos para el adecuado suministro de los servicios. Las EPS están en la obligación de participar de esta solución porque es a ellas a quienes corresponde garantizar la red de servicios a sus afiliados.

El sistema necesita un plan que evalúe la correspondencia de la oferta de servicios frente a la demanda actual y futura de atención en salud que permita tomar los correctivos necesarios.

5.6. Recurso Humano

Como se mencionó, hay deficiencias importantes en la disponibilidad de recurso humano en algunas especialidades y para la cobertura de atención en algunas zonas del país.

La reglamentación de la Ley 1162 podría incentivar a los profesionales de las especialidades deficitarias o para su ejercicio en zonas apartadas.

5.7. Esquema separado para servicios no POS de carácter progresivo

La responsabilidad de una EPS, como la de cualquier otro asegurador, debe circunscribirse a la cobertura prevista en el respectivo plan de beneficios. En consecuencia la EPS no es responsable de los servicios excluidos del POS.

Con base en la doctrina constitucional los servicios fuera del POS que reúnan las características definidas por la Corte Constitucional deben ser suministrados por el Estado como último garante del derecho a la salud. Desde nuestra óptica es menester deslindar claramente los roles en el sistema. A la EPS corresponde asumir los contenidos POS. Todos los servicios no POS deberán corresponder al Estado, quien es el real deudor de dichos servicios excluidos del plan de beneficios.

El manejo de los servicios no POS debe obedecer a un sistema de gestión nacional con procedimientos y criterios técnico científicos unificados. Los aludidos servicios deberán ser pagados por un esquema diferente de las EPS, como por ejemplo un fondo público administrado directamente por el Estado.

El nuevo mecanismo tendrá que incorporar regulaciones precisas en cuanto a la capacidad de pago de los usuarios de los servicios no POS, lo cual requiere de consultas de bases de datos como las manejadas por la DIAN, entre otros.

Así mismo, teniendo en cuenta que algunos usuarios pueden contar con patrimonio suficiente para asumir los servicios no POS pero no contar con la liquidez para realizar el pago, el nuevo esquema podría contemplar que este fondo público brinde líneas de crédito a estos usuarios

5.8. Replanteamiento de la red prestadora pública territorial

Ya se mencionó la importancia de efectuar un replanteamiento de la red pública prestadora de servicios de salud, a partir de estudios de la oferta disponible, en cada zona del país. Esto implica, pensando en el usuario más pobre, la adopción de decisiones difíciles respecto de aquellas instituciones que no son viables, así como arbitrar más recursos para reforzar, con inversiones en equipamiento y en gestión, las que si lo sean.

En este mismo sentido procede revisar la obligación de la contratación obligatoria de las EPS con dicha red, sobre todo en aquellos casos en los que ella no brinda el acceso oportuno y con calidad a los servicios que requieren los afiliados.

6. Protección financiera

La Ley 100 de 1993 propuso la protección financiera como uno de los fundamentos del servicio público de salud. La Organización Mundial de la Salud, en su informe del 2000 “Mejorar el desempeño de los servicios de salud”, calificó el sistema de salud colombiano como el primero del mundo que logra garantizar una real protección a los afiliados.

Este importante logro debe defenderse. Para ello es imperativo consolidar el sistema de aseguramiento y garantizar su adecuada financiación.

6.1. Aseguramiento

El aseguramiento es uno de los instrumentos mas poderosos para garantizar un acceso efectivo a la atención, porque el afiliado no asume directamente el costo total de su atención. En el sistema colombiano, el individuo, a cambio de una prima,

transfiere a un asegurador el riesgo de ruina que le puede generar la financiación, con recursos propios, de un evento de enfermedad en su grupo familiar. El aseguramiento evita que las familias caigan en la pobreza cuando deban enfrentar casos de atención en salud que no puedan soportar económicamente.

Ello implica que Colombia tenga el gasto de bolsillo menor en los países de la región. Esto último representa un logro de la mayor trascendencia porque es una garantía para la estabilidad económica y la calidad de vida de las familias de bajos ingresos.

Hay que afrontar con responsabilidad y valentía los desafíos mencionados a lo largo de este escrito, para garantizar la consolidación de un sistema que hasta el momento y a pesar de todas las dificultades enfrentadas, ha logrado brindar a la población, especialmente a la más pobre, un acceso real a los servicios de salud.

6.2. Impulso a los planes adicionales

Dado que los recursos económicos disponibles son limitados la cobertura universal bajo un plan de servicios esenciales de salud para todos implica la necesidad de priorizar las patologías más importantes con modelos de atención que brinden la mayor y mejor respuesta para la población colombiana. Es preciso entonces que aquellas personas con capacidad de pago, que deseen mejorar estas condiciones mínimas, hagan aportes adicionales a planes de salud voluntarios.

La financiación de las prestaciones de salud a través de estos mecanismos, contribuyen a reducir las frecuencias de utilización de servicios a cargo de la UPC. Son recursos adicionales que ayudan a financiar el sistema y se constituyen en un elemento adicional que amplía la solidaridad y la protección financiera de la población de menores recursos económicos.

Para este propósito carecen de sentido las barreras reglamentarias y los criterios restrictivos de la Superintendencia Nacional de Salud que afectan negativamente a los planes complementarios y a la Medicina Prepagada.

6.3. Adecuado balance en copagos y cuotas moderadoras

El sistema requiere ajustar el mecanismo de pagos moderadores y copagos que contribuya con la financiación de los servicios e incentive su buena utilización por parte de la población afiliada.

7. Eficiencia

La OMS asimila el concepto de “eficiencia del sistema de salud” al de “desempeño global”, definido a partir de los resultados alcanzados por un sistema, dado un nivel determinado de recursos. El sistema de aseguramiento adoptado por la Ley 100 de 1993, incluye este principio para la seguridad social en su conjunto, de tal manera que se obtenga “la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles”.

La eficiencia es un imperativo ético para lograr los mejores resultados de salud dados los recursos disponibles. Es primordial definir los mejores modelos de atención y los procesos técnicos más eficientes para alcanzar las metas del sistema, asegurando el acceso a servicios de calidad a toda la población.

7.1. Aseguramiento

El aseguramiento también puede contribuir a la eficiencia en la medida en que las EPS deben cubrir los servicios de salud contenidos en el POS, que la población afiliada requiere, con los recursos de la UPC y los copagos y cuotas moderadoras. Para responder adecuadamente

por los riesgos cubiertos, la EPS desarrolla programas de prevención y detección temprana de las enfermedades para reducir su aparición o la complejidad de sus secuelas. También selecciona la red de la mejor calidad posible, que se ajuste a las necesidades de atención de su población, a un precio compatible con los recursos recibidos.

Para cumplir con este postulado es necesario definir adecuadamente los contenidos del POS para que puedan ser financiados con la prima asignada. Adicionalmente, se requiere realizar un seguimiento cercano de los resultados obtenidos por las EPS para obtener la mayor cantidad de servicios, con los recursos disponibles.

La experiencia del sistema de salud colombiano ha demostrado que el aseguramiento y, especialmente, la participación del sector privado producen una reducción sustantiva en los gastos de administración, lo cual muestra que sí es posible obtener mayor acceso y mejores resultados en salud con los mismos recursos disponibles. Sin embargo, no es dable pensar que sea posible hacer reducciones adicionales apreciables en los gastos de administración.

7.2. Participación del sector privado en el aseguramiento

No se puede desconocer que buena parte del crecimiento económico de un país descansa sobre la empresa privada, pues esta tiene los incentivos para promover la inversión y el crecimiento a cambio de una utilidad razonable.

La participación del sector privado en el aseguramiento de la salud ha generado innegables niveles de eficiencia, pero para que la empresa privada pueda sobrevivir se requieren reglas claras y seguridad jurídica para actuar en esta importante actividad. Hoy, estos aspectos son críticos.

Las evaluaciones de varias experiencias en países con diversos modelos, muestran que si se restringe la propiedad o la iniciativa privada, los niveles de crecimiento y desarrollo son inferiores a los alcanzados cuando se estimula al sector privado. Perseguir el lucro, siempre y cuando vaya de la mano con la responsabilidad social, no sólo es positivo sino necesario.

La participación del sector privado, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, ha demostrado sus bondades. El reto es garantizar, de un lado, las definiciones adecuadas del POS y la UPC y, de otro, establecer reglas claras que dan transparencia a la relación entre el Estado y las EPS.

7.3. Participación sector privado en la prestación

El sector privado ha estado siempre presente en la prestación de servicios de salud. No obstante, su crecimiento y desarrollo requiere también un ambiente adecuado para la inversión, lo cual implica la definición adecuada de la UPC para que ella pueda remunerar adecuadamente el servicio.

7.4. Promoción de la competencia regulada

El sistema de salud se soporta sobre la competencia por calidad, dado que el precio y el producto están definidos por el Estado. Es un esquema de mercado ampliamente regulado.

Uno de los elementos necesarios para promover la competencia es permitir la libertad de precios en el mercado de servicios de salud para que en una sana competencia, se puedan obtener los mejores servicios de salud a un precio adecuado que el sistema pueda pagar. Es por esto que se requiere revisar las fallas del mercado que supuestamente propone resolver el manual de tarifas mínimas que se

pretende expedir. Definir por decreto los precios que deben pagar las EPS, eliminará una de sus funciones básicas e impactará la financiación futura de los servicios de salud. Además, una imposición de precios limitaría en extremo el marco de gestión de las EPS, lo cual se sumaría a la fijación de la cobertura, la prima y los deducibles por parte del Estado. En estas circunstancias se estaría desvirtuando el carácter asegurador de la EPS.

7.5. Metodología oficial de costo efectividad

La actualización del POS demanda la realización de estudios de evaluación económica como una herramienta que ayude a la toma de decisiones sobre la incorporación de servicios de salud. Una de tales metodologías es la de costo efectividad la cual considera tanto los efectos sobre la salud como sobre los recursos consumidos por el respectivo servicio, comparado con otras alternativas terapéuticas disponibles.

Sería altamente conveniente que la Comisión de Regulación en Salud, CRES adopte una metodología oficial de costo efectividad.

7.6. Metodología oficial de adopción de nueva tecnología

Las metodologías de evaluación económica son importantes pero no suficientes para la definición de los contenidos del POS. Los descubrimientos biomédicos no pueden mejorar la salud de las personas si no se hacen investigaciones que determinen cómo aplicarlos en los distintos sistemas de salud y contextos políticos y sociales, garantizando que lleguen a quienes más los necesitan, a costos que la sociedad y el país puedan pagar.

Estas innovaciones están presionando los costos del sistema, por lo cual es perentorio asignar a una entidad o a un grupo

externo de carácter eminentemente técnico, la función de evaluar los beneficios de las innovaciones, en comparación con las otras alternativas disponibles.

7.7. Información transparente

Una adecuada rectoría del sistema necesita un sistema de información que haga posible monitorearlo y tomar las decisiones adecuadas en el momento oportuno.

Así mismo, los diferentes participantes del sistema requieren, para sus análisis del entorno y la planeación de sus actividades, conocer la información que debe estar disponible para todos. No puede haber información oficial que no pueda ser consultada, especialmente aquella, por ejemplo la de los estados financieros, que es aprobada por la autoridad competente.

El sector ha hecho esfuerzos importantes en la definición y estandarización de datos de consumos de servicios y diagnósticos (RIPS), pero hay un atraso importante de ciertas instituciones en su implementación. Después de diez años de su definición, es necesario que el Gobierno evalúe el sistema para que proponga su simplificación, teniendo en cuenta los costos de producción de datos que no se usan.

7.8. Reingeniería régimen subsidiado

Como ya se expresó, el régimen subsidiado debe ser repensado en su operación, la cual es en extremo complicada, genera costos de transacción importantes y es altamente ineficiente. Adicionalmente, falta claridad en las responsabilidades de las entidades que intervienen en el proceso. Las decisiones son importantes y seguramente su discusión y análisis tendrá un alto contenido político. No obstante, si ellas no se adoptan, continuarán los problemas, en perjuicio de la población pobre.

7.9. Replanteamiento de la red pública territorial

Ya se ha dicho de manera reiterada que se requiere un replanteamiento de la financiación y operación de la red pública, que hoy genera ineficiencias desviando recursos que pueden ser invertidos en la atención de la población más pobre. Los hospitales públicos tienen que prepararse para un entorno en que los subsidios a la oferta se reducirán hasta desaparecer, por lo cual su sobrevivencia dependerá de su propia gestión.

8. Sostenibilidad

La reforma de 1993 proyectó un sistema de cobertura universal en el que toda la población colombiana tendría acceso a los mismos servicios de salud a cambio de una prima que la pagaba el sistema con los aportes por cotización y a través de la asignación de subsidios para la población más pobre. Para alcanzar la autosostenibilidad en el mediano plazo, la ley partió del supuesto de una economía con tasas de crecimiento promedio cercanas a 5 por ciento, que mantendría tasas de desempleo de un solo dígito. En este escenario, los aportes por cotización generaban los recursos, tanto de solidaridad como de impuestos, necesarios para apalancar la financiación del régimen subsidiado.

Las condiciones económicas no han sido las esperadas y ello impacta el sistema de salud. Su análisis es ineludible en la proyección futura del sistema.

La desaceleración de la economía genera efectos negativos en las cotizaciones derivadas del empleo y en los recaudos tributarios. Simultáneamente exige un mayor esfuerzo fiscal del Estado para mantener el financiamiento del régimen subsidiado.

Por lo anterior, un régimen contributivo robusto y de mayor tamaño que el subsidiado se constituye en elemento

esencial de la sostenibilidad, la cual supone, por otro lado, que el aseguramiento sea sostenible como tal, es decir que la UPC se calcule técnicamente para poder cubrir los beneficios del POS.

8.1. Formalización de la economía

Si la economía no genera empleo formal, se afectan los ingresos por cotizaciones, el flujo de recursos, lo cual pone en riesgo la autosuficiencia del régimen contributivo.

En el país se han desarrollado, a veces con la tolerancia gubernamental, modalidades de contratación que marginan al trabajador de la formalidad. El reto es incorporar el mayor número de personas en la economía formal, lo cual como consecuencia traerá mayores afiliados al régimen contributivo que apalanquen el sistema.

8.2. Control a la elusión y evasión

En los 15 años de desarrollo del sistema se han construido instrumentos para el control de la evasión y la elusión. En este sentido está el Registro Único de Aportantes (RUA), la Ley 828 de 2003 y otro paquete de medidas reglamentarias establecidas con ese objetivo. Luego se articuló el Registro Único de Afiliados (RUAf) y, recientemente, se unificó el recaudo de los aportes parafiscales y de seguridad social a través de la PILA y se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social, UGPP. Los resultados para el control de la evasión aún no han sido los esperados y se debe propender por la aplicación coordinada de todas estas normas para lograr un mayor impacto. Estos sistemas deben acompañarse también de cruces con otras bases de datos disponibles para corroborar los ingresos de las personas como la DIAN.

También es importante encontrar fórmulas para que las personas de bajos ingresos puedan afiliarse al régimen

contributivo, sin la obligación de realizar la cotización plena a pensiones o generar esquemas de ahorro para la vejez.

8.3. Costeo actuarial del plan de beneficios

Para garantizar la sostenibilidad de las EPS y del sistema no basta hacer estudios de costo efectividad que evalúen las nuevas tecnologías. Las decisiones finales de inclusión en el POS deben hacer proyecciones de incidencia de las patologías y probabilidades de utilización de servicios y comparar este costo con los ingresos disponibles en el sistema.

Se requiere cambiar la metodología de cálculo de la UPC para que efectivamente se utilice información histórica sobre los consumos de servicios y sobre los costos de atención para que se estimen, con metodologías actuariales, las probabilidades de uso por diferentes variables, tal como se hace en la definición de las primas en cualquier seguro.

8.4. Esquema separado para servicios fuera del plan de carácter progresivo

Como ya se mencionó antes, se requiere una entidad externa para que evalúe la pertinencia de servicios no POS en casos específicos y autorice o desapruebe con criterios previamente establecidos tanto científicos como económicos.

La financiación de los servicios no POS y su organización pueden establecerse siguiendo el modelo de otros países, mediante un fondo público administrado por el Estado separado de la gestión de las EPS.

8.5. Fomento de planes adicionales

Los Planes adicionales ayudan a preservar la sostenibilidad del sistema. El país no puede garantizar a la población con capacidad de pago ciertas comodidades o ciertos

procedimientos, que desde el punto de vista de la colectividad, no son prioritarios. Su financiación corresponde a recursos propios a través de la compra de planes de cobertura adicional que se ofrezcan en el mercado.

También es importante considerar la posibilidad de que se establezca una legislación que obligue a las personas que voluntariamente deciden hacerse una cirugía estética, o desarrollen actividades deportivas de alto riesgo, para que adquieran coberturas adicionales para la financiación de las complicaciones que puedan surgir.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y LA SENTENCIA T-760 DE 2008

Nelson Alvis Guzmán

Julio Orozco Africano

*Grupo de Investigación en Economía de la Salud
Universidad de Cartagena*

“ARTÍCULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

El presente ensayo tiene como propósito mostrar la evolución de la garantía derecho a la salud en el sistema sanitario colombiano, finalizando con algunas reflexiones en torno al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008, proferida por la Honorable Corte Constitucional (C-T-760) y su impacto sobre el sistema de salud.

Antecedentes

Luego de más de sesenta años de promulgada la declaración universal de los derechos humanos, no existen excusas para reconocer la salud con un derecho fundamental (1, 2).

El derecho a la salud hace parte de los llamados derechos de “segunda generación” aunque también se conocen como Derechos Económicos, Sociales y Culturales-DESC- debido a que su ejercicio y cumplimiento solo se dará gracias a la interacción de las personas que hacen parte de la sociedad (3). Existen propuestas de clasificar estos derechos como morales, es decir, derechos con los cuales cuenta cualquier ser humano sin necesidad de que cumpla condiciones especiales o haya una ley que los respalde (4). En la actualidad estos derechos luchan por su legitimidad, sobre todo en un mundo donde prima el pensamiento neoliberal, y muchas veces son objeto de disputas judiciales. Así, Hernández M (2002) considera que en Colombia existen tanto frustraciones acumuladas como obstáculos estructurales para el logro del derecho a la salud para todos (5). Varios estudios se han ocupado del derecho a la salud en el marco de la reforma sanitaria colombiana (6-9).

En Colombia, la Constitución Política de 1991 consagra el derecho a la atención en salud como servicio público a cargo del Estado. Además define una garantía constitucional al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Estos se garantizarán bajo los principios de

eficiencia, universalidad y solidaridad. Con base en dichos principios, se previó que la mejor manera de organizar la garantía estatal de acceso a la prestación de servicios de salud sería la de implementar un Sistema de General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) basado en una competencia regulada, en la que el estado pudiera intervenir el mercado para ajustar sus imperfecciones a favor de las necesidades sociales, en un modelo denominado “pluralismo estructurado”(10).

La creación del SGSSS pretendía corregir la falta de acceso universal y los bajos índices de satisfacción de los usuarios con la prestación de los servicios de salud. Se esperaba que al finalizar el 2001 la totalidad de la población colombiana tuviera garantizada la prestación de los servicios a través del aseguramiento en el Régimen Contributivo o del Régimen Subsidiado.

Si bien, los recursos para la salud alcanzaron 7,8 por ciento del PIB (11) y las coberturas de aseguramiento han alcanzado casi 90 por ciento de la población (12) (Tabla 1), persisten problemas de acceso efectivo a la atención en salud.

Tabla 1. Total de Afiliados al Régimen Contributivo y Subsidiado 2008

Régimen	Personas Afiliadas	% Población Afiliada	% Población Total
Contributivo	17.234.265	43.4	38.8
Subsidiado	22.485.211	56.6	50.6
Población cubierta	39.719.476	100.0	
Población no cubierta	4.730.784		10.6

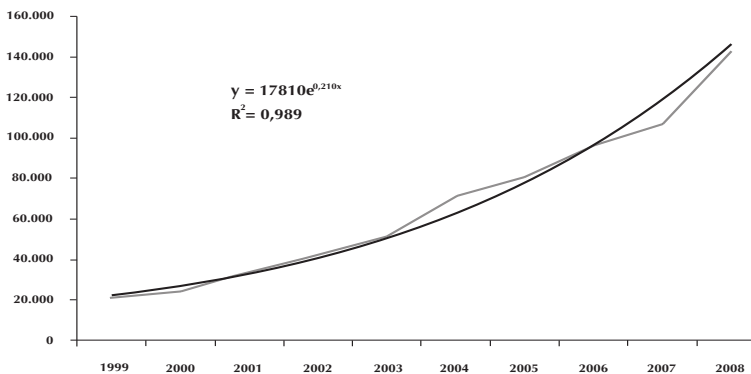
Fuente CNSSS – MPS 2009.

La falta de cumplimiento de los supuestos macroeconómicos de la Ley 100 de 1993, en especial desde 1997, dieron al traste con la pretendida universalización, de modo que el sistema de salud entró en un período de transición prolongado durante el cual se profundizaron las inequidades estructurales en cuanto a las diferencias entre los planes de beneficio, las diferencias en los recursos per-cápita y en la calidad de la atención que se brinda a los pobres y a la población con capacidad de pago. Estas inequidades se vieron reflejadas en una escalonada de tutelas mediante las cuales, las personas afectadas buscan proteger sus derechos.

Evidencia de esto se refleja en el informe de la Defensoría del Pueblo del 2009 (13) sobre las tutelas en el que se destaca que en la década de 1999 a 2008 se presentaron un total de 1.951.341 tutelas de las cuales 674.612 correspondieron a salud. Es decir una de cada tres tutelas (34.57%) interpuestas durante el periodo corresponde a una acción impetrada sobre el sector salud. En la figura 1 se observa la tendencia de la tutela en salud durante el periodo la cual guarda una tendencia exponencial. Igualmente los recobros al FOSYGA crecieron de similar manera, con tendencia polinómica cuadrática, entre el 2002 y el 2008 (Figura 2), creciendo más de veinte veces dicho recobros en el periodo, llegando a cerca de un billón de pesos.

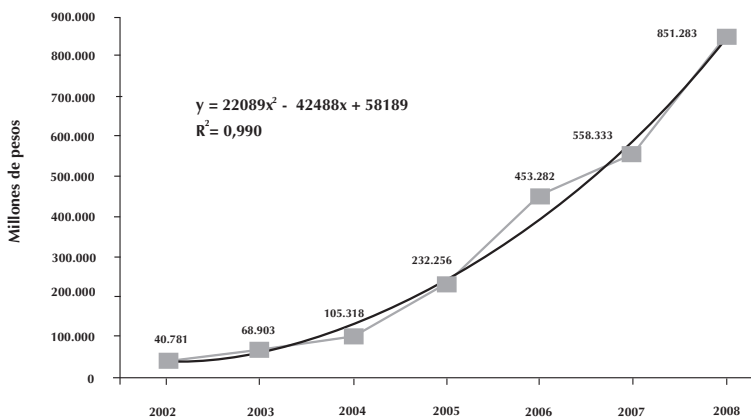
Este crecimiento progresivo de las tutelas en el sector salud evidencia una problemática en el acceso efectivo a la atención en salud, lo que generó una variación progresiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al derecho a la salud.

Figura 1. Acciones de tutela interpuestas en Colombia 1999 - 2008



Fuente: diseño de los autores a partir de Gualteros et al (13).

Figura 2. Recobros por concepto de tutelas al FOSYGA Colombia 2002 - 2008



Fuente: Consorcio Fidufosyga.

Entre los años 2006 y 2008 la tasa de tutelas por 10.000 personas creció en Colombia en un 27 por ciento siendo más notorio dicho incremento en los departamentos con mayor proporción de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI). Ello quizá se explica por la situación de mayor desprotección de gran parte de esta población.

Tabla 1. Tutelas de salud por cada 10.000 habitantes Colombia 2006 – 2008

Departamento	2006	2007	2008	Periodo	Crecimiento	NBI
Guainía	5.0	9.3	20.2	11.6	75.2	60.6
Vaupés	0.5	0.7	1.5	0.9	66.7	54.8
Amazonas	4.4	9.4	12.1	8.6	63.6	44.4
Putumayo	1.9	2.5	4.7	3.1	59.6	36.0
Caquetá	4.2	6.1	10.0	6.8	58.0	41.7
Nariño	8.8	12.4	19.0	13.4	53.7	43.8
Guaviare	1.6	4.3	3.4	3.1	52.9	39.9
Cundinamarca	3.3	4.1	6.5	4.7	49.2	21.3
Córdoba	7.4	8.5	13.6	9.8	45.6	59.1
Bolívar	12.0	15.5	22.0	16.5	45.5	46.6
Atlántico	13.7	16.2	24.8	18.3	44.8	24.7
Santander	23.4	28.6	40.3	30.8	41.9	21.9
Caldas	48.4	55.8	77.1	60.5	37.2	17.8
Magdalena	10.0	11.1	15.9	12.3	37.1	47.7
Arauca	3.8	4.1	5.9	4.6	35.6	35.9
Cauca	17.5	25.3	27.1	23.3	35.4	46.6
Vichada	3.0	2.0	4.6	3.2	34.8	67.0
Cesar	12.6	14.6	18.5	15.3	31.9	44.7
Antioquia	52.3	52.1	76.7	60.4	31.8	23.0
Huila	15.8	16.7	23.1	18.6	31.6	32.6
Risaralda	39.0	43.0	56.6	46.2	31.1	17.3
Sucre	8.1	8.2	11.6	9.3	30.2	54.9
Tolima	21.8	25.4	31.2	26.1	30.1	29.8
Valle	26.8	29.2	37.6	31.2	28.7	15.7
San Andrés	20.3	22.2	28.1	23.6	27.8	40.9
Boyacá	9.4	10.2	13.0	10.9	27.7	30.8
Norte de Santander	18.0	20.0	23.7	20.6	24.1	30.4
Quindío	32.0	28.3	41.0	33.8	22.0	16.2
Chocó	7.6	6.5	9.5	7.9	20.0	79.6
Casanare	4.4	4.2	5.4	4.7	18.5	35.5
Bogotá D.C.	22.2	25.6	25.6	24.5	13.3	9.2
Meta	20.2	19.7	23.0	21.0	12.2	25.0
La Guajira	7.1	9.5	7.4	8.0	4.1	65.2
NACIONAL	22.2	24.4	32.2	26.3	31.1	27.8

Fuente. Modificado a partir de Gualteros et al (13).

Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al derecho a la salud

Con base en la observación del comportamiento de las actuaciones de la Corte Constitucional en torno al derecho a la salud, se puede identificar una evolución de perspectivas consolidadas en las siguientes posiciones:

A partir de 1991, la posición inicial de la corte sobre el derecho a la salud se limitaba a afirmar el carácter prestacional del mismo lo cual le imponía la sujeción a la existencia programática de un presupuesto que pudiera garantizar su efectividad. Esta posición obedecía al hecho de que la salud se ubicaba, dentro de la carta magna, en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Luego, la corte decide tutelar el derecho a la salud invocando su conexidad con el derecho a la vida; posición que luego fue ampliada al proteger el derecho, no sólo cuando se invocaba el derecho a la vida, sino también cualquier otro derecho fundamental ligado con la dignidad humana.

Esta variación de la jurisprudencia permitió proteger el derecho a la salud de manera más efectiva. No obstante, el derecho de los colombianos a gozar del más alto nivel de salud física y mental distaba mucho de estar satisfecho, a pesar de su claro reconocimiento normativo y del considerable aumento de los recursos destinados para su cristalización. Los usuarios seguían muriendo en la puerta de los hospitales, las entidades aseguradoras continuaban negando los servicios, aun incluidos en los planes de beneficio y los indicadores de salud pública seguían deteriorándose. Sobre esto en el 2000 Franco A., comentaba: *diversos estudios... mencionan niveles de satisfacción con el sistema en oportunidad y calidad del servicio del 80 por ciento. Otra cosa es lo que expresan los diferentes actores, sobre todo los hospitales,*

los trabajadores de la salud, los gremios, que encuentran un deterioro en la atención en todos los sentidos. Parece ser que los satisfechos son quienes tuvieron la suerte de la accesibilidad, no así quienes han pasado varios meses buscando una consulta, o sea que representan poblaciones distintas en los análisis. Las inconsistencias en los estudios y en las conclusiones a las que llegan se ven más en las tendencias; independientemente de ellas puede decirse que existe entre un 40 y 50 por ciento de la población completamente desprotegida, sin aseguramiento; de los asegurados no podemos concluir nada sobre las posibilidades de acceso, es decir que logren la atención satisfactoria, que tengan cobertura por servicios de salud (14).

Como puede observarse en la figura 1, a partir del comienzo del nuevo siglo la rama judicial pasa a ser esencial para garantizar el acceso a los servicios de salud en Colombia. Ante tal situación, en 2006, la Defensoría del Pueblo, a través de la Defensoría Delegada para la Dirección del Seguimiento, Evaluación y Monitoreo de las Políticas Públicas para la Realización de los Derechos Humanos, mediante el Programa de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública en Derechos Humanos- PROSEDHER, elaboró un estudio de la serie de seguimiento a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que invita a reflexionar sobre la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos (15). Luego, la Procuraduría General de la Nación, en asocio con la Agencia Catalana de Cooperación para el Desarrollo y el Centro de Estudios de Justicia y Sociedad, realizaron un análisis de la naturaleza del derecho a la salud y las responsabilidades del estado para garantizar su efectividad a la luz del bloque de constitucionalidad (16), que recogió más o menos los mismos preceptos delineados en el estudio antes descrito.

Tales estudios fueron entregados a la Corte Constitucional y evidentemente tuvieron su efecto, pues de inmediato se expedieron fallos que apuntaban en esa dirección¹⁶.

Aspectos esenciales en la consolidación del derecho a la salud como derecho fundamental

El artículo 93 de la Constitución Política¹⁷ reconoce la importancia de aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, siempre que hayan sido adoptados y ratificados por el Congreso de la República. Es decir, que los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia y los pronunciamientos de las instancias internacionales encargadas de interpretarlos tienen carácter vinculante y su aplicación es obligatoria y constituye lo que se denomina “bloqueo de constitucionalidad”. Por mandato expreso de la carta magna, estas normas tienen rango constitucional y, como resultado, obligan tanto al estado como a los particulares, conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena que consagran, respectivamente, el principio *pacta sunt servanda*¹⁸ y la prohibición de invocar normas internas como excusa para no cumplir un tratado. Los siguientes son los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la salud y su desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional colombiana:

- La **Declaración Universal de Derechos Humanos** protege explícitamente el derecho a la salud al decir que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia,

16 Sentencias C463 y T-760 de 2008.

17 ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

18 En virtud de este principio, las partes que aprueban un tratado internacional se obligan a cumplirlo de buena fe.

la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”¹⁹.

- El **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales** que entró en vigor para Colombia desde 1968, en su artículo 12 contiene una de las disposiciones de desarrollo más amplio en derecho internacional de los Derechos humanos sobre el derecho a la salud. El Artículo 12 expresa:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

19 Artículo 2. Es de resaltar que no introduce el concepto de gratuidad, como sí lo especifica en el artículo 26 en relación con el derecho a la educación.

El **Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales** (DESC) como órgano de supervisión del Pacto para vigilar el cumplimiento de sus disposiciones y asegurar la correcta interpretación de cada una de ellas, ha realizado varias recomendaciones y observaciones generales explica el contenido y alcance de cada derecho, a fin de que los Estados deriven de éstas el desarrollo normativo, las políticas, las instituciones y los programas requeridos²⁰. Respecto al derecho a la salud, el Comité produjo la **Observación General No. 14** relativa al Artículo 12²¹, que define la naturaleza, el contenido y alcance del derecho a partir de la inclusión de elementos y procedimientos complementarios, inherentes a la afirmación de la salud como “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. En cuanto a las medidas descritas en el párrafo 2 del Artículo 12 del Pacto con el fin de asegurar el derecho a la salud, los apartados a, b, c y d constituyen, en concepto del Comité, una lista incompleta de ejemplos dados a modo de orientación para definir todas las medidas que deben adoptar los Estados.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (también conocido como Pacto de San José, 1966), fue ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 1972, y define en forma genérica la obligación de los Estados de adoptar mecanismos que permitan alcanzar, progresivamente, la plena efectividad de los DESC.

20 Las observaciones generales del Comité DESC como intérprete autorizado del PIDESC configuran disposiciones de lo que se denomina “soft law”, es decir, textos jurídicos que sin ser estrictamente vinculantes tienen relevancia jurídica. Es pertinente anotar que la Corte Constitucional ha señalado que las observaciones generales del Comité DESC deben ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos al interpretar, aplicar y realizar los derechos económicos sociales y culturales. Ver sentencias C-21 de 1997 y T-98 de 2001.

21 Adoptada en el 22º período de sesiones, Ginebra, abril 2 a mayo 12 de 2000.

El **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC** (Protocolo de San Salvador, 1988), el cual fue ratificado por Colombia mediante Ley 319 de 1996, define de manera específica los derechos a la salud (artículo 10) y a un medio ambiente sano (artículo 11), que sólo habían sido señalados en forma general en el Pacto de San José de 1966. En este Protocolo, la salud aparece de nuevo concebida como un derecho humano que exige “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental”. Sin embargo, el instrumento añade una nueva perspectiva de análisis que denota el alcance colectivo del derecho en tanto, simultáneamente, lo define como un bien público²² y fija un marco específico de obligaciones a cargo del Estado. Estas obligaciones deben garantizar la atención primaria en salud puesta al alcance de la comunidad, la extensión de beneficios en salud a todas las personas cobijadas por la jurisdicción del Estado, la inmunización universal contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas y profesionales, la puesta en marcha de programas de educación dirigidos a la población sobre la manera de prevenir y enfrentar problemas de salud y la protección reforzada de los derechos de las personas más vulnerables a las enfermedades por su situación de pobreza.

El Protocolo reconoce la relación estrecha que existe entre un ambiente sano y la salud pública y establece explícitamente el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y contar con servicios públicos básicos dentro de los cuales se incluyen, entre otros, acueducto

22 La Defensoría del Pueblo considera, con fundamento en una interpretación armónica de los instrumentos internacionales, que este concepto permite concebir la salud como un bien colectivo, que no admite ser tratado como un bien de mercado y apropiado para su usufructo por los particulares y que, reclama, en consecuencia, una estricta vigilancia, protección y promoción por parte del Estado. Ver: SERIE DESC. Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la Luz del Derecho a la Salud, p. 19.

para la distribución de agua potable, alcantarillado, por medio del cual se recoge y se da tratamiento a los residuos líquidos y el servicio de aseo encargado de la recolección y tratamiento de los residuos sólidos.

La progresividad de los DESC

Otro de los elementos importantes de la aplicación de la salud como DESC es la obligación de los Estados de aplicar de manera progresiva mayores garantías, de conformidad con el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto implica que los estados no podrán disminuir o restringir los niveles de protección que ya se hayan alcanzado. Cuando el legislador restrinja los niveles de protección del derecho a la salud ya alcanzados, la Corte Constitucional²³ ha señalado que ha habido un incumplimiento de las obligaciones en el PIDESC y de las normas constitucionales que regulan su actividad. Para desvirtuar ese incumplimiento, las autoridades deben demostrar que existen razones imperiosas que obligan a dar paso regresivo en el desarrollo del derecho a la salud, y que no existen medios alternativos menos retrógrados.

Características de los servicios de salud para garantizar el derecho a la salud

La observación 14 del Comité de DESC estableció cuatro (4) características que deben cumplir los países que pretenden cumplir con el PIDESC, a saber: **disponibilidad**, **acceso**, **aceptabilidad** y **calidad** de los servicios de salud.

- **Disponibilidad.** Consiste esencialmente en que exista oferta suficiente de servicios e infraestructura

²³ Sobre la prohibición de regresividad, véase las sentencias C-671/02 y C-1165/00.

asociados al goce del derecho a la salud, que se traduce en contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, por ejemplo, una red de hospitales apropiada, o los profesionales y medicamentos necesarios.

- **Accesibilidad.** Consiste en que las personas no tengan obstáculos para acceder al derecho, lo que se expresa en el acceso efectivo a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, en condiciones que permitan el acceso físico, el económico y que puedan acceder a la información.
- **Aceptabilidad.** Está vinculada no sólo a la calidad que deben tener las prestaciones suministradas sino a la conformidad de las condiciones de realización del derecho con el contexto y a su relación con otros derechos. En virtud de este componente, los prestadores y aseguradores de los bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica, y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y ciclo de vida y deben estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas que se trate (17). La aceptabilidad también implica el respeto por “el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”(18). De este componente se derivan también derechos como la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, el derecho a una muerte digna, la autodeterminación reproductiva, la prevención de los problemas de salud mental y la protección del cuerpo contra injerencias ajenas (19).

- **Calidad.** Ésta implica que “además de ser aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde un punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere entre otras cosas personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”(18). Algunos elementos que son especialmente relevantes desde el punto de vista de la calidad tienen que ver con el derecho a que la prestación de los servicios sea efectuada por personal idóneo, capacitado y que disponga de condiciones laborales adecuadas, que el servicio sea prestado en condiciones satisfactorias, que se brinden medicamentos de calidad y atención oportuna.

Colombia como Estado Social de Derecho y país ratificante de todos estos tratados internacionales, debe:

Para garantizar la **disponibilidad**:

- a. Abstenerse de adoptar medidas que impliquen retroceso en la realización del derecho a la salud
- b. Adoptar y desarrollar una política pública que contribuya a reducir los riesgos de los más vulnerables y marginados de contraer enfermedades graves
- c. Asumir los costos de los medicamentos y procedimientos necesarios para el diagnóstico, el tratamiento y la recuperación de las enfermedades que estén excluidos de los planes de beneficio o que estén sometidos a periodos de carencia, cuando exista afectación o amenaza de los derechos fundamentales del interesado

- d. Garantizar que quienes tienen derecho a recibir una especial protección del Estado dispongan de servicios de salud.

Cuadro 1. Medidas adoptadas por la Corte Constitucional para garantizar el atributo de Disponibilidad

Entidades obligadas	Obligación
EPSc y EPSs	<p>Ofrecer a sus afiliados atención médica continua y permanente. Ello implica que ésta no puede dejar de prestarse durante los días festivos o de vacancia y que debe extenderse a todo el territorio nacional. Por tal motivo, para que la prestación de los servicios de salud a sus afiliados sea eficiente, la cobertura no puede circunscribirse al lugar legal o contractualmente determinado como su domicilio principal (T-111/93).</p> <p>Ofrecer a su afiliada atención psicológica, con independencia de la fase o etapa de desarrollo de la respectiva patología (T-248/98).</p> <p>Ofrecer a los afiliados al régimen contributivo y a su núcleo familiar los procedimientos y tratamientos contenidos en el POS, aún después de finalizada la relación laboral y expirado el periodo de protección de que trata el artículo 75 del Decreto 808/96, cuando quiera que tales procedimientos y tratamientos hubieran sido ordenados durante la vigencia de la afiliación y su prestación no se hubiere hecho efectiva por desidia o negligencia administrativa de la EPS obligada (T-387/01).</p>
Ministerio de la Protección Social FOSYGA	<p>Garantizar el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS (o el POS-S), en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del POS (y el POS-S), de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita (SU-819/99).</p>

Entidades obligadas	Obligación
IPS públicas o privadas.	Prestar atención inicial de urgencia, independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes, sin importar que tengan o no celebrado contrato de asistencia con entidades de previsión social, y sin condicionar ese servicio a pagos previos ni al cumplimiento de los contratos que eventualmente tengan celebrados con el Estado en materia de seguridad social (T-111/93).
IPS con contratos con las direcciones territoriales de salud para atender población pobre no asegurada	<p>Ofrecer a los participantes vinculados los servicios de salud que requieran, sin exigir el pago de cuotas moderadoras, cuando quiera que se encuentren en una situación económica precaria y de urgencia comprobada que amenace su derecho a la salud en conexidad con la vida (T-1126/01).</p> <p>Abstenerse de negar atención médica y hospitalaria a los enfermos de SIDA que carecen de los medios económicos para pagar por ella y no están afiliados al SGSSS (T-505/92, T-177/99).</p> <p>Ofrecer a quienes se encuentran en situación de indigencia servicios médicos asistenciales cuando quiera exista (i) una incapacidad absoluta de la persona de valerse por sus propios medios, (ii) una necesidad vital cuya no satisfacción lesiona la dignidad humana en sumo grado y; (iii) una incapacidad absoluta de la familia de contribuir a la satisfacción de dicha necesidad (T-533/92, T-046/97).</p>
Ministerio de Justicia y del Derecho, INPEC, Ministerio de Hacienda, DNP.	<p>Contratar o constituir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que cubra las contingencias que en esa materia surjan para el personal recluso en las cárceles del país, tanto detenidos preventivamente como condenados (T-606/98, T-607/98, T-256/00).</p> <p>Elaborar un plan de refacción y construcción sanitaria que permita a la población carcelaria disponer de una adecuada infraestructura sanitaria y de una eficiente prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado (T-153/98).</p>

Entidades obligadas	Obligación
Direcciones Territoriales de Salud	<p>Mientras se encuentren en capacidad real de satisfacer la obligación, deben ofrecer a quienes se encuentren en calidad de vinculados los servicios de atención sanitaria necesarios para evitar o conjurar una afectación grave de su vida o su integridad física o mental, en todos aquellos casos en los que ni la familia ni la sociedad están en capacidad de hacerlo (SU-225/98).</p> <p>Ofrecer a los participantes vinculados, directamente o mediante contratación con IPS públicas o privadas, los procedimientos y tratamientos que requieran para la protección de su derecho a la salud en conexidad con la vida y que no se encuentren disponibles en la red pública de hospitales (T-970/01, T-1210/01).</p>

Adaptado de SERIE DESC. (20).

Para garantizar **acceso**:

- a. Suministrar información suficiente para mejorar el acceso a los servicios.
- a. Tomar en consideración los factores de vulnerabilidad social para el diseño de las reglas que condicionan el acceso (y la permanencia) a los programas, beneficios o subsidios de salud.
- a. Ofrecer un tratamiento especial para favorecer el acceso físico a los servicios de salud de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.
- a. Vigilar que el acceso a las fuentes de agua se realice en igualdad de condiciones y que se haga uso adecuado de las mismas

Cuadro 2. Medidas adoptadas por la Corte Constitucional para garantizar el atributo de accesibilidad

Entidades obligadas	Obligación
<p>Autoridades públicas encargadas de adelantar los procesos de selección y asignación de subsidios estatales.</p>	<ul style="list-style-type: none">• Actualizar la información que aparece en el banco de datos del SISBEN. Ello supone que todo individuo tiene derecho a conocer qué datos aparecen registrados en las bases de datos, a solicitar, en cualquier momento, que se revise una o varias encuestas determinadas con el fin de verificar la información allí consignada, y a incluir nuevos datos o variaciones en la información inicial, que modifiquen el puntaje obtenido. (T-307/99, T-1083/00).• En aquellos eventos en los que sea necesario reclasificar a los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, las autoridades competentes no pueden recortar los beneficios ofrecidos sin antes informar de este hecho a los potenciales afectados (a fin de permitirles ejercer sus derechos de defensa y de participación) y sin haber practicado una nueva encuesta para la clasificación de todos los posibles beneficiarios (T-003/00).• Suministrar a los particulares información oportuna, pertinente, correcta y completa del procedimiento a seguir para hacerse acreedora de una prestación positiva del Estado (T-499/95, T-149/02).

Entidades obligadas	Obligación
<p>Autoridades públicas y particulares encargadas de la prestación del servicio de salud. Autoridades distritales y municipales de salud.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Suministrar información clara, detallada y suficiente a los beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiado de salud, para lograr la prestación de servicios excluidos del POS y del POS-S. Debe informarse al usuario ante quién debe acudir para conseguir la atención médica que requiere (T-549/99, T-452/01, T-729/01, T-513/02). • Cuando la práctica de procedimientos quirúrgicos (o de otro tipo) esté sometida, en virtud de su naturaleza electiva (no urgente), a la programación de turnos, deben suministrar al afiliado información precisa sobre la fecha en la que éstos habrán de realizarse (T-688/98).
<p>Ministerio de la Protección Social, CNSSS</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dar a conocer a los particulares las razones por las cuales los procedimientos, exámenes y tratamientos no se encuentran incluidos dentro del POS (T-960/01) y POS-S.
<p>Autoridades públicas y particulares encargados del diseño de las reglas que condicionan el acceso y permanencia en los planes, beneficios y subsidios en salud.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Abstenerse de utilizar la maternidad o cualquier otra expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad como criterio determinante del acceso (o la permanencia) a los planes o servicios de salud de los hijos de un afiliado (T-1642/00, SU-1167/01). • Introducir, como condición relevante para la selección de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de salud –o del sistema, cualquiera que sea, que regule el acceso a la salud de la población pobre y vulnerable– el hecho de que se trate de una mujer en estado de gestación, después del parto, o de un niño menor de un año que no se encuentre cubierto por algún tipo de protección (T-1083/00). • Introducir, como condición relevante para la selección de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de salud –o del sistema, cualquiera que sea, que regule el acceso a la salud de la población pobre y vulnerable– el hecho de que se trate de una persona enferma de SIDA (T-177/99, T-185/00, T-1210/01).

Entidades obligadas	Obligación
<p>Estado directamente o a través de entidades promotoras de salud del régimen contributivo o subsidiado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Asumir los costos que generan los desplazamientos generados por las remisiones de pacientes cuando quiera que se acredite (i) que ni éstos ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente (T-1079/01, T-900/02, T-197/03). • En el evento anterior, deben asumir los costos que genera el desplazamiento de acompañantes cuando quiera que el paciente (i) sea totalmente dependiente de otro para su desplazamiento
<p>Autoridades públicas (nacionales y territoriales) a cargo de la protección ambiental. Organismos de control.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Velar porque el acceso a las fuentes de agua se haga en igualdad de condiciones, de forma proporcionada, equitativa y razonable. Ello supone que no puede tolerarse que ninguna persona (natural o jurídica) monopolice el uso de las fuentes de agua o acceda a ellas en una forma que obstaculice o impida el acceso de otras personas a las mismas (T-244/94, T-379/95). • Vigilar la correcta utilización de las fuentes de agua. Ello impone la obligación de velar porque las fuentes de agua se destinen prioritariamente a satisfacer necesidades de consumo doméstico (T-232/93, T-413/95). • Para garantizar su participación en las decisiones que le conciernen, instruir a la comunidad sobre los mecanismos legales que le permiten intervenir en los trámites administrativos que preceden al otorgamiento de licencias ambientales (T-523/94).

Entidades obligadas	Obligación
Alcaldías, secretarías de gobierno, oficinas de planeación	<ul style="list-style-type: none"> • Abstenerse de expedir licencias de construcción a quienes no cuenten con los diseños de las redes de servicios públicos previamente aprobados por las empresas respectivas o con las licencias ambientales, expedidas por las autoridades competentes, que acrediten la viabilidad ambiental del proyecto (SU-442/97). • Si el Estado no está en condiciones de prestar debidamente un servicio público que es esencial para la población, debe ofrecer las condiciones para que los particulares o las comunidades organizadas puedan prestarlos directamente (T-570/92).

Adaptado de SERIE DESC. (20).

Para garantizar **aceptabilidad**:

- a. Velar por que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se haga compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y étnica del país
- b. Restringir el acceso a la información confidencial relacionada con la situación de una persona dentro del sistema de seguridad social en salud
- c. Respetar y proteger el ejercicio de prácticas medicinales tradicionales
- d. Respetar el derecho de las personas a decidir autónomamente el manejo de su propia salud.

Cuadro 3. Medidas adoptadas por la Corte Constitucional para garantizar el atributo de aceptabilidad

Entidades obligadas	Obligación
IPS, autoridades Administrativas	<ul style="list-style-type: none"> • Respetar la decisión de quien libre y autónomamente, decide rechazar la medicina tradicional para someterse a prácticas medicinales alternativas (T-214/97).
EPS, ARS, IPS, públicas o privadas	<ul style="list-style-type: none"> • Abstenerse de practicar procedimientos de esterilización a personas que no expresen su consentimiento informado. Si se trata de personas con problemas mentales que están incapacitadas para expresar un consentimiento de éstas características, el procedimiento solo es realizable si existe autorización judicial previa, a menos que se trate de una situación de urgencia o de imperiosa necesidad (T-248/03).
Jueces de la República	<ul style="list-style-type: none"> • Abstenerse de autorizar procedimientos de esterilización definitiva a menores de edad que padecen incapacidad mental, hasta tanto no se demuestre plenamente que el menor tiene problemas mentales que le impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones y que existen razones suficientes para sostener, con un alto grado de certeza, que en el futuro no alcanzará una nivel de autonomía suficiente para comprender los alcances del procedimiento y consentir en el mismo (T-850/02, T-248/03). • Si el procedimiento de esterilización se solicita para un mayor de edad con discapacidad mental, el juez, además de lo anterior, debe exigir la declaración previa de su estado, por medio de una interdicción judicial de sus derechos (T-850/02). • Abstenerse de conceder licencias de explotación de recursos naturales en territorios tradicionalmente ocupados por comunidades indígenas, sin consultar previamente con ellas (SU-037/97, T-652/98).

Entidades obligadas	Obligación
Autoridades carcelarias	<ul style="list-style-type: none">• Aún cuando las autorizaciones de traslado están sujetas al principio de discrecionalidad, las autoridades carcelarias deben tomar en consideración, al momento de resolver solicitudes de este tipo, la pertenencia del solicitante a una minoría étnica, su estado de salud y su deseo de recibir medicina alternativa (T-214/97).

Adaptado de SERIE DESC. (20).

Para garantizar **calidad** de los servicios:

- a. Velar por que exista una eficiente y adecuada prestación de los servicios de salud y de los servicios determinantes de la salud
- b. Proveer las condiciones formales y materiales para que los aseguradores, prestadores y direcciones territoriales de salud puedan prestar un servicio adecuado, eficaz y eficiente.
- c. Ejercer eficazmente sus deberes de vigilancia ambiental
- d. Velar por que los servicios de salud sean prestados por personal idóneo, capacitado y bien remunerado.

Cuadro 4. Medidas adoptadas por la Corte Constitucional para garantizar el atributo de calidad

Entidades obligadas	Obligación
Entidades territoriales encargadas de la prestación del servicio público de aseo	<ul style="list-style-type: none"> Realizar una adecuada planificación de los procesos de recolección, tratamiento y disposición de basuras. Por ello deben asegurarse de que los lugares que hayan de servir para el depósito y concentración de basuras y desperdicios se encuentren alejados de las áreas donde existen asentamientos humanos y cumplan con todas las especificaciones técnicas y ambientales (T-062/95, SU-442/97).
Autoridades nacionales y territoriales encargadas de la protección ambiental. Organismos de control.	<ul style="list-style-type: none"> Ejercer las funciones de vigilancia ambiental que la ley les atribuye. En consecuencia, deben velar por que las fuentes de agua, especialmente aquellas que se destinan a consumo humano, y el medio ambiente no sean contaminados por la acción de particulares, sin que sea relevante que la contaminación sea consecuencia del ejercicio de una actividad económica constitucionalmente protegida (T-251/93, T-380/93, T-219/94, T-523/94).
Autoridades Administrativas	<ul style="list-style-type: none"> Vigilar e inspeccionar el ejercicio de la medicina y de las prácticas alternativas que, aún cuando no requieren formación profesional, comportan un riesgo social (T-408/92, C-226/94).
Empresas prestadoras de servicios públicos	<ul style="list-style-type: none"> Abstenerse de interrumpir el suministro o prestación de los servicios públicos esenciales como medida de presión para obtener el pago de sumas adeudadas por los establecimientos de salud, por ser éstos bienes constitucionalmente protegidos (T-881/02, T-134/03).

Entidades obligadas	Obligación
EPSc y EPSs públicas y privadas	<ul style="list-style-type: none"> • Ofrecer a sus afiliados atención médica oportuna. Por tal motivo, deben dar soluciones expeditas a las solicitudes que se les plantean, evitando de esta forma demoras y dilaciones injustificadas e irrazonables en el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades (T-347/96, T-688/98, T-027/99, T-889/01, T-1188/01)

Adaptado de SERIE DESC. (20).

La Sentencia T-760 de 2008, un hito en de la protección del derecho a la salud

A pesar de toda la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha emitido con tal de garantizar el derecho a la salud en todos los atributos que describe el bloque de constitucionalidad, los problemas de acceso persisten. Así, frente a las actuaciones del Ministerio Público, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, así como la proliferación de tutelas, la Corte Constitucional revisa su posición a la luz del bloque de constitucionalidad y expide la Sentencia T-760 de 2008 (21), en la que se hace un reconocimiento taxativo del derecho a la salud como un derecho fundamental *per se*, que no requiere apalancarse en otros derechos fundamentales sino que por todos sus elementos se erige como uno que debe ser tutelado en el Estado Social de Derecho.

En un fallo sin precedentes, una sala de revisión de tutelas procedió a revisar 14 casos de tutelas de primera instancia, resolviendo revocar 12 de ellas. Luego de analizar a la luz del bloque de constitucionalidad que el derecho a la salud es fundamental *per se*, y que no necesita recurrir a la invocación de conexidad con otros derechos fundamentales, la

Corte procedió a impartir, entre otras, las siguientes órdenes a los actores del sistema de salud de Colombia:

- Orden 17: Actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud POS.
- Orden 18: Actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año.
- Orden 19: Garantizar que todas las EPS entreguen un informe trimestral sobre negación de servicios y sus causas.
- Orden 20: Identificar las EPS y las IPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS.
- Orden 21: Unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado.
- Orden 22: Adoptar un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado.
- Orden 23: Regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado).
- Orden 24: Adoptar medidas para garantizar que el recobro por parte de las EPS ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud.

- Orden 25: Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: la EPS podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme.
- Orden 26: Diseñar un plan de contingencia para adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia.
- Orden 27: Tomar medidas para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro.
- Orden 28: Adoptar las medidas para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles una carta con los derechos del paciente y una carta de desempeño de las EPS.
- Orden 29: Adoptar las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–.
- Orden 30: Ordenar al Ministerio de la Protección Social presentar anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en el que mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en esta sentencia.

Es relevante para el caso que se trate de una sentencia de revisión de tutela (T) de una sala de la corte y no una sentencia de unificación (SU) de la plenaria que, como sabemos, son las que pueden impartir órdenes aún a entidades que no forman parte de la tutela y surtir efecto *erga omnes*.

Impacto de la sentencia en el Sistema de Salud

Dado que se reconoce la naturaleza de derecho fundamental a la salud y no un simple derecho de naturaleza programática el Estado Social de Derecho debe garantizar los recursos para que las medidas impartidas en dicha sentencia se hagan efectivas.

Frente al nuevo panorama, ¿cuánto cuesta cumplir con las órdenes de la sentencia? El Ministerio de la Protección Social afirma que la suma sobrepasa los siete billones de pesos. Sin embargo, aun no están disponibles los estudios respectivos.

Por otro lado, la sentencia ordenó a las EPS-S garantizar las atenciones no cubiertas por el POSS y recobrar dichos valores a las direcciones territoriales, las cuales deberán pagar con cargo a los recursos de rentas cedidas y sistema general de participaciones para la atención de población pobre no cubierta con subsidios a la demanda. Esta medida ha incrementado el déficit fiscal de las entidades territoriales. Se estima que actualmente el déficit sobrepasa los 600 mil millones de pesos y la cifra continúa creciendo.

En cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia, la Comisión Reguladora en Salud –CRES– expidió los siguientes Acuerdos:

- Acuerdo 03, mediante el cual se consolidan en un solo documento los contenidos de los planes de beneficio tanto del régimen contributivo como del subsidiado.

- Acuerdo 04, que iguala el POSS de los niños de 0 a 12 años con los contenidos del POS contributivo.
- Acuerdo 05, que ajusta el valor de la UPC-S para garantizar los nuevos contenidos del POSS de los niños.

Comentario final

Revisada la evolución del derecho a la salud en Colombia, en especial las medidas adoptadas por la Corte Constitucional, se infiere que para que la salud sea un derecho fundamental garantizado por el Estado, implica la existencia de un sistema sanitario financieramente sostenible en el que exista un equilibrio entre las coberturas del plan de beneficios y los recursos disponibles para su financiación.

En tal sentido, la vigilancia de los factores que afectan este equilibrio (la adopción de nuevas tecnologías sanitarias, las reglas para el pago de servicios, la competencia de otros sectores del bienestar por recursos del presupuesto, entre otros) debe ser una tarea no solo de las agencias estatales, sino de la sociedad en su conjunto.

Referencias Bibliográficas

1. The Lancet. *The right to health: from rhetoric to reality*. 2008. 372(9655): p. 2001.
2. The Lancet. *The right to health: from rhetoric to reality*. 2008.
3. Organización Panamericana de la Salud. *Derechos Humanos y Derecho a la Salud: Construyendo Ciudadanía en Salud. Marco conceptual, aspectos metodológicos y alcances operativos*, En: *Cuaderno de promoción de la salud*. 2005, Ministerio de Salud de Perú: Lima, Perú. p. 102.
4. Gosepath, S. *Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales*, En: *Ciudadanía y derechos humanos*

- sociales, Manuel Alberto Alonso Jorge Giraldo Ramírez, Editor. 2001, Escuela Nacional Sindical: Medellín. p. 15-58.
5. Hernández, M. (*Health reform, equity and the right to health in Colombia*). Cad Saude Publica, 2002. 18(4): p. 991-1001.
 6. Álvarez Castaño, L.S. (*The right to health in Colombia: a proposal for laying down its moral foundations*). Rev Panam Salud Pública, 2005. 18(2): p. 129-35.
 7. Alvis-Guzmán, N., L. Alvis-Estrada, and J. Orozco-Africano. (*Subsidised Regimen users' perceptions concerning their right to health and access to health services in a Colombian town, 2005*). Rev Salud Pública (Bogotá), 2008. 10(3): p. 386-94.
 8. Arbeláez M. *Evaluación de la eficacia del derecho a la salud en Colombia a partir del proceso de descentralización sanitaria*. Derecho y salud, 2007. 15(1): p. 29 - 74.
 9. Arbeláez M. *La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Derecho y salud, 2006. 14(2): p. 205 - 240.
 10. Londoño JL and Frenk J. *Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina*. WP-353 1997 (consultado en nov. de 2009); Disponible en: <http://www.iadb.org/res/pub_desc.cfm?pub_id=WP353&Language=Spanish>.
 11. Barón Leguizamón G. *Cuentas de salud de Colombia 1193-2003. El gasto nacional en salud y su financiamiento*. 2007 (consultado noviembre de 2009; Disponible en: <<http://www.minproteccion-social.gov.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo15911DocumentNo3607.PDF>>.
 12. CNSSS. *Informe de actividades 2008 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud al Honorable Congreso de la República*. 2009 (Consultado en noviembre de 2009); (Disponible en: <<http://www.minproteccion-social.gov.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo18834DocumentNo10391.PDF>>.
 13. Gualteros Reyes M, et al. *La tutela y el derecho a la salud: Período 2006-2008*. 2009, Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo.
 14. Franco A. *Social security and health in Colombia. Current status of the reform*. Rev Salud Publica 2000. 2(1).
 15. Defensoría del Pueblo. *Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública de salud a la luz del derecho a la salud*. Bogotá: Programa de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública en Derechos Humanos (PROSEDHER), En 2006: Bogotá D.C.

16. Procuraduría General de la Nación. *El derecho a la salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*. 2008, Procuraduría General de la Nación, Agencia Catalana de Cooperación para el Desarrollo y Centro de Estudios de Justicia y Sociedad: Bogotá D.C.
17. Naciones Unidas. *Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. HRI/GEN/1/Rev.7, 2000. Párr 12º: p. 97.
18. Naciones Unidas. *Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. HRI/GEN/1/Rev.7, 2000. Párr 8º: p. 96.
19. Parra Vera, Óscar. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. 2003, Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo. 263.
20. Defensoría del Pueblo. *SERIE DESC. Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la Luz del Derecho a la Salud*. 2008.
21. Corte Constitucional. *Sentencia T-760*, En: *Expediente T-1281247 y acum*. 2008: Bogotá D.C.

¿DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA O MERCADEO SOCIAL?

Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008

Camila Gianella Malca
Óscar Parra Vera
Alicia Ely Yamin
Mauricio Torres Tovar

El presente artículo es un ejercicio de seguimiento a una decisión jurídica en materia de garantía del derecho a la salud, hecha por la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia T-760 de julio de 2008, la cual estableció un conjunto de órdenes al Ministerio de la Protección Social.

Este análisis se centra en 5 de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional (números 17, 20, 21, 22 y 28) que implican participación directa de la sociedad civil. Para describir el nivel de cumplimiento el análisis tomó en cuenta el cronograma establecido por la sentencia T-760.

El ejercicio de seguimiento se apoyó en documentos producidos por el Ministerio de la Protección Social, informes realizados por organizaciones de la sociedad civil y por la Defensoría del Pueblo y entrevistas a actores clave.

Para describir el nivel de cumplimiento, el análisis tomará en cuenta el cronograma establecido en la sentencia T-760.

1. Antecedentes

En julio de 2008 la Corte Constitucional de Colombia profirió la sentencia T-760 en la que se ordena al Gobierno adoptar una serie de medidas para el cumplimiento progresivo del derecho a la salud.

Esta sentencia constituye un hecho jurídico de gran valor, pues reconoce de manera explícita la salud como un derecho humano fundamental en Colombia y evidencia problemas críticos para su garantía producto de un conjunto de barreras existentes en el Sistema de Seguridad Social en Salud, que tienen como expresión máxima una gran cantidad de interposición de acciones de Tutelas en salud.

Durante muchos años, diversos críticos han señalado que el derecho a la salud, así como los demás derechos sociales, no son derechos fundamentales susceptibles de protección judicial a través de la tutela. Desde sus primeras sentencias la Corte hizo caso omiso de estas críticas y protegió este derecho, en términos generales: i) frente a prestaciones no incluidas en el POS, a partir del criterio de conexidad del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, particularmente con la vida y la integridad personal, ii) respecto a grupos de especial protección (adultos mayores, niños, personas con VIH, etc.) y iii) en relación con prestaciones incluidas en el POS y demás prestaciones traducibles en derechos subjetivos según la legislación nacional y el bloque de constitucionalidad.

La sentencia T-760 reitera los precedentes que ya habían reconocido el derecho a la salud como directamente fundamental respecto a esas garantías subjetivas derivadas de

la legislación y del bloque de constitucionalidad. Además, complementa este enfoque con el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas¹.

Asimismo, la T-760 reitera jurisprudencia reciente según la cual no es necesario utilizar un criterio de conexidad para que sea procedente el amparo. La sentencia enfatiza en la noción de mínimo vital manejada por la Corte. Según esta noción la salud no sólo tiene el carácter de fundamental en los casos en que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de “*un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal*”. La Corte reconoce que las consideraciones en torno a mínimo vital y vida digna permitieron entender que prestaciones no incluidas en el POS hacían parte del núcleo esencial del derecho.

Al respecto, la T-760 intenta armonizar dos estándares de protección judicial del derecho a la salud: la evaluación de restricciones a partir de un juicio de proporcionalidad y la protección del núcleo esencial del derecho. La Corte resalta que “reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables” toda vez que “los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional”. La constitucionalidad de esas restricciones debe ser analizada a través de un juicio de proporcionalidad que examine hasta qué punto las medidas

de restricción son idóneas para alcanzar un fin constitucional admisible sin sacrificar excesivamente otros bienes constitucionales. De otra parte, la sentencia alude a un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas. Si bien es cierto que en la doctrina se discute los alcances de esta noción, lo cierto es que la Corte reafirma la tesis según la cual existen unos mínimos en salud que no pueden ser restringidos por una regla de mayoría en el Congreso o bajo alegatos de escasez de recursos. La discusión sobre un nuevo Plan Obligatorio de Salud (POS) involucra un debate en torno a esos mínimos, así como del concepto de la progresividad del derecho a la salud y de todos los derechos sociales.

Además, la jurisprudencia efectúa precisiones muy importantes respecto a las dimensiones prestacionales del derecho a la salud, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes. La T-760 resalta que es un “error categorial” hablar de “derechos prestacionales” toda vez que todos los derechos tienen facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico)” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–)”.

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de

estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, se reitera el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”. Al respecto, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos tres asuntos:

- a. La existencia de una política pública,
- b. Que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) *“sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución”* o (ii) *“que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”*; y
- c. Que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) *‘que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan’*, o (ii) *‘que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.’*

Asimismo, la Corte ha aclarado que la progresividad de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud, implica que no puede haber medidas regresivas en cuanto a prestaciones.

La posición de la Corte sobre la naturaleza jurídica del derecho a la salud es pues de vital importancia para impulsar su exigibilidad. De una parte, la Corte armoniza criterios que en determinados momentos habían generado contradicciones o confusiones entre diversos fallos, y por otra enfatiza elementos que permiten un control judicial de la política pública, con énfasis en la rendición de cuentas.

Las Órdenes de la Sentencia T-760:

En la Sentencia T-760, la Corte analizó las implicaciones que se derivan de reconocer el derecho a la salud como un derecho humano fundamental, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección. En ese marco, la sentencia fijó un conjunto de órdenes y un calendario para su cumplimiento entre el 2008 y el 2010 en aspectos relacionados con:

- La reforma, actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios de Salud – POS. En el caso de los planes de beneficios para los niños y las niñas la unificación deberá hacerse a octubre 1 de 2009
- Garantizar el financiamiento oportuno y adecuado de actividades para garantizar el cumplimiento progresivo del derecho a la salud a junio 30 de 2009
- Adopción de medidas dirigidas a alcanzar de forma progresiva la cobertura universal a enero de 2010
- Transparencia en la determinación del contenido de los Planes de Beneficios de Salud - POS, así como información respecto al desempeño institucional de las empresas aseguradoras que permitan mantener informados a los usuarios, a junio 1 de 2009.

La decisión establece que el proceso de revisión y actualización de los POS (Contributivo y Subsidiado) debe garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad científica y los usuarios de los servicios de salud, especialmente de aquellos que se verían afectados por los cambios en la política. Para la Corte Constitucional, el proceso de elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas debe permitir la participación democrática. Los procesos que no crean oportunidades de participación en sus diferentes etapas o que crean opciones intrascendentes (opiniones que no son tomadas en cuenta por los que hacen las políticas) son inaceptables. La participación debe, además, crear un ambiente de confianza y seguridad, facilitando el compromiso público, y como consecuencia la implementación de las nuevas políticas y programas.

Un año después de la Sentencia T-760 de 2008, es necesario realizar una evaluación de su proceso de implementación, así como describir el grado de cumplimiento de las órdenes por parte de las autoridades, esto con el fin de detectar fortalezas y debilidades en el proceso, que puedan afectar la implementación de lo establecido por la Corte Constitucional.

2. Metodología

Como ya se ha mencionado, el presente artículo se centra en el análisis de cinco de las órdenes (17, 20, 21, 22 y 28) que implican participación directa de la sociedad civil:

- Orden decimoséptima (17): Actualización del Plan Obligatorio de Salud
- Orden vigésima (20): medidas adoptadas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad

- Orden vigésima primera (21): Unificación de los planes de beneficios para niños y niñas
- Orden Vigésima segunda (22): Unificación de planes de beneficios
- Orden vigésimo octava (28): adopción de medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información: (i) Una carta con los derechos del paciente, (ii) Una carta de desempeño.

Dado que algunas de las órdenes están relacionadas con asuntos similares, para facilitar la lectura de resultados, han sido clasificadas en dos grupos:

- Órdenes referentes a actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios: órdenes 17, 21 y 22
- Órdenes referidas al control de compañías de seguros y derechos de los usuarios: órdenes 20 y 28.

El análisis está basado en documentos producidos y distribuidos por el Ministerio de la Protección Social, informes realizados por organizaciones de la sociedad civil, informe hecho por la Defensoría del Pueblo y entrevistas a actores clave. Para describir el nivel de cumplimiento, el análisis tomará en cuenta el cronograma establecido en la sentencia T-760.

3. Resultados

En relación a los aspectos referidos al ajuste del POS y al control a las aseguradoras y los derechos de los usuarios, las indagaciones nos permitieron hacer los siguientes hallazgos.

3.1. Actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios

Las tres órdenes analizadas en este componente fueron las 17, 21 y 22.

El 30 de junio del 2009 el Ministerio de la Protección Social envió a la Corte Constitucional dos documentos referentes a las órdenes decimoséptima y vigésima segunda. Los documentos describen un Plan General para la unificación integral y actualización del Plan de Beneficios – POS. De acuerdo con estos documentos, el proceso involucrará una metodología técnica única basada en los objetivos de salud, grupos poblacionales y tomará en cuenta las fuentes de financiamiento actuales².

Para la actualización del POS, el Gobierno propone hacerlo a través de dos procesos. El primer proceso pretende clarificar aspectos sobre la tecnología incluida en el POS, que se identifican como potenciales desviadores de gastos en salud, por cambios en su frecuencia de uso o costo. Complementario a este proceso el Gobierno propone la creación de una unidad técnica (nacional o regional) que debería trabajar como una entidad de resolución de conflictos independiente pero complementario a la actualización regular y sistemática de los contenidos del POS. La unidad técnica debería ser el canal por el cual los ciudadanos presenten sus dudas sobre el proceso, o para que pidan la revisión de decisiones de inclusión o exclusión realizadas por el POS

De acuerdo con el cronograma incluido en el documento, hacia mediados del primer semestre del 2009, esta unidad técnica se debió implementar con el apoyo de cooperación internacional (National Institute for Health and Clinical Excellence - NICE y Norman Daniels de la Universidad de Harvard). Al momento de efectuar el análisis no se pudo

encontrar información sobre este punto pues no existe testimonio al respecto en las páginas web del POS ni del Ministerio de la Protección Social.

Sobre la Unificación del Plan de Beneficios - POS, el Gobierno propone un proceso con etapas diferenciadas. La primera etapa será de elaboración de “Guías Clínicas” (en base a los principios mencionados antes) y luego, después de la definición de los objetivos del nuevo POS, se definirán los grupos poblacionales, prioridades de intervención (grupos de problemas e intervenciones). De acuerdo a esta propuesta, el ajuste de prioridades estará basado en un proceso deliberativo dividido en etapas con participación representativa y calificada. Sin embargo, no se especifica los criterios de inclusión o selección de los participantes en los procesos deliberativos, ni cómo se van a incluir las opiniones o resolver los conflictos entre las diferentes posiciones que se podrían presentar. Es decir, no se establecen de manera clara y transparente las “reglas del juego,” ni se abre la posibilidad para discutir sobre éstas.

La propuesta del Ministerio de la Protección Social señala además la importancia de desarrollar estrategias de comunicación y participación, para apoyar el proceso, y que permitan la participación de grupos más amplio de actores (diferentes a lo usual) y dar legitimidad al proceso. El documento elaborado con las *estrategias de participación y comunicación* describe algunas actividades planificadas pero no existe información de cómo serán desarrolladas, ni cómo serán incluidos los aportes que se den en estos espacios en el proceso.

El medio principal para la estrategia de comunicación y participación es el Internet³. Para las autoridades la elección de este medio se justifica en que de acuerdo con la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de Colombia, a marzo del 2009, se estimaba que 40,52 por ciento de la

población colombiana contaba con servicio de acceso fijo a Internet. Sin embargo, según los datos de esta misma organización, la distribución de acceso no es homogénea en todo el país, Bogotá, Medellín y Cali concentran 54,31 por ciento de los suscriptores de acceso dedicado⁴. Lo que no incluye la propuesta es cómo se va a llegar a más de la mitad de la población colombiana que no cuenta con Internet, y qué estrategias se van a desarrollar en las zonas donde el acceso es más limitado.

Pese a estas graves limitaciones en el acceso de Internet en el país, el Ministerio de la Protección Social ha impulsado procesos como el de “Consulta Ciudadana Virtual” a través de Internet.⁵ Esta consulta tiene como objetivo lograr que el Plan Obligatorio de Salud se construya entre “todos los colombianos”. Sin embargo, el mecanismo muestra algunas de las debilidades de los procesos participativos implementados desde el Ministerio de la Protección que no están logrando responder a los criterios establecidos por la Corte sobre la participación ciudadana.

Consulta Ciudadana Virtual Nuevo POS		
<p>Criterio Corte Constitucional</p>	<p>¿Se Cumple?</p>	<p>Observaciones</p>
<p>Garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad científica y los usuarios de los servicios de salud, especialmente de aquellos que se verían afectados por los cambios en la política</p>	<p>No</p>	<p>No se especifica si se están implementando otras medidas para recoger las opiniones de los grupos más vulnerables o de personas sin acceso a Internet. Esto es muy importante pues algunas preguntas están dirigidas a recoger opiniones sobre acceso a servicios por parte de grupos vulnerables como: niños y niñas, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad que necesitan prótesis, personas con enfermedades huérfanas.</p> <p>Los resultados preliminares de la consulta (al 27 de julio del 2009) muestran que 29 por ciento de las 1252 encuestas, fueron contestadas en Bogotá, 70 por ciento de las personas que respondieron tienen entre 31 y 60 años y 92 por ciento están en el régimen contributivo.</p> <p>No hay información de cómo este proceso complementa los procesos de consulta ciudadana presencial.</p>

Consulta Ciudadana Virtual Nuevo POS		
criterio Corte Constitucional	¿Se Cumple?	Observaciones
Crear oportunidades de participación en diferentes etapas	No	<p>No existe información sobre por qué se eligió esta herramienta, quiénes participaron en el diseño de las preguntas, qué se va a hacer con los resultados.</p> <p>No se garantiza la participación informada. La encuesta no orienta al ciudadano sobre los conceptos que se están evaluando: por ejemplo qué significa/incluye: “diagnóstico temprano”, “tratamiento oportuno”, “rehabilitación”, “enfermedades de mayor severidad que causan muerte temprana”, “servicios y medicamentos que el país puede pagar y mantener con los recursos humanos, tecnológicos y económicos disponibles para la salud”, entre otros.</p>
Crear un ambiente de confianza	No	<p>No se brinda información sobre cómo se han seleccionado y elaborado las preguntas.</p> <p>No se brinda información sobre cómo se van a utilizar los resultados, ni qué medidas se van a tomar si es que los resultados muestran que sólo se ha recogido información de un sector de la sociedad (¿qué tan representativos son los resultados?)</p> <p>No brinda información sobre qué se va a hacer si se dan conflictos entre los compromisos del Estado ya asumidos (por ejemplo garantizar la salud de niños y niñas, maternidad segura) y las respuestas a la consulta.</p>

Desde un marco de derechos humanos, el sistema de salud es definido no meramente como un prestador de bienes y servicios, sino como una institución social fundamental, así como el sistema de justicia. Como tal puede promover o ayudar a mantener las inequidades en una sociedad, o a generar más equidad y espacios democráticos. En este sentido, la Sentencia T-760 al señalar la necesidad de que su implementación considere la participación de la ciudadanía, abrió la posibilidad de crear un proceso deliberativo democrático, en el que la sociedad colombiana pudiera discutir sobre qué tipo de sociedad se quiere y cómo estos ideales se reflejan en el sistema de salud. Este tipo de procesos van más allá de la consulta sobre la inclusión de algunos servicios y medicamentos (como lo que se presenta en la “Consulta Ciudadana Virtual”), pues permiten discutir sobre las bases del sistema.

En cuanto al acceso a la información, no toda esta es accesible para toda la población. Algunos documentos sobre reuniones de expertos, e información relativa a experiencias internacionales que se han discutido para desarrollar el nuevo POS⁶, son publicados en la página Web oficial en inglés y sin traducción al español.

Con relación al nivel de información de las organizaciones de la sociedad civil sobre el proceso, en marzo del 2009 los miembros de algunas organizaciones de la sociedad civil entrevistados (sindicatos, ONG que trabajan en derecho a la salud, miembros de la academia), no tenían información sobre la página Web del POS, sobre los documentos oficiales con la propuesta para la unificación integral de los planes de beneficios (presentado el 30 de enero), ni acerca de las estrategias de participación y comunicación. Algunas de estas organizaciones se mostraron interesadas en participar activamente en el monitoreo de la implementación de la sentencia, pero no sabían como hacerlo.

Esta falta de información es también consecuencia del escepticismo sobre la sentencia de la Corte. Para algunas organizaciones de la sociedad civil, el Sistema de Salud Colombiano necesita una reforma profunda, un nuevo modelo y la sentencia T-760 de alguna manera apoya el actual modelo, debido a que reclama cambios al interior de éste, pero no declara el estado de cosas inconstitucional en salud, como había sido sugerido en un informe reciente elaborado por la Procuraduría General de la Nación y el Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad – DeJusticia⁷.

Además, es necesario tener en cuenta la complejidad del contexto colombiano. Desde hace varios años, dirigentes de sindicatos de trabajadores de salud, así como líderes comunales están bajo amenaza y sufren de acoso, ataques y muertes de varios de ellos⁸. Algunos de estos dirigentes lucharon por los derechos de trabajadores que fueron despedidos después de la reforma del sector salud, o en contra de procesos de liquidación agresivos de los servicios públicos de salud. La reforma implementada mediante la Ley 100 incluyó mecanismos de participación y canales para la revisión de la decisión muy débiles con poca posibilidad de incidencia real desde los sectores sociales, creando desconfianza entre los actores y la polarización de los diferentes sectores. Es más, según Thomas Bossert y otros expertos internacionales, las anteriores reformas al sistema de salud en Colombia se han caracterizado por ser controlados por “equipos de tecnócratas”.

Sin embargo, como ya ha sido mencionado, existen algunas organizaciones interesadas en monitorear y participar en el proceso de la implementación de la sentencia, muchas de las cuales no han sido tomadas en cuenta por las autoridades. Un ejemplo de esto es la consulta “presencial de usuarios” organizada por el Ministerio de la Protección Social el 23 de julio de 2009, a la que fueron convocadas 67 organizaciones de usuarios y de pacientes. La reunión de un día de

duración, contó tan sólo con la participación de 25 personas de diferentes asociaciones de usuarios y de organizaciones privadas de pacientes (tres de estas de fuera de Bogotá)⁹.

Al indagar con participantes a esta reunión, mencionaron que a esta fueron invitadas principalmente personas de las Asociaciones de Usuarios de Enfermedades de Alto Costo. La participación fue escasa y contó con sólo un participante en representación del régimen subsidiado. Sobre la metodología de trabajo (consulta), expresaron que esta se centró en contestar el cuestionario elaborado por la CRES y el Ministerio de la Protección Social, dando poco tiempo para opinar y participar críticamente. Según las personas entrevistadas, muchas asociaciones, principalmente las más representativas, no fueron invitadas a la reunión¹⁰.

No queda claro el criterio de selección de las organizaciones invitadas, sin embargo resulta preocupante que organizaciones interesadas, que han participado en foros de discusión sobre la implementación de la Sentencia no recibieron información o invitación para participar en esta consulta, lo que constituye una barrera real para su participación en este proceso¹¹.

Para la elaboración de la Evaluación Económica y de los Componentes para las Prácticas Clínicas de la Guía Clínica, el Gobierno llamó a un proceso de consulta. Este fue publicitado en la página Web del POS¹², y brindó la oportunidad a gente interesada en enviar comentarios y sugerencias a una dirección electrónica. Aun cuando este proceso de consulta fue abierto, durante las entrevistas realizadas a fines de marzo del 2009 a representantes de organizaciones de la sociedad civil, instituciones de investigación y academia, ninguno de los entrevistados hizo mención de él. Cuando les preguntamos sobre qué mecanismo había sido implementado por el Ministerio de la Protección Social para promover la participación de

un número más amplio de actores clave, la respuesta fue: “nada” o “nosotros no tenemos información”.

3.2. Control de compañías de seguros y derechos de los usuarios:

Las dos órdenes analizadas en este punto fueron la vigésima y vigésima octava.

De acuerdo con los informes preparados por el miembro del comité de la sociedad civil a cargo de la supervisión de la implementación de la decisión¹³ (Así Vamos en Salud)¹⁴ y la Defensoría del Pueblo, aún cuando el Gobierno (a través del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud) cumplió con enviar un reporte con información sobre las EPS que con mayor frecuencia rechazan proveer servicios de salud incluidos en el POS; las dos instituciones a cargo no lograron preparar un informe que consolide la información, los resultados de los informes difieren (las EPS identificadas no son las mismas), y el informe carece de precisión acerca de los datos reportados, así como información sobre cómo se hace el seguimiento de las sanciones impuestas.

Con relación a la orden vigésima octava, el Ministerio de la Protección Social elaboró la Resolución 1817 de 2009 la cual define los lineamientos de la *Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud en los regímenes contributivo y subsidiado*. El informe enviado a la Corte Constitucional el 1 de junio de 2009 incluye estos textos, pero no señala si desde el Ministerio se han implementando acciones para garantizar que los documentos sean efectivamente entregados a los usuarios, y si el contenido de estos es completo, pertinente, confiable y comprensible, lo cual ha sido señalado por la

Corte, en sus autos de seguimiento. Para la Corte si bien la elaboración de los lineamientos es un paso importante, no garantiza que se respete el derecho a acceso a la información de los usuarios.

4. Conclusiones

Quizás el más importante impacto que ha tenido la sentencia T-760 de 2008 ha sido el de motivar nuevamente la discusión sobre el derecho a la salud y el sistema de salud en Colombia. Por ejemplo en junio del 2009, la Comisión Séptima del Senado de la República organizó el Foro “FOS-YGA: La Hora de las Cuentas Claras”.¹⁵ Así mismo, algunos congresistas han utilizado la sentencia como referencia para impulsar control político al Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Salud¹⁶ como en el caso del Foro “La Sentencia T-760 y el Futuro de la Salud en Colombia”, organizado el 18 de mayo de 2009 por el Senador Jorge Enrique Robledo. Desde la sociedad civil, el gremio de las empresas aseguradoras ha organizado algunos seminarios para discutir la sentencia¹⁷, y las organizaciones de la sociedad civil, las universidades y usuarios han organizado algunas mesas de discusión¹⁸.

Pese a estas iniciativas, no se puede decir que el proceso de toma de decisiones para la elaboración del nuevo POS ha respetado lo establecido por la Corte sobre la participación ciudadana.

Desde un marco de Derechos Humanos como en el que se enmarca la Sentencia T-760 la participación debe incluir: i) mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar, ii) construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación, iii) mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso (desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación), iv) mecanismos de rendición de cuentas y revisión¹⁹.

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población, la participación es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir²⁰.

En el caso del proceso de implementación de la Sentencia T-760, si bien esta hace referencia a la importancia de los derechos humanos y señala ciertos principios para asegurar que en su implementación se garantice la participación de diferentes sectores de la sociedad (comunidad científica, organizaciones de usuarios, grupos vulnerables), el proceso de implementación dirigido por el Ministerio de la Protección Social no ha logrado crear un verdadero proceso participativo, lo cual vulnera el derecho a la participación señalado en la Sentencia T-760, y pone en riesgo la legitimidad de los resultados del proceso, así como el apoyo de parte de la sociedad a la reforma.

El tipo de mecanismos de consulta que ha propuesto el Ministerio de la Protección Social para este proceso, profundiza la manera como en el marco de la Ley 100 se desarrolla la participación ciudadana, entendida fundamentalmente como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud y no de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de esos “clientes” tiene más peso que la deliberación colectiva y crítica que hace la ciudadanía a través de diversas formas organizativas.

Como ya ha sido señalado, existen problemas con relación al:

- Acceso a la información sobre espacios de participación
- Acceso a los procesos de consulta impulsados desde el Ministerio de la Protección Social

- Acceso a la información sobre los principios, metodología que se está siguiendo para la implementación de la reforma.
- Transparencia sobre el proceso. Desde marzo se habla que “no es posible igualar los POS”, que esto significaría un gasto de 6 billones de pesos colombianos. Si esto ya era una decisión tomada, ¿pueden realmente los ciudadanos modificar esta decisión?
- Acceso a información sobre los alcances de las consultas ciudadanas
- Acceso a mecanismos para la revisión de las decisiones y rendición de cuentas.

Además, si bien se han impulsado algunas investigaciones contra algunas EPS, no es todavía claro el resultado de las mismas²¹. En términos generales, el Estado Colombiano no ha logrado crear mecanismos de vigilancia y control que aseguren que las empresas proveedoras de servicios de salud cumplan con respetar los derechos de los usuarios.

Las iniciativas promovidas desde el Ministerio de la Protección Social se basan en la confianza de que los usuarios como consumidores tienen el poder para regular a los proveedores, y de esta manera asegurar la calidad de los servicios. Sin embargo, este modelo de “mercado de salud” fue criticado hasta por los expertos internacionales consultados por el Gobierno colombiano para apoyar el proceso de reforma del POS porque no toma en consideración que la salud no es como otros bienes que se pueden ofrecer en el mercado, ni el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, en el que el proveedor suele tener el poder del conocimiento, y por ello mayor poder en la toma de decisiones²².

En el fondo, las fallas en el proceso de participación reflejan el desencuentro entre el concepto de sistema de salud promovido desde el Ministerio de la Protección Social, que se concentra en la relación individual/privada entre un proveedor y un cliente, y la postura que presenta la Corte en la Sentencia que concibe al sistema de salud como una institución social, que implica que las decisiones que se toman sobre el sistema de salud, no se refieren únicamente a relaciones individuales proveedor – usuario/consumidor, sino más bien al desarrollo de políticas públicas que afectan a la sociedad en su conjunto.

Es decir, del concepto de la salud como un producto del mercado surge una “participación” que funciona más como una especie de mercadeo social y menos como una herramienta de construir *ciudadanías*. Proceso que a su vez profundiza la manera como en Colombia se han venido tomando las decisiones en salud, que dan el mayor peso a las opiniones y orientaciones tecnocráticas, de expertos nacionales e internacionales; marginando la opinión y la posibilidad de incidencia de la ciudadanía tanto individual como colectiva. Hecho que se profundiza con la puesta en operación de la Comisión Reguladora de Salud - CRES, instancia soportada en cinco técnicos, y la debilitación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, resulta preocupante la falta de capacidad autocrítica por parte de las autoridades de salud sobre la falta de planificación del proceso participativo. El 2 de agosto de 2009, en una entrevista televisiva, el Ministro de la Protección Social señaló que el cronograma establecido por la Corte no permite un proceso participativo, lo cual va en contra de las indicaciones dadas por los expertos internacionales invitados por el Gobierno colombiano que recomiendan un proceso participativo, y que para lograr esto se requiere entre 15 y 20 meses²³. Sin embargo, lo que le faltó

indicar al Ministro fue que la idea del proceso participativo esta como un prerequisite en la Sentencia T-760, que esta no es una “creación” de los expertos internacionales; y que si bien el Gobierno solicitó a la Corte en enero de 2009 una prórroga para la implementación de la Sentencia, esta solicitud no señalaba la necesidad de contar con mayor tiempo para garantizar la participación de la ciudadanía en el proceso de reforma del POS.

El objetivo de la Sentencia T-760 de 2008 es proteger el derecho a la salud en Colombia, a través de la implementación de reformas del sistema de salud. Esto debería traer como consecuencia directa la disminución de las tutelas, proteger la sostenibilidad del sistema de salud colombiano y cumplir con el precepto de progresividad del derecho a la salud. Lamentablemente la falta de transparencia y limitaciones para el acceso a la información y participación le quitan legitimidad al proceso. Estas condiciones no han ayudado a crear un ambiente de confianza, por el contrario, ponen en riesgo el apoyo de la ciudadanía a la reforma, y con ello la sostenibilidad del sistema de salud colombiano, pues si las y los colombian@s no comprenden cuáles han sido los principios y criterios utilizados para incluir o excluir ciertos tratamientos en el nuevo POS, y si no quedan claros los mecanismos para su revisión y actualización, no se puede descartar que sigan acudiendo a la tutela como su única herramienta para defender su derecho a la salud. El hecho de que sea una discusión sobre lo mínimo que debe garantizarse en salud exige que la participación sea la más cualificada posible. Esperamos que, en atención a todo lo expuesto, la Corte Constitucional desarrolle el control judicial más estricto sobre la forma como se está desarrollando la participación en esta materia.

Referencias

1. Ver en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 10) y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.
2. Ministerio de la Protección Social. *Informe con destino a la honorable Corte Constitucional Unificación Gradual y Sostenible de los Planes Obligatorios de Salud – POS*. Disponible en <http://www.pos.gov.co/respuestaSC/Documentos%20Sentencia/Orden_22_300109_1500.pdf>
3. Ministerio de la Protección Social- Dirección de la Demanda de Salud. *Informe a la Comisión de Regulación en Salud – CRES. Documento para la garantía y protección del derecho a la salud de los colombianos*. Disponible en <<http://www.pos.gov.co/Documents/Anexo%20tecnico.pdf>>
4. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. *Informe Trimestral de Conectividad*. Mayo 2009 – Número 15. Disponible en <http://www.crt.gov.co/images/stories/crt-documents/BibliotecaVirtual/InformeInternet/Informe_Internet_marzo%202009.pdf>
5. Consulta abierta entre el 23 de julio y el 23 de agosto, convocada por el CRES y el Ministerio de la Protección Social complementaria a la consulta presencial. Disponible en <<http://www.pos.gov.co/consulta/>>
6. Por ejemplo: las presentaciones de William Hsiao, Norman Daniels, Thomas Bossert. Disponible en <<http://www.pos.gov.co/Paginas/guia-Metodologica.aspx>>; presentaciones de Francis Ruiz, Norman Daniel, Michael Rawlins, Kalipso Chalkidou. Disponible en: <<http://www.pos.gov.co/Paginas/jornadasdeintercambiotecnicointernacional.aspx>>
7. Procuraduría General de la Nación y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. *El Derecho a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*, Bogotá, 2008.

8. Varios informes del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Trabajadores Hospitalarios de Colombia (ANTHOC) denuncian los asesinatos cometidos durante la última década de miembros de esta organización. Ver:

<http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=216> y

<http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1295>
9. Ministerio de la Protección Social- Dirección de la Demanda de Salud. Informe a la Comisión de Regulación en Salud – CRES. Documento para la garantía y protección del derecho a la salud de los colombianos. Disponible en <<http://www.pos.gov.co/Documents/Anexo%20tecnico.pdf>>
10. Conversación sostenida con la señora Leticia Tafur, presidenta de la Asociación de Usuarios del Instituto Nacional de Salud; y comunicación virtual emitida por Néstor Álvarez, representante de los pacientes de alto costo de la Nueva EPS. Ninguno de los dos fue convocado por los organizadores, fueron informados de la reunión por sus compañeros.
11. Por ejemplo: el Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social, Salud al Derecho, Centro de Investigación y Salud Popular -CINEP, Corporación Grupo Guillermo Fergusson, Asociación de Pacientes Osteomizados, Asociación de Usuarios de la Nueva EPS, Espíritu del 91, DeJusticia.
12. Ver: <<http://www.pos.gov.co/Paginas/guiaMetodologica.aspx>>
13. Así Vamos en Salud presentó a la Corte su interés por acompañar el cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, solicitó su reconocimiento como grupo de seguimiento, petición que la Corte aceptó el 9 de diciembre del 2008. Acá es importante decir que es necesario que se incluya en el proceso de seguimiento a otras expresiones de la sociedad civil que también se han organizado para impulsar rendición de cuentas sobre las órdenes emitidas por la Corte y para pronunciarse ante la sociedad.
14. La Torre, ML. *Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008*. Disponible en <http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_remository&Itemid=0&func=startdown&id=77>

15. Organizado el 8 de junio de 2009. Disponible en <<http://www.comisionseptimasenado.gov.co/actualidad%204.html>>
16. Según la orden del día para la sesión ordinaria del 30 de septiembre de 2008, los senadores Germán Antonio Aguirre Muñoz, Griselda Janeth Restrepo Gallego y Carlos Julio González Villa solicitaron la citación al Ministro de la Protección Social, al presidente de la Nueva EPS y al Superintendente de Salud para absolver un largo cuestionario relativo a las inconsistencias en el funcionamiento del aseguramiento y la atención en salud en el marco de la Ley 100 de 1993. Entre las preguntas se encontraban: “¿Cuál es la posición del gobierno con respecto a las obligaciones contenidas en la Sentencia T-760 de 2008?, ¿Qué mecanismos se está implementando para dar cumplimiento a ésta?”.
17. Por ejemplo: XVI Foro Internacional Farmacéutico, 10 al 12 de junio de 2009 en Cartagena convocado por la ANDI, VII Congreso GESTARSALUD realizado entre el 29 y el 31 de octubre en Cartagena.
18. Por ejemplo: Foro organizado el 29 de mayo del 2009 por Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquía en alianza con el Programa Así Vamos en Salud: “*Análisis de Alternativas para el Cumplimiento de los Mandatos de la Sentencia 760 de 2008 emitida por la Corte Constitucional*”; Foro “*La Sentencia T-760: alcances y limitaciones*”, impulsado por el Doctorado de Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia; los Talleres por redes locales y foros distritales organizados durante el segundo semestre de 2008 y el primer semestre de 2009 por parte de la Dirección de Participación Social y Servicio al Ciudadano de la Secretaría Distrital de Salud.
19. H. Potts. Participation and the Right to Highest attainable standard of health (University of Essex: Human Rights Centre). Disponible en <http://www2.essex.ac.uk/human_rights_centre/rth/docs/Participation.pdf>
20. Alicia Ely Yamin. Suffering and Powerlessness: The Significance of Participation in rights-based approaches to health, *Health and Human Rights* 11:1 (2009). Disponible en <www.hhrjournal.org>
21. Por ejemplo, la Superintendencia ordenó a las EPS Saludcoop y Comfaboy que redujeran a la mitad el volumen de contratación de servicios de atención de sus afiliados con sus propias clínicas y centros de salud, por incumplir los topes establecidos en la Ley 1122 de 2007. Ver: “A la Supersalud le llegó la hora de ajustar a las

Clínicas de EPS”, *El Tiempo*, 27 de abril de 2009. Sobre Saludcoop, un informe preliminar de la Superintendencia de Salud le ordenó abstenerse de destinar los recursos que le gira el Fosyga para la prestación de servicios de salud a sus afiliados a usos diferentes a este. Ver: “Cuestionan a Saludcoop por uso de recursos” en *Portafolio*, 7 de julio de 2009. Asimismo, según información de prensa, la Superintendencia de Industria y Comercio estaba investigando a 15 EPS y a ACEMI por estar presuntamente realizando acuerdos dirigidos a restringir la libre competencia en el mercado del aseguramiento de la salud y llegar a acuerdos para negar servicios de salud a los usuarios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Ver: “Quince EPS en la mira del Gobierno Nacional”, en *La Libertad*, 9 de junio de 2009.

22. Entrevista a Norman Daniels, Thomas Bossert y William Hsiao. Disponible en <<http://www.semana.com/noticias-salud--seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>>
23. Entrevista televisiva a Diego Palacio, Ministro de la Protección Social. Disponible en <<http://www.yamidamat.com.co/Contenido/Video.asp?Mostrar=AGOSTO3.wmv>>

**DE LA FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA.
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA.**

Señores

Corte Constitucional

Ref: Sentencia 760 de 2008

Honorables Magistrados

Los abajo firmantes, miembros de la comunidad académica y de organismos y asociaciones relacionados con la salud, nos dirigimos a Ustedes para manifestarles nuestras inquietudes en relación con el manejo que el Gobierno viene dando a la Sentencia T-760 de 2008, y solicitar a la Corte, de manera respetuosa, que ejerza los controles de su competencia en el marco de los principios constitucionales.

Recibimos con satisfacción y esperanza la Sentencia T-760 donde, en diferentes apartes, la Corte ratifica el derecho constitucional a la salud y pone en evidencia la existencia de varios problemas estructurales del Sistema General de Seguridad Social y la política sanitaria, frente a los cuales el Gobierno tiene que tomar correctivos. Revisamos con interés y confianza los análisis incluidos en la Sentencia, donde la Corte encuentra fallas importantes en la política de salud del

país, algunos de los cuales han sido objeto de discusión en el sector desde hace varios años y que se relacionan con la regulación, el funcionamiento, la operación del mercado, la carencia de mecanismos claros y criterios de interpretación para incluir o excluir servicios del POS, la falta de universalidad, la discriminación derivada de la desigualdad entre el Pos-C y Pos-S, el incumplimiento en metas establecidas en la Ley 100 de 1993 y la inexistencia de un cronograma de unificación de los planes de beneficios ordenados por la Ley, entre otros problemas encontrados.

Creemos que en su Sentencia, la Honorable Corte recoge apropiadamente la discusión que varios analistas han hecho de la política sanitaria aplicada por los Gobiernos desde 1993 cuando se promulgó la Ley 100. En los más de 15 años de operación del Sistema General de Seguridad Social, y a pesar de la falta de un sistema de información adecuado que dé cuenta de sus alcances, existe un acumulado de evidencias sobre la mala situación de salud de la población, el descalabro de la red hospitalaria, el recrudecimiento de problemas prioritarios de salud pública. Estos cambios han ocurrido a pesar de un incremento progresivo y significativo de los recursos disponibles, tanto públicos como privados.

Nos preocupa, sin embargo que, ante una situación de tal magnitud, el Gobierno Nacional insista en manejar el contenido de la Sentencia T-760 como un asunto coyuntural, reducido a que el paquete de servicios vigente es económicamente insostenible y que bastaría con reducir su contenido para resolver el problema. Una típica propuesta de contención de costos que podría bastar si el problema fuera de escasez de recursos y no del derecho a la salud. Mayor preocupación nos genera la posición expresada por el Ministerio en diferentes espacios públicos al pretender que la equidad de los Planes de Beneficios no se hará

incrementando el régimen subsidiado sino disminuyendo el régimen contributivo, planteamiento que consideramos absolutamente contrario al principio de progresividad de los derechos según el cual los derechos adquiridos no se puede perder y por el contrario, deben mejorarse.

El manejo que el Ministerio de la Protección Social ha dado al requerimiento de la Corte es en nuestro concepto simplista, cuando interpreta el concepto de igualación de los planes con el de unificación, y evade el núcleo de la Sentencia, que no es la contención de costos sino la reafirmación del derecho fundamental a la salud, un mensaje que se repite a lo largo del documento.

En relación con nuestra inquietud, sometemos a consideración de la honorable Corte Constitucional tres argumentos, con el fin de considere su pertinencia al evaluar el cumplimiento de la Sentencia:

- El Gobierno viene fundamentando su política de salud y el manejo de la Sentencia, en supuestos más que en evidencias
- El modelo de mercado utilizado por el gobierno para administrar la salud ha mostrado serias limitaciones relacionadas con su capacidad para resolver los problemas prioritarios y garantizar los derechos de la población.
- Los mecanismos de consulta aplicados por la CRES no cumplen con los requisitos técnicos de una encuesta representativa de la población ni con los principios de la participación ciudadana.

1. El Gobierno viene fundamentando su política de salud y el manejo de la sentencia, en supuestos más que en evidencias.

En lugar de defender el derecho constitucional a la salud y comprometerse con su desarrollo, el Gobierno evade y elude el núcleo de la Sentencia fundamentando su posición en cinco supuestos que han hecho carrera entre expertos y legos, como si fueran verdades absolutas y que debieron haberse sometido a prueba en el país desde hace varios, por cuanto han sido el sustento de la política sanitaria de los últimos Gobiernos:

- El supuesto de escasez de recursos
- El supuesto de que la UPC no alcanza
- El supuesto de que los costos crecientes son una ley inevitable
- El supuesto de la demanda infinita
- El supuesto de la función social del aseguramiento
- El supuesto de que el sistema responde a principios éticos

Estos supuestos son los mismos que se han utilizado para defender y sostener el sistema de salud en Colombia por más de 15 años y que se repiten mecánicamente sin un esfuerzo serio por parte del Gobierno por verificar su validez en el sector de la salud. Si como lo ha propuesto el Gobierno, los derechos constitucionales se supeditan a criterios económicos, por lo menos debería considerarse con seriedad qué tan válidos son estos criterios y qué tan pertinentes para la discusión.

1.1. El supuesto de la escasez no se ha documentado técnicamente

En primer lugar habría que precisar qué tan válido es el supuesto de la escasez de recursos en lo que respecta la salud... Y específicamente: ¿de qué escasez estamos hablando? ¿Es una escasez real y absoluta? ¿Está el Estado en quiebra? ¿O la escasez es generada por el mismo sistema que la denuncia para justificar su operación? ¿Realmente no hay dinero en Colombia para la salud? ¿O la cantidad de dinero es cada vez menor porque se acumula y se destina a otros fines? ¿No alcanza el dinero porque los enfermos salen muy costosos? Podría serlo, pero entonces ¿qué tanto del dinero destinado a salud termina realmente en atención directa? Ninguna de estas preguntas ha sido suficientemente resuelta en los 15 años de reforma, a pesar de que es el argumento esencial de las aseguradoras y del Gobierno. El supuesto de la escasez de recursos en materia de salud debe fundamentarse en estudios apropiados y en un análisis comparativo y bien documentado sobre la acumulación de la riqueza y los recursos públicos y privados que se han invertido en el país en diferentes áreas. En tal sentido, la política deberá fundamentarse en evidencia sólida que responda: ¿Qué tanto dinero hay, quién lo tiene y en qué se está gastando?

Hace varios años nos estamos preguntando dónde están los dineros de la salud y no hemos tenido respuesta. Estas son preguntas que no se han respondido y mientras estos aspectos no se demuestran no debería aceptarse el supuesto de la escasez en materia de salud. No quiere decirse con ello que el supuesto de la escasez sea falso. Lo que quiere decirse es que mientras no se demuestre que no hay dinero para la salud, el supuesto de escasez no se debería aceptar como cierto.

A varios de nosotros nos cuesta trabajo admitir la validez del principio de escasez cuando los indicadores de inequidad

sugieren que la riqueza aumenta en el mundo a la par con la pobreza, porque las ganancias se acumulan progresivamente en unas pocas manos. En la actualidad solo un 2 por ciento de la población mundial acapara 52 por ciento de la riqueza. La concentración de la riqueza es especialmente grave en Colombia, que figura entre los países más inequitativos del mundo superando en inequidad a Sudáfrica, Honduras, e incluso a Etiopía. Como diría el Mahatma Gandhi “En la tierra hay suficiente para satisfacer las necesidades de todos, pero no tanto como para satisfacer la avaricia de algunos”.

1.2. El supuesto de que la UPC no alcanza

En un sentido similar, el supuesto de que “la UPC no alcanza” amerita también un análisis serio. ¿En qué estudios se basa este argumento? ¿Qué estudios se han realizado en Colombia para fundamentar una política de tanta trascendencia y cuáles han sido los resultados de la investigación? Si se demostrara, con una metodología que resista la crítica, que la UPC no alcanza, habría que explicar también... ¿Por qué no alcanza? ¿No alcanza porque los pacientes consumen todo el costo? ¿O lo que no alcanza es el margen de utilidad? Adicionalmente, el cálculo de costos del POS ha sido muy superficial, aproximado y muy limitado, desde el ejercicio realizado en 1994 para fijar un primer valor de la UPC. Siendo el argumento de que “la UPC no alcanza” un elemento tan importante en esta discusión, tampoco debería aceptarse el supuesto de que en salud el dinero no alcanza, mientras este punto no haya sido demostrado y aclarado a un nivel suficiente para fundamentar una decisión.

1.3. El supuesto de que los costos crecientes son una ley inevitable

Para justificar que en el caso de la salud el dinero no alcanza suele argumentarse también el alto costo de la tecnología y los

medicamentos. Este es otro supuesto ampliamente socorrido y para demostrarlo no es difícil encontrar evidencias. Sin embargo el punto es más profundo. ¿Es el alto costo de los medicamentos y la tecnología una fatalidad ineludible que debemos aceptar como ley natural y que nunca podremos evitar? ¿O es más bien el producto de la presión de los comerciantes del ramo y de una política que insiste en liberar los precios de los insumos básicos y los medicamentos sin sopesar los resultados sobre la salud pública? Los organismos internacionales de salud como la OPS y la OMS han insistido en la necesidad de que los gobiernos establezcan medidas regulatorias para limitar el alto costo de los insumos básicos. A este respecto, hay evidencias muy ilustrativas que demuestran que una política pública de control de los medicamentos e insumos esenciales puede reducir sustancialmente los costos de operación de un sistema de salud, como lo hizo Brasil con los medicamentos para el SIDA. El precio de los medicamentos es un asunto complejo de interés social que demanda políticas serias dirigidas a proteger y fortalecer la producción de genéricos, controlar las patentes de segundo uso y evaluar la introducción de nuevas tecnologías. El aumento en los precios de la tecnología y los insumos médicos es un efecto de mercados no regulados y no una ley natural. En el caso de Colombia, mientras no se haya demostrado que el alto costo de la tecnología y los medicamentos es un asunto inevitable, no lo debiéramos aceptar como justificación de la escasez.

1.4. El supuesto de que las demandas en salud son infinitas

El alcance de este supuesto debería también precisarse porque a primera vista sugiere que todos los individuos acudirán inmediatamente a consumir cirugías, trasplantes y medicamentos contra el cáncer, como cuando se producen rebajas en un supermercado. Este supuesto de la economía

no se cumple en el caso de la salud donde el enfermo se comporta como un consumidor obligado por su enfermedad y su consumo se limita a su necesidad. La medicina estética y algunos medicamentos como el sildenafil (Viagra) podrían constituir una excepción, y habrá que aceptar este argumento, analizarlo y darle respuesta; sin embargo, como se mencionó antes, estos casos constituyen la excepción y no la regla general. El argumento del costo de los medicamentos y servicios No-POS que está pagando el Fosyga tampoco es válido para eludir la igualación de los POS. De todos modos, el argumento de la demanda infinita en materia de salud merece un mejor análisis. Antes de aceptar el supuesto de que la demanda infinita hará explotar el sistema, deben revisarse las evidencias en que se soporta tal afirmación y ponerlas en su justa dimensión. Mientras no se justifique en estudios serios, no debería aceptarse como cierto el supuesto de la demanda infinita, ni como una justificación del supuesto de escasez, ni como soporte de una política de tal magnitud como es la política sanitaria.

1.5. El supuesto de la función social del aseguramiento

La función social del aseguramiento es un supuesto que no se ha sometido a prueba. Entre octubre y diciembre de 1993, el Gobierno fundamentó su propuesta de reforma con el argumento de que el aseguramiento reduciría los riesgos porque las aseguradoras antepondrían su responsabilidad contractual a su interés en la rentabilidad económica. Ni siquiera las llamaba Empresas... Las llamaba Entidades Promotoras de Salud dedicadas a la administración de los riesgos y no al negocio de los servicios. Este fue el espíritu de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en relación con la función social del aseguramiento la experiencia en 15 años sugiere lo contrario. Las tutelas constituyen un ejemplo de ello. Si el riesgo se viniera protegiendo y el derecho se viniera cubriendo, no prosperarían las tutelas. Hasta la fecha hemos aceptado que las aseguradoras obran de buena fe y anteponen los intereses

y derechos del asegurado a su interés de lucro; sin embargo, ha llegado el momento en que este supuesto deba probarse. Una cosa es suponer la buena fe del asegurador frente al derecho del cliente. Otra muy diferente es ignorar los hechos que han dado origen a las tutelas. El deterioro en los indicadores de mortalidad evitable en los últimos años documentado por Gómez, y el número creciente de complicaciones de alto costo, podrían sugerir un manejo negligente del riesgo por parte de las agencias responsables del aseguramiento. El estudio realizado por Fedesalud en 2006 mostró que los pacientes diabéticos con enfermedad renal crónica (ERC) llevaban más de dos años en programas de control y que la progresión de los asegurados era mayor que la descrita en otros países. En su sentencia, la Corte reconoce fallas importantes en las instancias responsables de la vigilancia y el control que ameritan acciones fuertes en este campo por parte del Ministerio Público y los organismos de control. Pero algunas disposiciones incluidas en el acto pueden quedarse cortas frente a la magnitud del problema. Las aseguradoras conforman un mercado donde su negocio es el riesgo y es por este servicio que reciben el pago; no es al enfermo a quien compete asumir las consecuencias de un riesgo que ha debido controlarse. No tiene sentido que el FOSYGA cubra a las aseguradoras el costo de un trasplante renal a un paciente que ha estado afiliado cinco años sin que la aseguradora haya hecho un esfuerzo por evitar la progresión de la enfermedad. A este respecto, el modelo colombiano de salud ha definido un sistema de auditoría del acto médico a cargo de funcionarios de las EPS, cuya función se ha centrado más en la contención de los costos, en beneficio de las aseguradoras, que en la calidad de la atención y la protección de los enfermos. Los controles al acceso y calidad de los servicios deben ser externos a las EPS. El país no ha desarrollado la figura de la defensoría del enfermo, una función que debería ser realizada por instancias independientes como los Colegios Médicos o las Universidades y no por empleados de las mismas EPS que son parte en la querrela.

1.6. El supuesto de que el sistema responde a principios éticos

En varias discusiones realizadas en el sector, se argumenta que la posición del Gobierno está limitada por supuestos éticos y que ante el dilema de adoptar enfoques deontológicos o consecuencialistas se ve obligado a obrar con base en la factibilidad financiera. En las respuestas del Gobierno a la Sentencia T-760 se percibe un enfoque consecuencialista de la ética que da origen a una concepción programática del derecho; el derecho se subordinará a los recursos y el Gobierno los garantizará mientras haya dinero para ello. Esta concepción se ha venido abriendo camino en la gestión del sector desde que la Ley 100 estableció un paquete de servicios para quienes pagan su póliza y un paquete diferente para los pobres. Sometemos a consideración de la Honorable Corte nuestra discrepancia con este planteamiento que nos cuesta trabajo ajustar a la Constitución. Tampoco creemos que en la administración del Sistema General de Seguridad Social hayan predominado las discusiones de tipo ético. Por el contrario, la racionalidad del sistema colombiano ha sido predominantemente económica, e incluso, cuando se preocupa por la ética lo hace desde la perspectiva económica. En el mismo sentido, no se puede sostener una perspectiva de eficiencia financiera sin cuestionar el predominio del lucro de los agentes dominantes en el mercado por encima de las necesidades de atención de los ciudadanos. La preocupación ética que los defensores del mercado de los servicios de salud muestran por la destinación irracional del gasto no se compadece con la falta de interés en los efectos de la concentración de la riqueza, la exclusión social de amplios sectores de la población y los avances de la corrupción. En nuestro concepto, este tipo de argumentaciones nos induce a una discusión inconsistente y superficial de la ética que ha sido invocada sólo para justificar la contención de costos y

reforzar el supuesto de escasez que ha servido de excusa a las aseguradoras y al Gobierno para eludir los compromisos con los asegurados. El dilema ético entre los principios deontologistas y consecuencialistas es un argumento muy cómodo para quienes concentran la riqueza, porque este tipo de discusiones los preserva de la crítica y pone el dilema en los pagadores. Consideramos que el debate sobre los alcances de la Sentencia implica una seria fundamentación ética, que debe darse ampliamente de cara al público y en un contexto de transparencia que garantice la consistencia del mensaje.

2. El modelo de mercado utilizado por el gobierno para administrar la salud ha mostrado serias limitaciones

El Sistema Colombiano de Seguridad Social en Salud y su política sanitaria se han fundamentado desde 1993 en un modelo de competencia regulada, cuyos principios conceptuales suponen que el aseguramiento en condiciones de competencia mejora la efectividad y eficiencia de los resultados. El modelo adoptado en la Ley 100 supone también que el Estado juega un papel importante en la modulación del sistema, evitando posiciones hegemónicas y garantizando que se cumplan sus principios. En sus 15 años de operación, el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha recibido un aporte creciente de recursos financieros muy superior al que se recibía antes de la reforma; ha mostrado también un aumento importante en las coberturas con aseguramiento y más discreto en el uso de servicios. Sin embargo, los indicadores globales de salud en lo que se refiere a mortalidad evitable, mortalidad materna, mortalidad infantil, malaria, sífilis congénita y control de la tuberculosis, entre otros, dejan aún mucho que desear. Adicionalmente, el país ha debido enfrentarse a la demanda creciente de complicaciones prevenibles que derivan en alto costo como la insuficiencia renal y el infarto de miocardio. En los últimos años se han realizado varias reuniones en el sector para evaluar los alcances del sistema de salud.

De los debates ha quedado claro que:

2.1. Las coberturas con aseguramiento han aumentado significativamente pero no se han traducido en resultados en salud

Las coberturas con aseguramiento vienen aumentando desde la implantación de la reforma, en especial desde que se adoptó la figura de los subsidios parciales, una estrategia que da la falsa idea de protección total y de universalidad. A este respecto debe considerarse que el aumento en el número de cotizantes es un indicador del desarrollo de la industria del aseguramiento, pero no un indicador de salud pública. Estrictamente hablando, el consumo de servicios de salud tampoco es un buen indicador de salud de la población, a menos que su aumento se acompañe de una disminución en los riesgos de la población atendida. Esta última condición no se ha dado en Colombia donde, por ejemplo, el aumento en el control prenatal y la hospitalización del parto no se han reflejado en una reducción significativa en los riesgos materno infantiles y los controles a diabéticos e hipertensos tampoco han derivado en una reducción importante de la mortalidad evitable por enfermedades cardiovasculares, ni de la frecuencia de complicaciones renales.

2.2. No existe un buen sistema de información que garantice la gestión razonable y eficiente de los servicios, a pesar de que ello constituye una obligación del Gobierno

Antes de la reforma existía en Colombia un sistema de información que condicionaba la transferencia de recursos a la documentación de las variables críticas. Después de la reforma este sistema ha presentado un marcado deterioro. La información sobre mortalidad sale con varios años de

retraso y en algunas regiones el subregistro puede superar el 10 por ciento. El problema no es sólo falta de información sobre aspectos críticos; en la actualidad las agencias del sistema recogen un volumen enorme de información que nadie procesa; no existe un procedimiento definido para la utilización de las bases de datos del SISBEN y de los RIPS que se recopilan más en cumplimiento de un requisito que para la toma de decisiones. Más grave aún, las agencias estatales y privadas son muy celosas con información que puede comprometer su gestión y retienen la información crítica sobre el funcionamiento del sistema dándole un manejo confidencial. Este deterioro en el sistema de información no es sólo un lamentable subproducto de la reforma, sino el reflejo del desinterés del Gobierno y las Aseguradoras por documentar evidencias que demuestren el resultado de la gestión. No se dispone de información financiera confiable sobre variables críticas para la gestión de las políticas como el flujo real de los recursos financieros, el porcentaje que termina realmente en servicios para el paciente, el valor de la UPC y la efectividad en el control de los riesgos. Tampoco se dispone de un diagnóstico actualizado de salud que suministre información sobre el perfil epidemiológico de los riesgos y oriente la gestión de los servicios.

2.3. La fragmentación de las estructuras y los procesos es uno de los principales problemas del sistema

La reforma ha fragmentado profundamente el sistema de atención sanitaria. Antes de la reforma política, el prestador del servicio era responsable de controlar el problema de salud integrando las acciones de prevención, diagnóstico, tratamiento y control de los determinantes en la comunidad. En contraste con lo anterior, la fragmentación de los agentes y de los procesos es una de las características más notorias de la política sanitaria en Colombia; esta condición es especialmente importante en tres lineamientos de

la política que con frecuencia son también el núcleo de profundas incoherencias al interior de la norma: la separación de competencias, la segmentación de la clientela y la diferenciación de los paquetes.

- **Separación de competencias**

La separación de pagadores, proveedores y reguladores se propuso con la idea de que las administradoras privadas hicieran una mejor administración de los recursos de la que hacía el viejo Sistema Nacional de Salud, y se encargaran específicamente de asegurar los riesgos y hacer una gestión eficiente de los recursos. Por su parte, los prestadores debían dedicarse a atender los enfermos con la máxima eficiencia y calidad, y los entes territoriales, exentos del engorroso trámite de la administración podían encargarse de controlar el sistema. En la práctica ninguna de estas premisas se cumple. Estimulados por el principio de utilidad financiera, que es en el fondo el verdadero principio filosófico que mueve el sistema, las administradoras incursionaron en el negocio de la prestación de los servicios y mediante un hábil manejo de la integración vertical instalaron sus propios servicios de salud desde donde realizan las actividades de mayor rentabilidad y contratan con las otras agencias los servicios donde la tasa interna de retorno es menor; este caso ilustra una forma muy especial de concebir la eficiencia para beneficio de la empresa pero no del sistema. La integración vertical, que iba en contra de los principios del modelo y del espíritu de la Ley 100 fue aplicada por las aseguradoras sin que el Ministerio del ramo ni los organismos de control lo impidieran. En 2007, cuando se propuso la reforma a la Ley 100, los defensores de la integración vertical aprovecharon para darle visos de

legitimidad e incluyeron la integración vertical en la Ley 1122. Por su parte, las instituciones que prestan servicios de salud, públicas y privadas, se mueven en función de sus contratos, de sus facturas y de sus descuentos por pronto pago; esta es la atmósfera que ahora se respira en los hospitales donde los médicos se limitan a prestar aquellos servicios que puedan facturar de acuerdo con el contrato. Los entes territoriales, a quienes la Constitución y la Ley asignan la función de garantizar la salud, están también atrapados en un sistema donde no tienen ningún poder efectivo sobre las transacciones que hacen los administradores con los prestadores. Los entes territoriales argumentan que no tienen ni mecanismos ni recursos para realizar un control efectivo y menos para sancionar las anomalías. A esta condición debe sumarse el bajo perfil que los últimos gobiernos nacionales y regionales han dado al Ministerio de Salud, reduciéndolo a la condición de viceministerio, y a la autoridad sanitaria en los entes territoriales. La capacidad técnica y política del Estado para orientar la salud pública se ha deteriorado notablemente. En especial, por la pérdida del referente poblacional y territorial, necesarios en la lógica de la política pública, como producto del predominio del mercado individual del aseguramiento y los servicios de atención de enfermedad. Mucho de la memoria técnica en gestión de proyectos de salud pública se perdió después de la reforma, como lo sugieren los estudios de Arbeláez y de Kroeger sobre el control de la tuberculosis y la malaria respectivamente.

- **Segmentación de la población**

Otra de las características del modelo es la segmentación de la clientela, que fragmenta la población según su

capacidad de pago en tres regímenes: contributivo, subsidiado y pobre-no asegurado. Se requiere ser muy superficial en el análisis para no percibir la profunda contradicción entre esta segmentación y los principios de universalidad e integralidad que defiende la misma ley. No se puede seguir afirmando que las directrices de la política son la universalidad, la integralidad, la equidad y la solidaridad, cuando la misma norma reconoce a unas personas un derecho y a otras no.

- **Diferenciación de los paquetes de servicios**

Algo similar debe decirse de la diferenciación de los paquetes de servicios (Plan Obligatorio de Salud –POS–; POS Subsidiado, POS Parcial y PAB) organizados por el sistema según la capacidad de pago del cliente. Esta es otra incoherencia que exige muchos malabares éticos para ajustar la práctica a los principios. Queremos llamarles la atención sobre el término “obligatorio”, que en la práctica se ha convertido en plan mínimo. En la racionalidad del administrador, si el servicio no es una obligación expresamente citada en la ley no se brinda al usuario, aunque de acuerdo con el criterio médico el servicio sea indispensable para la vida. La gran contradicción de este lineamiento radica en su profunda inequidad pues siendo precisamente los más pobres quienes mayor necesidad tienen de ayuda, reciben un paquete más restringido. En especial, por la pérdida del referente poblacional y territorial, necesarios en la lógica de la política pública, como producto del predominio del mercado individual del aseguramiento y los servicios de atención de enfermedad.

La fragmentación de competencias, la segmentación de la clientela y la desigualdad de los paquetes de servicios, deterioran el ejercicio médico pues llevan a:

- La desintegración de las intervenciones de prevención, diagnóstico y tratamiento que pretenden controlar la enfermedad.
- La discontinuidad de los procesos asistenciales.
- La desarticulación entre las actividades individuales y colectivas.

En la actualidad, unos hacen el diagnóstico, otros el tratamiento y otros la visita domiciliaria, y cada uno debe limitarse a lo que diga el contrato. El albañil tuberculoso tiene quimioterapia mientras esté asegurado; cuando pierde el trabajo pierde el seguro y la continuidad del medicamento. Los pacientes con VIH saben que, aún con tutela, un mes tienen tratamiento y el otro no. Para cualquier médico es muy difícil hacer un buen trabajo en estas condiciones y el perjudicado es el enfermo. Aunque la desintegración del sistema es uno de sus aspectos más notorios, paradójicamente ha sido poco documentada. Muchas veces el mismo paciente no está en condiciones para captar la fragmentación porque la considera algo natural. En Colombia hay muchos estudios en relación con la reforma pero pocos en salud pública. Algunas investigaciones, sin embargo, han puesto en evidencia la dinámica del deterioro sanitario.

Un estudio sobre el control de tuberculosis –TB– en la reforma, elaborado por la doctora Arbeláez y otros investigadores de la Facultad Nacional de Salud Pública, encontraron un franco deterioro en las acciones de control de la tuberculosis reflejado en la disminución de dosis aplicadas de BCG, la reducción en la búsqueda de casos y en la identificación de contactos, las bajas tasas de curación, las altas proporciones de pérdida en el seguimiento, la ruptura entre las acciones individuales y colectivas de control y la desintegración del sistema de información; el estudio concluye que la competencia

regulada en Colombia ha mostrado un efecto negativo en el control de la tuberculosis debido a la dominancia de la racionalidad económica y al debilitamiento del liderazgo estatal.

El estudio sobre el control de la malaria realizado por Kroe-ger y colaboradores encontró que varias de las deficiencias del viejo Sistema Nacional de Salud no han sido resueltas, mientras que algunas de sus fortalezas como la capacidad instalada, la planeación y la supervisión de las actividades se han perdido en el nuevo modelo, estos cambios han llevado no sólo a una reducción en las acciones de control sino también a un aumento de los casos de malaria. Los investigadores conceptúan que reconstruir el control de la malaria implicará en la actualidad un esfuerzo aún mayor que el que pudiera anticiparse hace unos años.

2.4. Reinterpretación del principio de eficiencia

Uno de los argumentos más socorridos para impulsar la reforma sanitaria fue la ineficiencia del viejo Sistema Nacional de Salud. En honor a la verdad, muchas de las críticas fueron perfectamente válidas y reflejaban bien la dinámica de un sistema que en sus 15 años de existencia tuvo muchos aciertos y muchos errores. En relación con la eficiencia es importante tener en cuenta tres situaciones:

La reforma ha tenido mucho más dinero, sin mostrar mejores resultados. Efectivamente, nunca hubo en Colombia tanto dinero para salud; en diez años el PIB destinado a salud ha aumentado en forma notoria y el sistema dispone ahora de cuatro veces más dinero que antes de la reforma. Pocos países en América Latina invierten tanto dinero en salud, y sin embargo los indicadores de salud de la gente no muestran mejoría. El indicador de cobertura con aseguramiento es engañoso; no refleja un beneficio real para la población; un seguro no es un bien por sí mismo; un seguro sirve si me

protege del daño o me atiende cuando se me presenta la inevitable contingencia; afirmar que el aseguramiento pasó de 20 a 54 por ciento sólo indica que antes se cobraba cotización a 20 por ciento de la población y hoy el negocio ha mejorado notablemente. El aseguramiento no refleja la atención efectiva a los usuarios y no hay evidencias de que las coberturas con servicios de buena calidad hayan aumentado al mismo ritmo de los recursos invertidos y de las coberturas de aseguramiento.

Aunque en teoría el término eficiencia se asume como un tecnicismo, en la práctica es un concepto muy contaminado ideológicamente, y en la política sanitaria de Colombia se ha convertido en una herramienta de las administradoras para aumentar su rentabilidad institucional. Cuando las aseguradoras contratan por volumen, solicitan descuentos o contratan a destajo, están aumentando sus utilidades, pero a costa del esfuerzo de los prestadores y trabajadores de la salud. Es una eficiencia ficticia...Otros hacen el esfuerzo para ellas, pero este ahorro no revierte en el beneficio del sistema. Este es un manejo muy amañado del término que esconde la inutilidad de la intermediación y justifica la subcontratación. La política sanitaria colombiana incentiva la subcontratación entre diferentes intermediarios generando una cadena de "costos agregados" que no necesariamente están respaldadas en un valor agregado. Nos preguntamos, ¿en qué consiste el servicio que cobra una aseguradora cuando subcontrata por capitación y responsabiliza del riesgo a la institución hospitalaria? En esta cadena de intermediaciones gran parte del dinero no llega al usuario. A este respecto, los informes de de Planeación Nacional de septiembre de 2004, y el estudio de Barón muestran como la proporción del gasto que se destina realmente a cubrir los servicios, ha venido disminuyendo con el tiempo.

Otro uso amañado del término eficiencia se relaciona con la contención de costos. La eficiencia puede relacionarse con

la contención de costos, pero no puede hacerlo a expensa de costos de operación que reflejan la obligación de la empresa aseguradora frente a los derechos de los usuarios.

La eficiencia del sistema debe valorarse también en función de la corrupción. La encuesta de Confecámaras de agosto 4 de 2001 estimaba que la corrupción en la contratación en salud asciende anualmente a una cifra entre 10 y 13 por ciento, equivalente a 250.000 millones de pesos y el Ministro de la Protección Social considera que la corrupción es el principal problema del sistema. Compartimos parcialmente este concepto del señor Ministro y creemos que debería profundizarse en su análisis. Uno de los supuestos del modelo neoliberal es que el sector estatal corrupto no hace un buen manejo de los recursos. Esta es una concepción ideologizada y muy superficial de la corrupción. Una agencia estatal no corrompe a otra; en cambio, en 100 por ciento de los casos de corrupción está involucrada una institución privada o un funcionario que obra como agente particular en su propio beneficio y en detrimento de los intereses públicos. Esta concepción amañada de un problema tan serio como la corrupción, exime de responsabilidad al sector privado y nos lleva a pensar que la fiebre está en el Estado, cuando las comisiones y pagos por el cabildeo de contratos pueden ser una regla de juego implícita en el modelo de mercado. En este contexto, no extraña que algunas aseguradoras generen utilidades de \$58.000 millones de pesos anuales y que algunos de sus directivos perciban salarios de 22 millones de pesos mensuales, mientras los hospitales estatales se encuentran en quiebra y un médico de tiempo completo, que adicionalmente hace tres turnos nocturnos por mes, gane menos de 2 millones de pesos.

2.5. La desarticulación del sistema de planeación

La política vigente durante el Sistema Nacional de Salud se fundamentaba en el subsistema de planeación y condicionaba

también el flujo de recursos al cumplimiento de los planes territoriales. Había una subordinación de los planes municipales al departamento y de estos a la Nación. El valor de la planeación ha cambiado mucho en los últimos años. Los inversionistas y en general el mercado liberal responden mal a los límites que les impone la planificación; se sienten incómodos ante planes que les obligan al cumplimiento de metas; saben que en cualquier momento puede presentarse una oportunidad más rentable y que los planes centralizados pueden atraparlos en obligaciones que ya no son rentables. El mercado cree más en la flexibilidad de los proyectos que pueden elegirse por conveniencia o pueden liquidarse y abandonarse cuando dejan de ser rentables. Pese a los esfuerzos de algunos organismos de control, los planes de los entes territoriales han perdido mucho de su fuerza indicativa y se han convertido en nichos para incubar contratos con el sector privado. Gran parte de las acciones de promoción y prevención que se realizan en el país son ejecutadas por el sector privado con base en contratos que poco o nada tienen que ver con un plan territorial de salud. Por su parte, las agencias privadas realizan sus planes con un criterio de utilidad institucional cuya relación con los planes gubernamentales está mediada por la conveniencia particular.

2.6. Desarticulación de las redes sociales

La reforma del Sistema Colombiano de Seguridad Social también desarticuló las redes de participación comunitaria del Sistema Nacional de Salud y los recursos de promotoras rurales y promotores de saneamiento que, con gran esfuerzo, se habían integrado a lo largo del país para controlar los determinantes de la salud y movilizar las organizaciones populares hacia el autocuidado. Hoy son pocos los municipios que, por su cuenta y sin el respaldo del sistema, mantienen esta estrategia. Como es muy difícil facturar el servicio de una promotora, no cabe en el modelo.

2.7. Reinterpretación de los valores y principios de la atención médica

La Ley 100 introdujo en Colombia un cambio marcado en los valores y principios que inspiran la comprensión y atención de la salud. El énfasis de la política sanitaria en el modelo de competencia ha impuesto un cambio en los patrones éticos del sistema, donde la rentabilidad económica de los inversionistas, la competencia por los recursos y el afán por sobrevivir en el mercado se consideran más valiosos que la solidaridad, la equidad y el derecho a la vida. La actual política sanitaria de Colombia impone a la respuesta social una racionalidad perversa que en lugar de contribuir a amortiguar las enfermedades y defunciones y controlar sus determinantes, supedita el beneficio público al beneficio de los inversionistas. Los intereses del mercado se han impuesto también a la ética social y propone al resto de la sociedad que el pretendido derecho de los inversionistas a la rentabilidad predomina sobre el interés de la gente por sobrevivir.

3. Los mecanismos de consulta aplicados por la Comisión Reguladora de Salud (CRES) no cumplen con los requisitos técnicos de una encuesta representativa de la población ni con los principios de la participación ciudadana.

Nos preocupa también el manejo que el Gobierno a través de la CRES viene dando a la participación ciudadana para la construcción de un nuevo POS, a través de algunas pocas reuniones con miembros de Asociaciones de Usuarios y utilizando una encuesta en Internet (<http://www.pos.gov.co/consulta/>) cuyos resultados, por la forma como se viene realizando, no son inteligibles para todas las personas ni serán representativos de la población y, en cambio, podrían utilizarse de forma amañada según los intereses de quien los utilice. Adicionalmente a agosto 10 solo 2.700 ciudadanos de todo

el país habían respondido esta encuesta. Reconocemos que la participación ciudadana es la clave de la democracia y un principio esencial en los Estados de Derecho; en tal sentido, creemos que este derecho constitucional debe desarrollarse de tal manera que se garantice una participación, bien informada, libre y consciente por parte de la ciudadanía; estamos plenamente de acuerdo en la necesidad de un amplio debate sobre el asunto, que el Gobierno ha debido promover y liderar desde hace tiempo en cumplimiento de los principios constitucionales; pero observamos con desconcierto que estas condiciones están muy lejos de cumplirse en los mecanismos utilizados hasta el momento por el Gobierno, los cuales constituyen, en nuestro concepto, un mecanismo precario frente a los retos que implica garantizar el derecho constitucional. A este respecto nos preocupa que, en lugar de garantizar un debate informado y consultar la perspectiva de los diferentes actores sociales, estos mecanismos se utilicen para manipular a la sociedad civil y sostener posteriormente la estructura del nuevo POS como el producto de una construcción social colectiva, y que con base en este argumento se proponga que debe ser aceptado por la totalidad de la población, sin que pueda solicitarse luego la protección de derechos para aquellos servicios que no hayan sido aprobados por quienes respondieron la encuesta.

Consideraciones finales y petición

En atención a los argumentos presentados, consideramos que el manejo que está dando el Gobierno a la Sentencia T-760 no responde a la naturaleza y magnitud de la problemática que experimenta el país en materia de política sanitaria. Sus análisis desconocen las fallas estructurales del sistema y sus soluciones se proponen sobre los mismos supuestos que han generado las crisis repetidas del modelo, sin un fundamento serio en evidencias. La solución no está en igualar los POS de los dos regímenes. La solución está en superar el modelo de

“pluralismo estructurado”, que basa el derecho a la atención en la capacidad de pago de las personas. La forma como el Sistema General de Seguridad Social considera las necesidades de las personas no puede llamarse “derecho ciudadano a la salud”. El derecho a la salud debe atarse a la condición de ciudadano o de otra forma será desconocido y burlado por los agentes del mercado. La solución está en la construcción de un nuevo sistema de salud Universal integral y equitativo. Integrado financieramente con la unificación de los recursos disponibles por cotizaciones y por impuestos y asignado territorialmente, en el marco un sistema de protecciones sociales coherente con los derechos.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente a la Corte que, al realizar el seguimiento del cumplimiento de la Sentencia T-760, tenga en cuenta las consideraciones presentadas en este oficio, desarrolle el control judicial más estricto, exija del Gobierno respuestas de fondo, debidamente sustentadas en evidencias y facilite un mecanismo de interlocución con las organizaciones firmantes sobre las peticiones y el seguimiento a este pronunciamiento.

De la Honorable Corte, con todo respeto.

Siguen las firmas de profesores y estudiantes de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

Copia de este mensaje se enviará

- A la Contraloría, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Salud y la Superintendencia de Industria y Comercio, para que se notifique de las fallas observadas en relación con las funciones de dirección, vigilancia y control del sistema, y defina la pertinencia de establecer las responsabilidades del caso.

- A la Cámara y el Senado de la República para que establezcan las medidas de ajuste de su competencia y el control político a que haya lugar.
- A los partidos políticos en campaña solicitándoles que se pronuncien sobre la posibilidad de cambiar estructuralmente el sistema de salud colombiano.
- A los medios de comunicación

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Rafael Malagón Oviedo 7

LA SENTENCIA T-760: Reseña crítica

Rafael Malagón Oviedo 13

¿DERECHO A QUÉ? EL DEBATE SOBRE LA SENTENCIA T-760

Mario Hernández Álvarez 27

SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA COBERTURA, ACCESO Y ESQUEMAS DE FINANCIACION *Visión de futuro desde el aseguramiento*

Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz y Nelcy Paredes Cubillos 45

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y LA SENTENCIA T-760 DE 2008

Nelson Alvis Guzmán y Julio Orozco Africano 75

¿DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA O MERCADEO SOCIAL?
Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008

Camila Gianella Malca, Óscar Parra Vera, Alicia Ely Yamin y
Mauricio Torres Tovar.

107

**DE LA FACULTAD NACIONAL DE SALUD PÚBLICA
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

133

11

CUADERNOS DEL DOCTORADO

LA SENTENCIA T-760: alcances y limitaciones

Se terminó de imprimir en Bogotá D.C.

Colombia en febrero de 2010

Esta primera edición consta de 500 ejemplares en propalibros beige de 90 gramos, se compuso en tipo Óptima y fue impresa en NATIONAL GRAPHICS Ltda., para la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá