



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

La salud como derecho versus la salud como mercado: balance ad portas de los 25 años de vigencia de la Ley 100

Autor: Andrés Giovanni Barrera Rodríguez

Introducción

Los derechos sociales se tornan en derechos fundamentales cuando su no-reconocimiento, conduce inminentemente, a la vulneración de las condiciones básicas de vida con las que una persona debe contar, por lo mismo, estos derechos reclaman al sistema y a los operadores jurídicos una protección íntegra e inmediata en lo posible, con el fin de contrarrestar la afectación causada (Luhmann, 2010; Alexy, 1993).

De acuerdo con esto, en el Estado Social de Derecho, que en su seno se funda sobre el desarrollo de unos principios constitucionales, no se deben establecer distinciones tajantes entre derechos que se reconocen como fundamentales, que son a su vez derechos tutelables, y que deben superar las limitaciones políticas, que sin razón alguna, puedan imponer el legislativo o la del ejecutivo (Hinestrosa, 2002; Uprimny, 2002; Sotaquirá, 2005).

Existen en este marco constitutivo de derechos, derechos que en otrora se identificaron como derechos prestacionales, como sucede en el caso del derecho a la salud, y que como se va a presentar en lo corrido del actual documento, es un derecho que ha evolucionado en la lectura constitucional, y esto le ha significado en cierta medida, tener conquistas frente al modelo implementado con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993.

La ley citada, es la que modifica el actual sistema de salud en el país, con la caracterización económica que se explica en la primera parte del documento, y es precisamente, atendiendo a su sostenibilidad como modelo económica, que se

han presentado álgidos debates entre las distintas posiciones que se debaten entre la materialización efectiva del derecho a la salud, y la lectura de economía de mercado que se hace sobre el sistema; todo esto por ser la salud, un derecho que surge en el seno de los derechos prestacionales –económicos–, con una evolución hacia lo fundamental (2012).

Con el desarrollo del documento, se exponen los argumentos que se pueden citar de distintos autores que han estudiado la cuestión, y que tienden a encontrar la evolución no solo del derecho a la salud, sino también de otros derechos prestacionales, sin embargo, el documento va a estudiar con particularidad el derecho a la salud, proponiendo adoptando desde los diferentes argumentos el punto reflexivo por el cual se adhiere a la misma jurisprudencia, en el sentido de ver una mayor preponderancia del derecho a la salud, sobre la estricta responsabilidad de los prestadores del servicio.

Teniendo en cuenta lo planteado, el actual documento, a través de una revisión extensa de fuentes bibliográficas, recoge los principales puntos de debate que tienden a diversificar las opiniones respecto al adecuado funcionamiento del sistema de salud en Colombia, para ello, se presenta en la primera parte la que se puede calificar, como la lectura económica del modelo, para luego ser contrastado con la lectura jurídica del mismo, y que invita, como se plantea en la reflexión final, a ver este derecho como un derecho fundamental que escapa de la equiparación al derecho económico de rentabilidad y sostenibilidad de los prestadores del servicio.

1. La salud como sistema en Colombia

La década de los noventa, trajo consigo para el país una transformación jurídico-institucional que implicó de la mano con el cambio constitucional, una transformación en distintas materias socio-jurídicas, como sucede en el caso de la salud. En 1993, se expide la Ley 100, que significa un cambio del extinto Sistema

Nacional de Salud [SNS], al Sistema General de Seguridad Social en Salud [SGSSS] (Hernández, 2002).

En su referencia básica, se puede afirmar que el cambio significó el paso de un monopolio estatal en la salud, a una nueva dinámica mucho más empresarial, por la que agentes privados, bajo la vigilancia del Estado, pudieron entrar a prestar distintos tipos de servicios médicos, lo cual significó una nueva lógica de mercado financiado principalmente por los aportes de los cotizantes y empleadores, bajo una nueva dinámica de aportes a salud, por la que se pretendía la sostenibilidad del sistema (Guerrero, Gallego, Becerril y Vásquez, 2011).

La salud en el país se ve así, inmersa en un cambio estructural, con origen de tres tipos de regímenes; el régimen contributivo [RC], el régimen subsidiado [RS], y los regímenes especiales [RE], siendo parte del primero, los trabajadores asalariados o independientes que cotizan, del segundo, las personas que por ausencia de un vínculo laboral, no pueden cotizar, y del tercero, una parte de los trabajadores del Estado (Yepes, Ramírez, Sánchez, Ramírez y Jaramillo, 2010). Su mejor comprensión, se puede lograr de la explicación que sobre el mismo hacen Ramiro Guerrero, Ana Isabel Gallego, Víctor Becerril y Johanna Vásquez (2011), que sobre el mismo explican;

El sistema de salud colombiano está compuesto por un amplio sector de seguridad social y un decreciente sector exclusivamente privado. Su eje central es el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) con sus dos regímenes, el régimen contributivo (RC) y el régimen subsidiado (RS). El RC afilia a los trabajadores asalariados y pensionados y a los trabajadores independientes con ingresos iguales o superiores a un salario mínimo. El RS afilia a todas las personas sin capacidad de pago. En 2010 las coberturas fueron de 39.7% y 51.4% de la población total, respectivamente. Los Regímenes Especiales (RE) afilian a los trabajadores de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL), el Magisterio y las universidades públicas. En 2010 sólo 4.3% de la población permanecía fuera del sistema de seguridad

social en salud. El RC opera con base en una cotización de sus afiliados. El RS opera con base en un subsidio cruzado del RC más otros fondos fiscales procedentes de impuestos generales. La afiliación al SGSSS es obligatoria y se hace a través de las entidades promotoras de salud (EPS), públicas o privadas, que se encargan de ofrecer, como mínimo, el Plan Obligatorio de Salud (POS) o bien el POS-S para los afiliados al RS. Las EPS entregan los fondos reunidos de las cotizaciones al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el cual devuelve a las EPS el monto equivalente a la unidad de pago por capitación (UPC) ajustado por riesgo, de acuerdo con el número de afiliados que tengan. El pago capitado en el RS es análogo (aunque no se ajusta por riesgo) y se denomina UPC-S. Los proveedores de atención son las instituciones prestadoras de servicios (IPS), que pueden estar o no integradas a las EPS, pero que en todo caso son contratadas por éstas. El sector exclusivamente privado es utilizado preponderantemente por la clase alta que, aun cotizando en alguna EPS, contrata seguros privados o acude a la consulta privada. Una porción de la población de ingresos medios, por carecer de cobertura o por no tener acceso oportuno al SGSSS, se ve obligada a acudir a la consulta privada haciendo pagos de bolsillo. (p. S145)

Como se recoge del texto citado, el SGSSS en Colombia parece en una primera lectura, un sistema con una amplia capacidad operativa y financieramente bien diseñado, sin embargo, al revisar al detalle la operatividad del mismo, se encuentra que el mismo acumula una serie de fallas estructurales, que no han podido superarse con el tiempo, y lo colocan en el escenario actual de incertidumbre frente a un posible colapso (Franco, 2012). Lo anterior es lo que lleva a que hoy por hoy se sigan pensando en ejercicios de reestructuración que mejoren la capacidad y calidad, en la prestación del servicio (Vélez, 2016).

En atención a la comprensión reflexiva de la problemática, se debe dar campo también a pensar en la incidencia de lo que se identifica como activismo judicial de la Corte Constitucional, y lo que autores Salomón Kalmanovitz (1999), o Sergio Clavijo (2001), califican como despropósito judicial de este Alto Tribunal, al

no tener en cuenta la capacidad misma de los actores del sistema, para responder a las órdenes millonarias que dicha Corporación emite, aunque este sea un tema que se revisa a mayor profundidad, en la tercera y cuarta parte del documento.

Como se recoge de lo expuesto en esta primera parte del documento, se tiene que el SGSSS, es desde su muy temprana creación, un sistema sujeto al debate y las argumentaciones referentes a la capacidad operativa del mismo, ahora, resulta también evidente, que en su estructura el SGSSS merece un estudio juicioso para su comprensión, por lo mismo, y en procura de poder tener elementos más claros para el análisis, a continuación se explica con más detalle, el componente más económico del mismo, y la manera como a través del funcionamiento adecuado, se ha buscado la optimización en la operación, que signifique de una parte una adecuada atención del paciente, como también un beneficio económico para los prestadores del servicio.

1.1. La financiación de la salud en Colombia

El SGSSS en su forma estructural, devela como ya se ha afirmado, problemáticas que ya se han planteado como estructurales frente a la operación del sistema, siendo formulada como primera razón explicativa, el encuentro que tiene el modelo entre la garantía del derecho a la salud para los colombianos, y una formulación económica en la prestación del servicio; aquí yace el encuentro de un derecho fundamental como lo es el de salud, y la profundización de un modelo económico de liberización de los distintos mercados, que es recurrentemente calificado como la puesta en práctica del modelo neoliberal en cabeza de las recomendaciones hechas por organismos internacionales como el Banco Mundial. Al respecto Efraín Riveros y Laura Amado (2012) plantean;

Se puede evidenciar una contradicción de modelos entre la idea igualitaria de equidad que plantea la Constitución y el modelo neoliberal que orienta las recomendaciones del Banco Mundial. Por una parte, la concepción

igualitarista aplicada a la salud se basa en el principio de igualdad de beneficios integrales para toda la población y, por otro lado, el neoliberalismo invita al establecimiento de un plan de beneficios básico, por encima del cual cada individuo es “libre” de cubrir sus propios gastos en salud. Aquí se hace evidente la incómoda situación del Estado colombiano tratando de servir a dos señores. La experiencia de los últimos veinte años ha mostrado que no se ha podido dar cumplimiento a los requerimientos de la Constitución Política y que los objetivos que buscaba el Banco Mundial solo han sido satisfechos de manera parcial. (p. 114)

Más allá de esta posición, que se puede calificar de corte ideológico, lo que se encuentra es que en efecto el sistema de salud ha sido incapaz de tener un dinamismo económico, que implique la adecuada prestación del servicio, conjunto a una sostenibilidad financiera del sistema, lo cual refuerza esta perspectiva de crisis del modelo, producto de la aplicación de políticas de liberización económica, siendo este uno de los puntos de debate no solo académico, sino también legislativo ya que es parte de los argumentos que se exponen a la hora de discutir reformas normativas en la materia.

Esta es una consideración sobre el sistema que se retoma más adelante, al servir en el debate entre lo económico y jurídico del sistema, que como ya se establece, este es un punto de argumentación en la crítica hecha al conflicto del modelo, con el derecho a la salud en el ordenamiento constitucional. Por ahora, en lo que corresponde a los aspectos económicos y financieros del sistema, se puntualiza en lo que sigue sobre los mismos, partiendo del reconocimiento del SGSSS, como lo sugieren Efraín Riveros y Laura Amado (2012), en clave de una cadena de cuatro eslabones, siendo estos los de: financiamiento, administración, regulación y prestación del servicio.

Sobre el financiamiento lo primero que se debe señalar, es que al mismo aportan los afiliados, los empleadores y el Estado a través de entes territoriales o nacionales, buscando con los mismos llevar la prestación del servicio, a todas las personas en el territorio, sean estas, contribuyentes o no, ya que

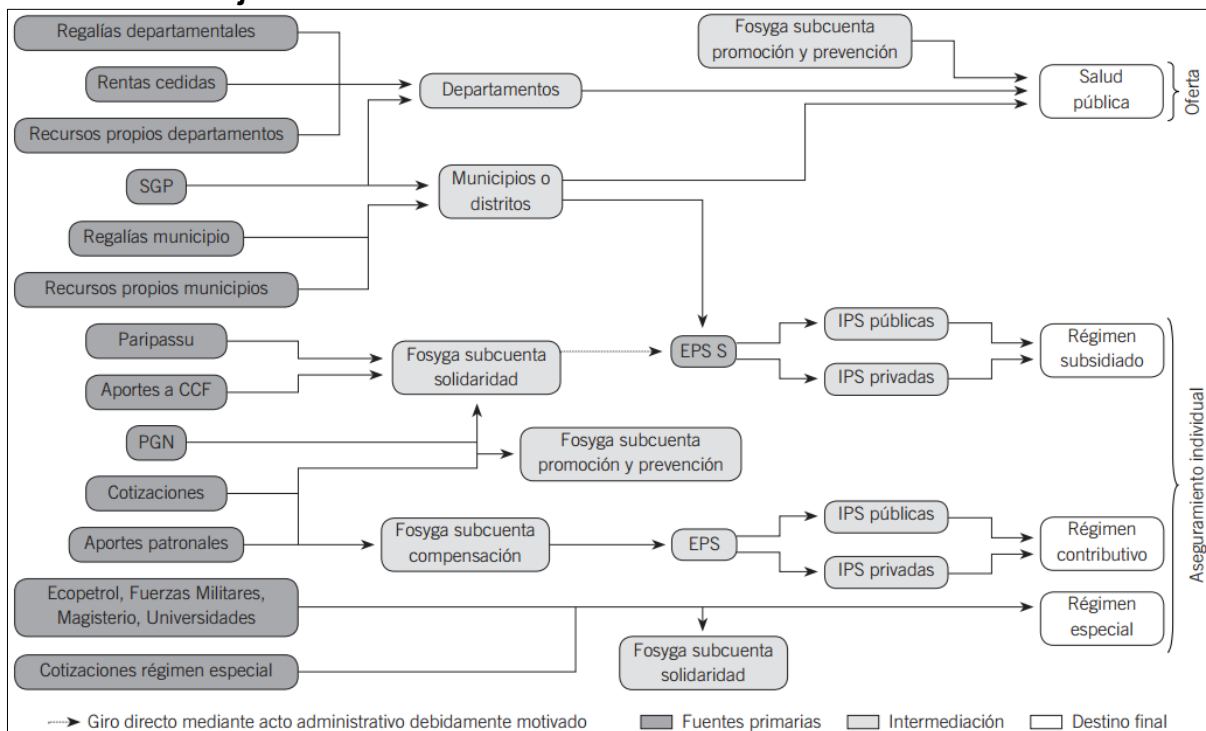
constitucionalmente es imposible negar el acceso a salud a las personas, independientemente de si esta cotiza o no, en la medida que sea necesaria la atención médica (Arenas, 2011).

A 1993, tan solo el 23,7% del total de la población nacional estaba vinculada de alguna manera al SNS, a 2009, esta cifra ya alcanzaba en el SGSSS, el 93.4% de la población (Agudelo, Cardona, Ortega y Robledo, 2011), que evidencia una clara ampliación de la cobertura, explicada entre otras razones por las acciones constitucionales por medio de las cuales se ha logrado la exigibilidad del derecho a la salud, y reconocimiento del mismo, vía acciones constitucionales (Vélez, 2005), y cuya jurisprudencia es la base para la ampliación y caracterización del derecho fundamental a la salud, siendo esta presentada a detalle más adelante.

Si bien existe este panorama de mejora en el acceso, se debe señalar respecto a la cobertura, que a cifras del 2009, esta se encontraba representada con proporciones semejantes en los grupos de edad, por un 37,8% de la población en RC, un 51,1% en RS y un 8,7% en RE, que suma el total del 93,4% de la población vinculada al SGSSS (Agudelo, Cardona, Ortega y Robledo, 2011); cifra anteriormente mencionada.

La organización financiera del sistema, se establece a partir de una compleja ruta del origen y destino de los fondos, que básicamente se puede reducir en su componente central, al aporte que mayoritariamente hacen las entidades estatales del orden nacional y territorial, seguido luego por los aportes patronales y cotizaciones. Lo anterior, esquemáticamente lo presentan Carlos Castañeda, Milena Fonseca, Jairo Núñez, Jaime Ramírez y Juan Zapata (2012) de la siguiente manera:

Ilustración 1. Flujos de recursos en el SGSSS



Fuente: Castañeda, Fonseca, Núñez, Ramírez, y Zapata (2012).

En evidencia el régimen que presenta menos dificultad en su comprensión, es el RE, cuyos recursos se generan a partir de las cotizaciones de los trabajadores públicos de Ecopetrol, Fuerzas Militares Magisterio y Universidades, a su vez que aportes de las mismas entidades, con destino a la financiación en la prestación del servicio, y el Fondo de Solidaridad y Garantías [Fosyga], en la subcuenta de solidaridad.

La subcuenta de solidaridad del Fosyga, es la que administra parte importante de los recursos con destino al RS, que a su vez es financiado por otras cuentas como el *pari passu*, en un sistema de compensación 1 a 1, por el que por cada peso aportado desde el RE, el Gobierno Nacional se comprometía con un monto no menor al depositado, sin embargo, aquí se comienzan ver los problemas de financiación, en la medida que el Gobierno Nacional, muy prontamente incumplió el compromiso adquirido, que devino en la expedición de normatividad al respecto, sobre las que la Corte Constitucional se pronunció. Al respecto, Rolando Peñaloza (2013) comenta lo siguiente;

El gobierno no cumplió con su compromiso durante los primeros años, lo que llevó a la Corte Constitucional a condenar a la Nación a establecer un plan de pagos para saldar una deuda de 531.314 millones de pesos en 1997. La Ley 344 de 1996 buscó cambiar el monto que debía ser aportado por la Nación, para lo cual propuso que a partir de 1997 el aporte pudiera llegar a ser igual a la mitad del punto de solidaridad del régimen contributivo, y a partir de 1998 no pudiera ser inferior a un cuarto de punto. Sin embargo, con estos montos, tampoco se realizaron los aportes por parte de la Nación. Ante esta búsqueda del gobierno por no cumplir sus compromisos, la Corte declaró inconstitucional la Ley 344 de 1996, aunque no estableció monto de aporte, por lo cual el gobierno no asumió obligación de pagos durante los siguientes años. La Ley 715 de 2001 fijó los aportes gubernamentales en el 25% del punto de solidaridad, pero la Corte volvió a declararlo inconstitucional con la misma ausencia de definición de un monto. (p. 27)

Según datos presentados por Rolando Peñaloza (2013), a 2008 la deuda con el aporte del *pari passu*, ascendía a más de 6 billones de pesos, y aquí se puede establecer el que es uno de los problemas centrales de la financiación del SGSSS, con relación directa al RS, y es la deuda de la nación con el sistema, aun cuando por medio de la Ley 1122 de 2007, se buscó corregir de nuevo este problema, conviniendo un monto frente al punto de solidaridad del contributivo, de “por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007” (artículo 11), toda vez que la Corte Constitucional, ya había señalado la responsabilidad del Gobierno Nacional, por destinar dichos recursos, para la atención de la población Sisbén I, II y III.

Sin embargo, el RS tiene un cambio significativo a raíz de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, que ordena igualar la cobertura en los servicios del Plan Obligatorio del Salud [POS], con el Plan Obligatorio del Salud del Régimen Subsidiado [POS-S] (Uprimny y Rodríguez, 2008), en un cambio que se viene a consolidar, con ocasión de la expedición de la Ley 1438 de 2011, y que

en lo que correspondiente a la financiación, permite al Gobierno Nacional administrar directamente los recursos del Sistema General de Participaciones [SGP], una cuenta que hasta este año, era usada para financiar por parte de los entes territoriales, la salud pública. Sobre esta norma, Rolando Peñaloza (2013) comenta lo siguiente;

La Ley 1438 de 2011, en su capítulo II, en los artículos 29, 30 y 31, modifica las condiciones de operación del régimen subsidiado, reemplazando los contratos de aseguramiento que suscribían las entidades territoriales y EPS para la afiliación de la población pobre y vulnerable por el cumplimiento de las obligaciones propias de las EPS frente a su población afiliada, incluso dando libertad para que las EPS puedan realizar la afiliación de las personas que ostenten la calidad de potenciales beneficiarios o quienes, manifestando incapacidad de pago, puedan demostrarlo después de realizar un proceso de afiliación abreviado. Con base en lo anterior, el papel de las entidades territoriales frente a las EPS consiste en establecer los potenciales beneficiarios al subsidio mediante la aplicación de la encuesta SISBEN, auditar que las EPS garanticen el acceso de la población a los servicios incluidos en los planes de beneficios, verificar la calidad de los servicios que son ofrecidos por las IPS que integran la red de prestadores de las EPS y, finalmente, certificar mediante el sistema de información previsto para consolidar la información sobre afiliación que los afiliados reportados por las EPS, e incluidos en la Base de Datos Única de Afiliados, efectivamente han sido asegurados y por consiguiente el Ministerio de la Protección Social puede reconocer a las EPS el valor de la UPC correspondiente.

El nuevo esquema de prestación del servicio de salud en el RS, es un elemento clave en la comprensión de la incidencia de los fallos de la Corte Constitucional, en la transformación del SGSSS, siendo este uno de los aspectos que se estudia más adelante, cuando se realice el análisis jurisprudencial, empero, se puede plantear que este nuevo esquema, más que ser una nueva carga

financiera del sistema, es la materialización del derecho a la igualdad en materia de salud.

El no pago del Gobierno Central al Fosyga desde los primeros años de entrada en vigencia el SGSSS, ha derivado en una espiral de incumplimiento en el que afecta tanto a las Entidades Promotoras de Salud [EPS], como a las Instituciones Prestadoras de Salud [IPS], Entidades Públicas de los órdenes nacionales y departamentales que cubren la oferta de salud pública, y aseguradoras, que ha llevado a la crisis en la operación del sistema, de allí los cambios normativos recientes en materia de salud, que buscan oxigenar la financiación del sistema (Agudelo, Cardona, Ortega y Robledo, 2011).

En lo que corresponde al RC, es precisamente en los recobros al Fosyga, que se presentan las alarmas dado el cada vez mayor volumen en los cobros de los mismos que hacen las EPS, y que ponen en duda la sostenibilidad en el tiempo de dichos pagos, a lo que se suma los escándalos de corrupción por recobros no causados, que fraudulentamente son pasados a la entidad, sin embargo, esta es la causal central que alegan las EPS, para demorar los pagos a las IPS y en este sentido, ser continuadores del espiral de incumplimiento que han llevado a una situación crítica al sistema.

El panorama sobre la financiación de la salud que se presenta, recoge parte importante de las fallas estructurales que incide en la deficiencia en el funcionamiento del SGSSS, esto, sin descuidar otros problemas críticos mencionados por Marcela Vélez (2016), como lo son la precarización laboral de sus trabajadores, o el desfinanciamiento de la misma infraestructura pública y mobiliario de clínicas y hospitales, que son concomitantes en la profundización de la deficiencia en la prestación del servicio de salud en el país.

Sobre la crisis en la sostenibilidad financiera del SGSSS en el país, se quiere volver en la parte final del documento, una vez que a continuación se profundice en la caracterización jurídica del derecho a la salud, y se haga lectura del mismo a la luz de la jurisprudencia constitucional, que como se ha dicho ha

generado aportes importantes, en materia de la reivindicación de este derecho para cientos de colombianos de manera particular, como también de modo abstracto para el general de la población.

2. La salud como derecho fundamental

La Constitución de 1991, representa un gran logro jurídico de la ciudadanía colombiana, al encontrar una ampliación de sus derechos constitucionales; a diferencia del anterior texto constitucional, la ciudadanía desde esta nueva Carta Política, se hace titular de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [DESC], fundados en los principios universalidad, solidaridad y eficiencia, que convocan a una necesaria prestación por parte del Estado, o supervisada en caso de que esta tarea sea delegada en particulares (Saffon y García, 2011).

Sobre este nuevo catálogo de derechos sociales en Colombia, la Corte Constitucional ha reiterado que estos se tornan en fundamentales, cuando su desconocimiento pone en peligro o vulnera la esencia misma de la vida, y la protección integral del sujeto o de una comunidad en una situación específica, y por ende, se pueden tutelar, siendo precisamente bajo esta situación fáctica, que la Corte Constitucional desde muy temprano, planteó bajo el orden lógico expuesto, que el derecho a la salud se reconoce como un derecho fundamental (Hernández, 2010). En igual sentido, María Santana (2012) ha planteado;

La Corte no niega sino que reconoce explícitamente la importancia de la ley en el desarrollo de los derechos prestacionales -como la vivienda, la salud o la educación-, y la dificultad que tiene la Corte para evaluar la constitucionalidad de esas medidas legislativas. De lo anterior se sigue que una cosa es aceptar la centralidad de ella ley en este campo y la complejidad del control constitucional es esta materia, y la otra diferente es inferir de esas dos características propias de los derechos sociales prestacionales que las decisiones legislativas en este campo, por implicar un arbitraje de recursos económicos, escapan al control constitucional (...)

Esto último sería inadmisibles, pues implica restar toda eficacia jurídica a los derechos sociales prestacionales, ya que las mayorías políticas podrían adoptar, sin ninguna limitación constitucional, cualquier decisión económica, mientras que es claro que la Constitución, los Tratados Internacionales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ordenan a las autoridades políticas tomar todas las medidas que sean necesarias para realizar progresivamente todos los derechos sociales, por lo cual son inexequibles aquellas decisiones legislativas contrarias a esa finalidad, toda vez que la destinación y distribución de los recursos regularmente no son utilizados en beneficio de la sociedad. (p. 45)

Como queda claro, la Corte Constitucional no niega sino que, por el contrario, otorga un reconocimiento pleno e importancia de su realización, en lo que corresponde al proceso formal de desarrollo de los derechos prestacionales – tales como la vivienda, la salud o la educación, bajo los alcances y limitaciones que se imponen a estos mismos derechos, de manera que el control que ejerce, opera como garantía de una fundamentación y una aplicabilidad racionalizada del derecho, que le permite a las demás autoridades en el marco de unas responsabilidades definidas.

Cuidando de ir más allá en el conjunto completo de los derechos prestacionales, a continuación se acota el análisis al derecho puntual de la salud, en un ejercicio que se hace, desde la lectura jurisprudencial del mencionado, para lo cual se encuentra como ya se ha dicho, una evolución en la jurisprudencia que no solo significa una amplitud en su aplicabilidad, sino también en una aplicabilidad basada en una delimitaciones claras como a continuación se expone.

3. El derecho a la salud en la lectura jurisprudencial

3.1. Justificación jurisprudencial de la fundamentalidad del derecho a la salud

Desde recién creada la Corte Constitucional, este Alto Tribunal ha trabajado en sus discusiones el tema del derecho a la salud como derecho, encontrando Sentencias tempranas como la T-406 de 1992, por la que esta Corporación, ante la observancia de precariedad y debilidad del SNS, comenzó a hablar del derecho a la salud, como un derecho fundamental por conexidad, al perseguir con el goce del mismo, elementos para el disfrute de otros fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad humana (López, 2009). Lo anterior de cierta manera, marcó las primeras líneas orientadoras de la este Tribunal en materia de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Carta;

En consecuencia y desde el comienzo de su actividad adjudicativa en 1992, la Corte opta por sostener una posición amplia de la noción de “derechos fundamentales”. Frente a la posición más cauta que sostenía que la Constitución, como texto pre-interpretado, sólo ofrecía justiciabilidad a los derechos liberales contenidos en los artículos 11 a 41, la Corte, desde su segunda sentencia (T-02/92, M.P. Martínez), está dispuesta a sostener la fundamentalidad (y por lo tanto la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede judicial) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, tales como la educación, la salud o el trabajo.

Esta nueva visión orientadora en la interpretación de varios de los derechos prestacionales, es lo que precisamente luego marcaría la discusión central sobre las consecuencias de los fallos económicos de la Corte Constitucional (Kalmanovitz, 1999; Clavijo, 2001), en la medida que se abre un campo, no solo para poner a responder al Estado, en su momento monopolizador de la salud, por la no prestación, sino también al Estado, por situaciones tales como una obra de infraestructura, para la prestación del servicio de acueducto, como derecho al servicio público (Palacios, 2005).

De igual manera con este tipo de interpretación, la Corte también abre el camino para que los jueces comiencen a ser parte, de los actores que a la actualidad son claves en el funcionamiento del SGSSS, teniendo en cuenta que es precisamente en la discusión mercado-derecho a la salud, que ellos han entrado a actuar como árbitros, tutelando este derecho a miles de colombianos, en fallos que aunque implican un gasto importante en su cumplimiento, son necesarios para la preservación de la salud de quienes se encontraban directamente afectados (Vélez, 2005).

A casi ya 25 años de instaurada la acción de tutela, el registro de la Defensoría del Pueblo de Colombia (2015), hablaba de un 2014 con 498.200 tutelas interpuestas, de las cuales 118.281 (23,74%) fueron para reclamar algún servicio de salud, siendo una cifra considerable, no solo por demostrar la debilidad del sistema en la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores, sino también porque a partir de la Sentencia T-760 de 2008, el sistema debió apostar a resolver muchos de los conflictos dejados a los jueces.

Sin embargo, hay que volver antes a 1997, donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional buscó limitarse, frente al amplio alcance del derecho a la salud en los términos anteriormente explicados, y esto, por la expedición de la Sentencia SU-111 de 1997, en la que si bien abocaba por la protección judicial del derecho a la salud, esta se planteó, más en los términos de satisfacción del mínimo vital, que en los criterios más amplios de la vida, la integridad personal o la dignidad humana (López, 2009)

La Sentencia en comento, buscó así formular una nueva condición más limitada en el acceso al servicio, sujeto a las condiciones de prestación señaladas en el POS, en una nueva doctrina que se conoce como POS jurisprudencial, y que fue defendida hasta cierto punto por actores del sistema, como grupos de médicos y pacientes, que dialogaron sobre la misma en el seno del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud [CNSSS], llegando a variar en la rigidez de la sentencia, y planteando por lo mismo, la posibilidad por ejemplo, de formular medicamentos o procedimientos no incluidos en el POS, mientras los mismos

fueran necesarios, en decisión que correspondía entonces a los creados Comités Técnico-Científicos [CTC], de las EPS (López, 2009)

Por la misma inconsistencia, con el sistema general de garantía de los derechos constitucionales fundamentales, el Alto Tribunal no demoró en reorientar de nuevo su concepción abierta en la prestación del servicio de salud en el país, cuando las condiciones ameritan la protección de derechos fundamentales constitucionales de defensa de la vida, la dignidad y la integridad de la persona. En el caso de este primer periodo de estudio, se puede acudir al trabajo de Rodolfo Arango (2013), para observar la ampliación en el margen de cobertura de que la Corte Constitucional dio, sobre el POS;

La tendencia básica de la jurisprudencia también abarca la delimitación de obligaciones que trascienden el marco del Plan Obligatorio de Salud y van más allá de lo expresamente prescrito por el POS mediante la aplicación preferente de los derechos fundamentales respecto del marco contractual y legal, principalmente para defender la vida, la dignidad y la integridad de la persona, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la salud por conexidad y su protección por vía constitucional para evitar su vulneración. Algunas de las prestaciones excluidas del POS y ordenadas por la Corte o los jueces constitucionales en desarrollo de los principios constitucionales son el suministro de prótesis para personas que han perdido alguno de sus miembros para buscar así su rehabilitación (T-941 de 2000); el suministro de pañales para mayores adultos con problemas de incontinencia (T-099 de 1999); el suministro de bolsas de colostomía (T-047 de 2003); el suministro de audífonos a personas de la tercera edad o con deficiencias del aparato auditivo (prestación inicialmente denegada en la jurisprudencia constitucional – T-042 de 1999, T-1662 de 2000 o T-041 de 2001– pero luego admitida en sentencia T-042 A de 2001, y reiterada, entre muchas otras, en las sentencias T-261, T-443 y T-506 de 2003); el suministro de hormona de crecimiento (T-666 de 1997, T-442 de 2000); el suministro de droga (viagra) contra la impotencia sexual en caso de afectación psicológica (T-926 de 1999, T-416 de 2001, T-004 de 2002) o la realización de cirugías oculares (T-533 de 1992, T-472 de 1999, T-860 de

1999, T-121 de 2000, T-1081 de 2001, T-827 de 2002, T-1096 de 2002). En este campo la tendencia de la Corte es la de ordenar el tratamiento o suministro médico por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliada la persona y, en muchos casos, reconocer a la entidad obligada a repetir contra el Estado, en particular contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), para el reembolso de los costos que por Constitución o ley no le corresponde asumir como obligación social a cargo de los particulares. (p. 25)

Como se recoge del texto de Adolfo Arango (2013), la Corte en términos generales, ha tendido a ser un mecanismo institucional de justiciabilidad del derecho a la salud, más allá del derecho que pueden ofrecer los prestadores, puesto que estos últimos se encuentran sometidos no solo a la necesidad de costo-beneficio en la operación, sino también a las reglas de juego consignadas en la normatividad regulatoria y disposiciones complementarias, que terminan limitando la prestación del servicio de cara a las necesidades reales de algunos pacientes.

De otra parte, se encuentra que los prestadores han encontrado en el Tribunal Constitucional, una suerte de tara, en su desarrollo operativo de procedimientos y prestación de servicios. Aun así, no deja de ser alto el número de veces que el usuario se ve atraído hacía el reclamo jurídico de su derecho, contrario al dialogo institucional, entre operador y paciente, que es el que en principio debe agotar la inconformidad del usuario; preocupa que a la actualidad, el sistema en términos generales, tengo un alto nivel de reclamo jurídico vía acción de tutela, pues ello de cierta manera sigue denotando sus fallas estructurales.

Quizá una manera de generar mecanismos de solución a esto es con la intensificación tecnológica de la operación médica en el país, tal y como lo sugieren Oscar Bernal y Samuel Barbosa (2015), sin embargo, el debate allí propuesto es cómo el Estado, puede entrar a facilitar esa intensificación tecnológica de la operación en la prestación del servicio, ahora, más allá de este

aspecto clave, es también necesario reconocer otros ámbitos de mejora, sobre los cuales se profundiza a continuación que se presenta la lectura reflexiva actual del sistema, a través de la Sentencia T-760 de 2008.

3.2. El panorama de la salud en Sentencia T-760 de 2008

En lo anterior, se presentó un estudio constitucional que recoge los puntos argumentales más relevantes para efectos de la discusión de la configuración del derecho a la salud en Colombia desde el inicio tanto del texto constitucional, como de su tribunal de cierre, en un análisis que si bien recoge mayoritariamente sentencias de la década de los noventa, de cierta manera se puede hacer extensible hasta el año 2008, que se expide la Sentencia T-760 de 2008, y que de cierta manera es clave para comprender la actualidad del sistema de salud en el país.

Como lo recoge Ángela Hernández (2016), este es un texto constitucional que ha merecido diversos análisis, y entre ellos, de los más reiterados es el de la caracterización del activismo judicial de la Corte Constitucional en materia de salud, sin embargo, es también un texto clave porque marca las nuevas pautas y directrices que se ordenan seguir al SGSSS, en materia de atención. Básicamente, uno de los cambios más importantes, es el de solicitar igualar los POS y POS-S, que aunque desde otrora se venía haciendo el comentario al respecto, es hasta dicha sentencia que se formula de manera tajante al SGSSS y sus instituciones reguladoras;

La Corte Constitucional ha considerado constitucional la existencia de dos planes obligatorios de salud con contenidos distintos. El primero de ellos, el POS, con los contenidos que se consideran básicos, y al cual tienen derecho las personas que hacen parte del régimen contributivo. El segundo plan de beneficios es el que se garantiza a las personas que forman parte del régimen subsidiado (POS subsidiado), el cual sólo contempla algunos de los servicios contenidos en el primero. Por esta razón, si bien es

constitucional que democráticamente se establezca un trato diferencial en el goce efectivo del derecho a la salud entre aquellos que contribuyen al Sistema de Salud y aquellos que son beneficiarios por solidaridad, en razón a las capacidades financieras y administrativas de la sociedad y del Estado, éste ha de ser temporal. Como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se 'desprende de la dignidad inherente de la persona humana'. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. La obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y equidad (art. 49, CP; art. 2 y 12, PIDESC). (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008)

Esta sentencia, es sin duda parte esencial en la generación de cambios normativos presentes desde la fecha, y como se lee del aparte citado, es el pronunciamiento por el cual se obliga a las autoridades de la salud del SGSSS, en cabeza del Ministerio de la Salud y la protección social, a igualar el POS y el POS-S, en tanto la diferenciabilidad de los planes, debía ser un escenario temporal de ofrecimiento de servicios, y no una continuidad en el tiempo que normalice la segmentación.

Como lo explica la Corte Constitucional, en el fondo lo que se encuentra es la dignidad de la persona, y el acceso a la salud como un derecho no solo interno, sino también consagrado en el ámbito internacional de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], y sobre lo que hay que tener en cuenta que los mismos no son derechos que se garantizan en función del ingreso, sino en la necesidad misma de quien accede al mismo.

Como se recoge de la información consignada, la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, genera un nuevo escenario de prestación del servicio

de salud, a través de lo que para algunos es el activismo judicial de la Corte Constitucional, o el que también califican como extralimitación en las competencias del tribunal, lo cierto es que es una sentencia que mejora la prestación del servicio en las personas más pobres, aun cuando lo mismos sean un grupo poblacional que no tenga capacidad de pago.

En lo que corresponde al debate central que se desarrolla en el actual documento, si bien los operadores de salud están en su derecho y facultad de buscar una retribución económica por la prestación del servicio, lo que queda claro luego de esta sentencia de la Corte, es que dicha prestación no puede quedar supeditada en estricto a una lógica de maximización económica, subvalorando la prestación del servicio en sí, en otras palabras, prestar el servicio de salud, es antes que nada, una responsabilidad, que dichas entidades deben cumplir, y en los casos que se atiende por ejemplo población sin recursos, se debe generar el cobro de los servicios al FOSYGA.

Conclusiones

Como se revisó a lo largo del documento, el SGSSS en Colombia es un sistema por demás complejo en su operación, y así mismo en la manera como se financia y distribuyen los recursos para las distintas subcuentas de los tres tipos de regímenes, esto es lo que aparece en el análisis central sobre los problemas que se pueden encontrar de correcto funcionamiento del mismo.

Sin embargo, al entrar a ver a detalle la situación, lo que se encuentra es que el FOSYGA es la entidad clave para la operatividad de todo el sistema, máxime si se tiene en cuenta, que es una entidad con subcuentas en los diferentes tipos de regímenes, a la que aporta no solo el Estado, sino también los contribuyentes, y de allí que su funcionamiento incorrecto, afecte la operatividad de todo el sistema, como ocurre desde los primeros años de puesta en marcha del SGSSS.

Se encuentra por lo dicho, que para el tema, es amplia la literatura académica e institucional, en posiciones que matizan desde la protección jurídica del derecho a la salud, como la sostenibilidad misma del sistema en términos del derecho a tener condiciones rentables para la prestación del servicio, por parte de los operadores del servicio, sin embargo, con el papel que ha jugado la justicia, en especial la Corte Constitucional, en este debate, lo que se encuentra es que ha salido avante, la defensa del derecho constitucional a la salud de los colombianos.

A lo que invita todo esto, es a que la revisión temática del mismo, demanda de un amplio análisis económico que se vincule con apreciaciones teóricas sobre el asunto, y en este cúmulo de posiciones también se encuentra un amplio número de documentos que en distintos momentos han propuesto soluciones o alternativas ante evaluaciones negativas del mismo, que bien pueden entrar a conciliar con las decisiones jurídicas ya tomadas en el seno de la Corte Constitucional.

Referencias

Agudelo, C. A., Cardona, J., Ortega, J., & Robledo, R. (2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales [CEC].

Arango, R. (2013). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, (5), 13-43.

Arenas, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.

- Bernal, O., & Barbosa, S. (2015). La nueva reforma a la salud en Colombia: el derecho, el aseguramiento y el sistema de salud. *Salud Pública de México* 57(5), 433-440.
- Castañeda, C., Fonseca, M., Núñez, J., Ramírez, J., & Zapata, J. (2012). *La Sostenibilidad Financiera del Sistema de Salud Colombiano: dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro*. Bogotá: La Imprenta Editores.
- Corte constitucional, sala segunda de revisión (31 de julio 2008) Sentencia T-760 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional: el caso de Colombia 1991-2000*. Bogotá: Alfaomega.
- Defensoría del Pueblo de Colombia (2015). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social: 2014*. Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia.
- Guerrero, R.; Gallego, A.; Becerril, V.; & Vásquez, J. (2011). Sistema de salud en Colombia. *Salud Pública de México*, 53(2), S144-S155.
- Hernández, A. (2016). *El Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia (Ley 100 de 1993): entre modelo de sostenimiento económico y la defensa constitucional del derecho fundamental a la salud*. (Trabajo de grado para optar al grado de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Hernández, M. (2002). Reforma sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia. *Cadernos de Saúde Pública*, 18(4), 991-1001.
- Hernández, M. (2010). El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. *Revista de Salud Pública*, 2(2), 121-144.
- Hinestrosa, F. (2002). Administración de justicia y Constitución de 1991. En: Moncayo, V.M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Kalmanovitz, S., Uribe, M.T., et al. *El debate a la constitución*. Bogotá: Instituto Latinoamericano por

un Derechos y una Sociedad Alternativas [ILSA] – Universidad Nacional de Colombia.

Kalmanovitz, S. (1999). Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. *Economía Colombiana*, 276.

López, D. (2009). El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina. En: Courtis, C., & Ávila, R. (editores). *La protección judicial de los derechos sociales*. (pp. 375-416). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana.

Palacios, M. T. (2005). El derecho al servicio público domiciliario de acueducto. *Opinión Jurídica*, 4(7), 13-32.

Peñaloza, R. (2013). *Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud: seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Riveros, E., & Amado, L. N. (2012). Modelo de salud en Colombia: ¿financiamiento basado en seguridad social o en impuestos? *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 11(23), 111-120.

Saffon, M.; & García, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107.

Santana, M. V. (2012). Avance jurisprudencial del derecho a la vivienda digna en Colombia. *Revista Ratio Juris*, (15), 37-60.

Sotaquira, R. (2005). Justicia distributiva y problematización de la desigualdad constitucional colombiano. *Reflexión Política*, 7(13), 154-165.

- Uprimny, R. (2002). Constitución de 1991: Estado Social y Derechos Humanos. En: Moncayo, V.M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Kalmanovitz, S., Uribe, M.T., et al. *El debate a la constitución*. Bogotá: Instituto Latinoamericano por un Derechos y una Sociedad Alternativas [ILSA] – Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R., & Rodríguez, D. (2008). Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. *Observatorio de la Seguridad Social*, 7(18), 12-16.
- Vélez, A. L. (2005). La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? *Colombia Médica*, 36(3), 199-208.
- Vélez, M. (2016). *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*. Colombia: Penguin Random House.
- Yepes, F., Ramírez, M., Sánchez, L. H., Ramírez, M. L., & Jaramillo, I. (2010). *Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993*. Bogotá: Assalud; Universidad del Rosario; Mayol Ediciones.