

El derecho a la salud en Colombia

DIEZ AÑOS Víctor de Currea-Lugo
DE FRUSTRACIONES



Publicaciones ILSA

ISBN colección: 958-9262-28-7

ISBN este número: 958-9262-29-5

Coordinación editorial: Luisa María Navas Camacho

Diseño y diagramación: Alejandro Rojas

Fotografía de portada: Esperanza Durán - archivo ILSA

Impresión: Ediciones Antropos

Bogotá, Colombia, abril de 2003

© Víctor de Currea-Lugo

© Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA

Calle 38 No. 16-45. Teléfonos: (571) 2455955, 2884772, 2884437, 2880416.

Página web: www.ilsa.org.co

Correos electrónicos: ilsa@epm.net.co, silsa@col1.telecom.com.co

Este libro se publica gracias al apoyo de SECOURS CATHOLIQUE

Nota para la lectura: este estudio concluyó antes de la fusión en Colombia del Ministerio de Salud y el Ministerio del Trabajo. Por ello se alude a ambas instancias. Al momento de la publicación ya existía un solo ministerio: el Ministerio de la Protección Social.

Nuestro ordenamiento jurídico descansa sobre principios fundamentales de contenido universal y la realización de tales principios puede entenderse como el agotamiento de ese contenido. Normas como los derechos fundamentales, la garantía del procedimiento jurídico, el principio de la soberanía popular, la separación de poderes, el principio del Estado social, etcétera, están formuladas inevitablemente en un alto escalón de abstracción. Estos principios tendrían que tener una vigencia universal, esto es, valer en todo momento y espacio, para todo y para todos y también para otras normas que enjuiciamos según estas medidas.

Jürgen Habermas

A Andrey David

Agradecimientos

A Francisco Rubio Llorente, por sus muchas enseñanzas, por sus conversaciones solidarias y por la dirección de esta tesis doctoral. A Camilo Castellanos por ser el artífice de mi primera publicación sobre este tema y que salió a la luz gracias a la Plataforma Colombiana de Derechos Humanos¹; a la Universidad de Valencia (España) por la invitación extendida para presentar en uno de sus cursos de doctorado una versión preliminar del trabajo aquí, por fin, concluido.

Al Instituto Universitario Ortega y Gasset por acogerme como estudiante en uno de sus programas de doctorado. Al Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones (de Madrid) y al Instituto de Derechos Humanos Raoul Wallenberg (de Lund, Suecia), por permitirme el acceso a sus servicios y facilitarme la consecución de diferentes fuentes bibliográficas.

A Amnistía Internacional de Lund (Suecia) y al Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social (Colombia), instituciones que me invitaron a presentar el marco teórico de mi tesis doctoral en sus reuniones.

A María del Pilar Carranco, Joaquín López, Ernesto Estes, Almudena Herranz, Francisco Rey Marcos, Fernanda Agostihno, Mar Esteban y Cecilia Bruhn, por sus múltiples y variados aportes personales sin los cuales este trabajo no hubiera sido posible.

Y finalmente a Pedro Pérez Herrero, Laura Ruiz Jiménez, Margarita Uprimny y Luisa María Navas Camacho por sus comentarios a las versiones preliminares de este trabajo, de cuyos errores, como manda decirse, sólo es responsable el autor.

¹ De Currea-Lugo y otros [2000, 188-308].

Contenido

11	Siglas y acrónimos	
13	PRESENTACIÓN: ¿POR QUÉ PREGUNTAR AL DERECHO? CONTENIDO DEL DOCUMENTO	
25	MARCO CONCEPTUAL REQUISITOS PARA DEFINIR SALUD COMO DERECHO HUMANO UNA DEFINICIÓN DE SALUD JURÍDICAMENTE FUNCIONAL ELEMENTOS DEL DERECHO A LA SALUD	1
67	ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA SALUD EN COLOMBIA CONTEXTO REGIONAL DE LA SALUD HISTORIA DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN COLOMBIA EL DERECHO A LA SALUD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 LA SALUD EN EL MOMENTO DE LA REFORMA LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	2
103	SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA GENERALIDADES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PLANES DE SALUD Y RÉGIMENES DE BENEFICIOS AFILIADOS Y BENEFICIARIOS ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD VIGILANCIA Y CONTROL DEL SISTEMA DE SALUD	3
125	DERECHOS HUMANOS Y PLANES DE SALUD ENTIDADES PRIVADAS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA PLANES DE SALUD	4
157	DERECHOS HUMANOS, ACCESO Y COBERTURA LA CRISIS DEL HOSPITAL PÚBLICO EL SISBÉN PERSONAS CON PROBLEMAS DE INCLUSIÓN EN EL SISTEMA TENDENCIAS DE REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD	5

193	FINANCIACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: LA EQUIDAD RECURSOS PARA EL RÉGIMEN SUBSIDIADO PERIODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN COPAGOS Y CUOTAS MODERADORAS CUOTAS DE RECUPERACIÓN PLANES COMPLEMENTARIOS Y MEDICINA PREPAGADA	6
213	OTROS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 100 ENTRE LA RENTABILIDAD FINANCIERA Y LA CALIDAD PÉRDIDA DE LA AUTONOMÍA MÉDICA EVASIÓN Y CORRUPCIÓN FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES LA EXISTENCIA DE UN INTERMEDIARIO EL PROBLEMA DE LOS QUE ATIENDEN EL PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN SALUD LA FALACIA DE LA LIBERTAD	7
253	CONCLUSIONES EL DERECHO A LA SALUD: UNA ASIGNATURA PENDIENTE LA REFORMA DEPENDE DEL MODELO ECONÓMICO DOMINANTE RECOMPOSICIÓN DEL DERECHO MEDIANTE ACCIONES JURÍDICAS LOS RECURSOS: MENOS EN LA EQUIDAD, MÁS EN LA EFICIENCIA ECONÓMICA EL ESTADO VIOLA PACTOS INTERNACIONALES	
287	ANEXOS 1. Evolución de la cobertura del sistema de salud en Colombia 2. Evolución de la cobertura en el Régimen Subsidiado 3. Distribución de la cobertura en el Régimen Subsidiado por tipo de institución 4. Evolución de la cobertura en el Régimen Contributivo 5. Evolución financiera en el Régimen Contributivo	
291	BIBLIOGRAFÍA LIBROS Y ARTÍCULOS DOCUMENTOS OFICIALES Y NORMAS, NACIONALES E INTERNACIONALES ARTÍCULOS DE PRENSA	

Siglas y acrónimos

ACEMI	Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral
ACHC	Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas
ANTHOC	Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales y Clínicas
AMC	Asociación Médica Colombiana
ARS	Administradora de Régimen Subsidiado
ASCOFAME	Asociación Colombiana de Facultades de Medicina
ASMEDAS	Asociación Sindical Médica Colombiana
APS	Atención Primaria en Salud
AVISA	Años de Vida Saludables Perdidos
AVPP	Años de Vida Potencialmente Perdidos
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CNSSS	Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DNP	Departamento Nacional de Planeación
EPS	Entidades Promotoras de Servicios de Salud
ESE	Empresas Sociales del Estado
ESS	Empresas Solidarias de Salud

FMI	Fondo Monetario Internacional
FOSYGA	Fondo de Solidaridad y Garantía
HUV	Hospital Universitario del Valle del Cauca
ICN	Ingresos Corrientes de la Nación
INVIMA	Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
ILSA	Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
IPS	Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud
ISS	Instituto de los Seguros Sociales
MINSALUD	Ministerio de Salud
MNSP	Movimiento Nacional por la Salud Pública
MP	Magistrado Ponente
NBI	Necesidades Básicas Insatisfechas (índice)
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PAB	Plan de Atención Básica
PAC	Planes de Atención Complementaria
PAI	Programa Ampliado de Inmunizaciones
PAHO	Pan American Health Organization (siglas en inglés de la OPS)
POS	Plan Obligatorio de Salud
POS-C	Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo
POS-S	Plan Obligatorio de Salud Subsidiado
PROFAMILIA	Asociación Pro bienestar de la Familia Colombiana
UPC	Unidad de Pago por Capitación
UPC-S	Unidad de Pago por Capitación Subsidiada
SCISP	Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SINDESS	Sindicato Nacional de la Salud y la Seguridad Social
SISBÉN	Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios
VIH (HIV)	Virus de Inmunodeficiencia Humana
VV.AA	Varios autores
WHO	World Health Organization (sigla en inglés de la OMS)

Presentación

¿POR QUÉ PREGUNTAR AL DERECHO?

Hace varios años, en Bogotá, una amiga me pidió que le ayudara: su hijo de siete años llevaba tres días con fiebre y había tratado de obtener ayuda en el hospital más cercano a su casa, pero el médico se la negó por que le faltaba capacidad de pago.

Le sugerí regresar al hospital, pero ya no como quien clamaba por una obra de caridad, sino como alguien que exigía un derecho. También le dije que amenazara con una acción de tutela¹. Así lo hizo y el niño fue atendido. A los seis días me llamó nuevamente para decirme que su niño, aún hospitalizado, había mejorado (según el médico el estado de salud del niño al ingresar era realmente grave) pero que no se lo entregarían hasta tanto pagara una suma de dinero, por demás astronómica, por la atención y ella no tenía dinero. Le propuse que regresara nuevamente al hospital y les dijera a sus directivas que si no le devolvían al niño las iba a demandar por secuestro extorsivo². Ante tal advertencia, el niño fue entregado finalmente a la madre.

¹ Reclamo preferente y sumario presentado por las personas ante el juez constitucional para proteger derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o en amenaza de serlo, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, también, contra particulares encargados de prestar servicios públicos. Este novedoso mecanismo fue creado por el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991. El mecanismo establece ciertas medidas coercitivas, como la prisión.

² Según la ley colombiana, se considera secuestro extorsivo “el que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, para que se haga u omita algo [...]” [artículo 268 del Código Penal, ley 40 de 1992].

De esta historia se pueden deducir varias cosas: que la condición de salud reclamada no era un problema de ocio o vanidad, ni se trataba una cirugía estética para embellecerse; que tampoco giraba en torno a un debate sobre el aborto o la eutanasia; que la atención no requirió trasplantes de médula ósea, tomografías computarizadas, ni una unidad de cuidados intensivos hasta la vejez y más allá, sino acceso a antibióticos genéricos y a un tratamiento digno; que hay una nueva lógica, cada vez más extendida, en el trabajador de hospital: hacer suya la 'empresa' y velar por sus intereses.

Años después, en Madrid, un respetado profesor latinoamericanista consideró que hablar de la salud como un derecho era 'un chiste', casi un acto de ingenuidad, porque se trataba de un asunto de políticas públicas y no de derecho. Según él, las políticas se construyen sobre realidades y el derecho, sobre principios abstractos³. A esto podríamos oponer las palabras de Habermas:

Normas como los derechos fundamentales, la garantía del procedimiento jurídico [...], etcétera, están formuladas inevitablemente en un alto escalón de abstracción. Estos principios tendrían que tener una vigencia universal, esto es, valer en todo momento y espacio, para todo y para todos y también para otras normas que enjuicamos según estas medidas⁴

También nos ayudan las ideas de Muñoz Machado sobre el caso español: [En la Ley de Sanidad] se observa una insistencia especial en el sometimiento de la acción sanitaria a principios jurídicos sólidos. Se trata de someter ésta a los postulados de la Constitución⁵. Es sabido que, para otros, en el caso de la salud, no estamos ante un derecho sino ante una 'necesidad, aunque para Galtung son las necesidades las causas últimas de los derechos⁶.

De la historia contada se podría criticar el uso instrumental que hice de la norma, casi su abuso, para forzar la atención al niño; pero de la noción del profesor se podría criticar su convicción de que las cosas que valen dinero están por fuera de la norma o de que la política se hace por encima y por fuera de las constituciones. Como dijo Fernando Savater, la Constitución no es *una* forma de hacer política sino *la* forma de hacer la política, cualquiera que sea su adjetivo (se incluye, claro, la política pública). Y como precisa Rubio, es cierto que las categorías jurídicas son maleables, pero "la maleabilidad de estas formas, su variedad, depende, sin embargo, del nivel de abs-

³ En ese mismo sentido, pero sin usar el calificativo de chiste ni mostrar argumentos contundentes y más bien evadiendo el debate, véase Brody [1991, 113-131].

⁴ Habermas [1998, 83, 84].

⁵ Se refiere a la Ley General de Sanidad del 25 de abril de 1986. Véase Muñoz Machado [1995, 90].

⁶ Galtung [1994].

tracción en el que nos situemos⁷ y en el caso de los derechos humanos, el nivel de abstracción no es tangencial a la noción misma: es parte integral de ella. De nuevo en Colombia, es interesante observar cómo algunos pacientes alegan ante el médico su Derecho (con mayúsculas), así no sea claro para ellos lo que eso significa.

Cuando se busca el tema 'salud' en las bibliotecas, aparece cada día más asociado a la palabra economía. Ya abundan los textos de economía de la salud y se han sumado, a la clásica lista de especialidades médicas, la gerencia en salud, la administración hospitalaria, los círculos de calidad y un largo etcétera. Al superávit que muestre un hospital se puede anteponer el estado de salud ganado por el niño de nuestra historia: ¿por qué ha de ser mejor el superávit que el niño sano? (Pregunta no ingenua, sino peligrosa).

En 2001, la empresa tabacalera Philip Morris publicó un informe en el que se destaca el "efecto positivo" de las muertes prematuras derivadas del consumo de tabaco, ya que tales muertes contribuyen a "reducir el gasto sanitario" que se dispararía por la sobrevivencia de estas personas. "Es un estudio económico, ni más ni menos", dijo un portavoz de la empresa⁸ (¿podría ser la salud un asunto "económico" ni más ni menos?) Un artículo sobre el costo de ciertos medicamentos comenzaba diciendo que "no se trata de un problema moral. Es mucho más serio: es un asunto pecuniario"⁹: otra forma de ver el mismo problema. También podemos usar en la selección de pacientes la fórmula de Hayek, cuyas ideas inspiraron parte de la reforma en salud de Chile: "beneficiaría al conjunto del género humano [que] los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables"¹⁰. Por supuesto que hay un debate de recursos frente al que no somos ciegos, pero tampoco ingenuos. Al debate moral casi siempre se le pregunta aludiendo a los recursos: ¿y la cifras? Pero al debate económico hace sólo muy poco tiempo se le empieza a preguntar: ¿y el derecho?

¿Por qué preguntarle al derecho lo que se le debía preguntar a la ciencia política? ¿Por qué preguntarle al derecho lo que es materia de la economía?¹¹ Primero, porque es lícito preguntarle al derecho, pues estamos ante un asunto (la salud) sobre el que hay normas (justas o injustas, pero normas) en todas las partes del mundo y porque

⁷ Rubio [1993, 667].

⁸ "Un estudio de Philip Morris dice que la muerte por tabaco ahorra gasto sanitario", *El País*, Madrid, 17 de julio de 2001.

⁹ "Recetas ruinosas", *El País*, Madrid 14 de octubre de 2002.

¹⁰ Hayek [1975, 238].

¹¹ Es curioso que, en el caso colombiano, las noticias sobre salud y belleza aparezcan en la sección "salud", pero los problemas de la crisis hospitalaria y la regulación de los hospitales se muestran casi siempre en la sección 'economía'.

el marco de hoy es el llamado Estado de derecho. Segundo, porque la economía y la ciencia política (por lo menos una tendencia importante en esas disciplinas) parecen no dar la respuesta adecuada a la "necesidad" del niño en cuestión, sino a la preocupación del médico o, mejor, del dueño de la clínica (preocupación también válida y que no desconocemos). Tercero, porque en esta dinámica, tarde o temprano, esta señora que llama a la puerta de la economía sin hallar una respuesta satisfactoria y luego a la puerta de la ciencia política, con el mismo resultado, termina por acudir al recinto del derecho y el derecho tendría que responder. Creemos, con Rubio, en "la necesidad, inexcusable en un Estado de derecho, de dar solución jurídica a todos los conflictos imaginables"¹².

CONTENIDO DEL DOCUMENTO

El debate entre derechos humanos y salud es, por lo menos en Colombia, muy dinámico. Es además fruto, por una parte, de los debates sobre derechos humanos, sobre la salud, por otra, y sobre la conjunción de unos y otros. Por tanto, no puede haber pretensiones exhaustivas y definitivas en esta revisión, aunque sí se pretende contribuir a organizar el análisis. En Colombia proliferan documentos e interpretaciones, algunas muy parciales en reflejo de los muchos intereses que hay en el debate. Abunda literatura no necesariamente fiable, con cifras contradictorias (incluso dentro de las mismas fuentes oficiales, por ejemplo en materia de cobertura); Se observan nuevas interpretaciones de las viejas y las recientes normas y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) sigue produciendo un gran volumen de resoluciones que no alcanzan a ser conocidas cuando ya se derogan. En otras palabras, hay un mar de materiales sobre el tema con pocos puntos de profundidad.

Por capítulos

El presente trabajo consta de ocho capítulos. El primero precisa los alcances de la investigación y su marco conceptual. Una de las preguntas que surgió con mayor preocupación cuando el estudio estaba en ciernes fue si existía o no el derecho a la salud y en caso de existir, cuáles eran sus límites. No era solo una falencia nuestra: en las primeras aproximaciones nos encontramos con una infinidad de definiciones de salud, más de cincuenta, y de imprecisiones sobre la exigibilidad de la salud como derecho humano.

Recurrimos entonces al estudio de ese debate sobre el derecho a la salud y construimos un marco de requisitos y de limitaciones del debate de la salud como derecho humano, una definición de salud como tal y citamos los que serían los elementos constitutivos de la salud susceptibles de exigibilidad jurídica. Los requerimientos se presentan en tres grupos: de contexto, de definición y de materialización.

¹²

Rubio [2002].

Creemos que la definición es útil no sólo para los efectos particulares de este estudio, sino porque permite el análisis de otras reformas en salud desde la óptica de los derechos humanos.

El segundo capítulo ubica el contexto en el que se produce el debate sobre la reforma de la salud en Colombia. En primer lugar, se habla de los antecedentes inmediatos de las reformas previas en salud determinadas en parte por la crisis de la deuda externa que afectó la región latinoamericana. Así pues, revisamos en conjunto las reformas a los sistemas nacionales de salud de América Latina, lo que permite afirmar que el modelo de salud colombiano se enmarca en procesos regionales que lo determinan.

Revisamos los estudios oficiales sobre la historia de la salud en Colombia hasta 1990. De allí se desprende el contexto social en el que se produce la reforma de comienzos de la década del 90. Se hace una descripción de los antecedentes del sistema de salud colombiano (historia, debates previos), su estructura actual (instituciones, organización del servicio) y sus planes de servicios.

Revisamos el grado de reconocimiento de la salud como derecho constitucional antes de 1991, que era casi nulo, y luego presentamos el salto dado en la Constitución de 1991 que reconoce la salud como derecho humano. Para esta afirmación nos servimos de numerosas sentencias de la Corte Constitucional y observamos con detalle los giros que la misma Corte ha tenido en la definición de la salud como derecho, unas veces con visión proteccionista, otras con mirada reduccionista pero, en todo, caso reconoce la existencia del derecho.

El tercer capítulo ilustra sobre el sistema de salud, materia de este estudio. Habla de sus instituciones y su estructura. Incluye además los planes de servicios y los criterios para su oferta, por parte del sector público o del sector privado y, por último, se refiere a los mecanismos previstos para su financiación.

La complejidad del sistema hace que su análisis sea difícil, por la proliferación de siglas, de instituciones y de niveles de decisión, y por la existencia de dos regímenes diferentes, lo que multiplica la dificultad. Esa complejidad preocupa, en mayor o menor grado, al director de un hospital rural, a un paciente que intenta acceder a los servicios e, irremediamente, a cualquier mirada académica que se haga del modelo de salud colombiano.

Para que se entienda, presentamos el modelo en forma sucinta, aunque sin renunciar a los matices que precisamente permiten entender los logros y/o fracasos del proceso de la salud como derecho en Colombia. Con ese propósito, revisamos casi todos los decretos emitidos entre 1994 y 2001 (sólo en el período 1994-1998 se emitieron 160 decretos¹³) y alrededor de 140 resoluciones del CNSSS.

¹³ En 1994 se emitieron 56 decretos, en 1995, 49; 27 en 1996, 20 en 1997 y 8 en 1998. Véase Cardona y otros [1999, 38].

Los capítulos cuatro, cinco y seis se centran en las tensiones existentes entre los derechos humanos (usamos fuentes de la Corte Constitucional colombiana, algunas organizaciones no gubernamentales, ONG; académicos y trabajadores de la salud) y las nuevas normas y tendencias interpretativas por parte especialmente del Ministerio de Salud, las instituciones del sector y las entidades financieras con presencia en la oferta privada de servicios de salud. Estas tensiones se analizan a través del plan de servicios de salud (capítulo cuarto), de los problemas de acceso y cobertura (capítulo quinto) y de los debates de índole financiero (capítulo sexto).

Con respecto al plan de servicios revisamos los contenidos en los numerosos decretos gubernamentales y confrontamos los condicionamientos, limitaciones y exclusiones al plan de salud con las ampliaciones que hizo el juez constitucional por vía jurídica. La lista de condicionamientos afecta la salud mental, a los discapacitados, la práctica de transplantes, los medicamentos, las pruebas diagnósticas y la atención de las personas sin capacidad de pago.

Esa tensión entre la norma escrita por el legislador y la interpretación del derecho constitucional a la salud hecha por el juez constitucional se repite una y otra vez. Tanto ocurre, que no se puede insistir en que se trata de sentencias o de normas aisladas, sino que cada una tiene una tendencia propia, identificable, que resulta incompatible con la otra.

Podemos usar aquí las palabras de Foucault en relación con la articulación de nuestra crítica a la reforma en salud: "lo que tenemos que hacer con lo hechos banales es descubrir —o tratar de descubrir— cuál es el problema específico y tal vez original relacionado con ellos"¹⁴. Nuestro aporte al debate consiste en observar y recopilar diferentes elementos, como son las más de 115 sentencias de la Corte Constitucional citadas y los estudios técnicos hechos por instituciones como el propio Ministerio de Salud y tratar de articular los diversos hallazgos en un mapa integral. Si bien nos alimentamos también de fuentes periodísticas, no nos detenemos en ese nivel, sino que tratamos de articular esas informaciones cotidianas con las más duraderas normas emanadas por el Estado, para lograr una mirada académica, ordenada y sistemática que nos permita describir y analizar tendencias.

En el debate de la cobertura de los servicios de salud se presentan los argumentos estatales que afirman un avance en ese aspecto. Al mismo tiempo, se presentan datos que ilustran de manera contundente la crisis de los hospitales públicos y se explican las medidas adoptadas por el legislador y corregidas por la Corte Constitucional, en materia de cobertura a discapacitados, personas con VIH/sida, pacientes terminales, víctimas de las llamadas enfermedades catastróficas y personas desplazadas por la violencia.

14

Foucault [1988, 5].

En relación con el debate financiero, se presentan los mecanismos de financiación que contempla el modelo y los efectos que estos producen en el acceso de la población a los servicios de salud. Además, se recogen diferentes opiniones sobre el debate, cada vez más vigente, del límite adecuado para lograr el balance entre la equidad en los servicios y la sostenibilidad y viabilidad económica del sistema. Como se ve en las cifras citadas, el debate sobre la equidad no obedece a falta de recursos, sino al uso que se hace de ellos.

Resulta llamativo que los estudios y publicaciones sobre el tema desarrollan, casi siempre, una parte del debate, sin darle un tratamiento integral. Creemos que la contribución del presente estudio radica en la integración de diferentes estudios técnicos, opiniones calificadas (políticas o técnicas), cifras y datos consolidados, reclamaciones de los usuarios y sentencias de la Corte Constitucional.

El capítulo séptimo presenta elementos de aplicación de la ley 100 de 1993 (que reforma el sistema de salud) relacionados, agravados o surgidos con ocasión de su puesta en marcha. Son elementos que si bien no son un mandato legal, derivan de la aplicación de la norma o son posibles, precisamente, por vacíos de la norma, no siempre debidos a simples errores de proyección: algunos fueron objetivos perseguidos y sabidos desde la misma esencia de la ley 100.

Una herencia de los viejos modelos y las prácticas anteriores dentro del Sistema Nacional en Salud es que se agravaron o no se evitaron problemas como la corrupción y la evasión. Pero el nuevo modelo económico creó fenómenos que se deben mencionar: la flexibilización de las relaciones laborales en el sector salud y el paradigma de la administración. La reforma del sector salud ha producido una pérdida sensible en su autonomía (como lo demuestran varios estudios citados), la búsqueda de la rentabilidad financiera como fin y no como medio, la aparición de un intermediario entre el hospital y la persona que requiere los servicios de salud. Todas estas realidades afectan, aún más, la garantía del derecho a la salud y modifican la aplicación misma de la reforma en salud de 1993.

Cada uno de estos elementos se mira a través de investigaciones de la Federación Médica Colombiana, informes estatales, entrevistas y experiencias directas publicadas. Aquí, como en el capítulo cinco, el objetivo es explicar de una manera integral a las preguntas de un sinnúmero de personas (médicos, gerentes, pacientes, personal de salud en general) sobre el porqué de los fallos del sistema.

Nos preocupa que la falta de información organizada sobre el sistema de salud genere una sensación de ignorancia absoluta. En ese contexto, es comprensible que, en la cotidianidad de los consultorios y de los hospitales, se culpe por las fallas del sistema a las personas concretas (médicos, pacientes, etcétera), a su cara pública (el empleado hospitalario), al último eslabón de una serie de decisiones y nunca al propio sistema. Por eso resulta novedoso este estudio, en cuanto mirada

académica e integral para que se entiendan de otra manera las responsabilidades y el origen de los problemas.

En el octavo y último capítulo se presentan las conclusiones del trabajo. Se retoman algunos de los debates abiertos en los capítulos anteriores y se fija una posición en relación con aspectos como la instrumentalización de los principios de la reforma y el deber ser del Estado en la garantía del derecho a la salud.

En concreto, la contribución de este trabajo es: a) la formulación de un marco teórico que permite hablar del derecho a la salud, para analizar desde los derechos humanos las reformas en salud; b) la revisión de fuentes antes ignoradas o, mejor, no abordadas en conjunto, desde la óptica de los derechos humanos; esto se debió en parte a los prejuicios sobre la definición de salud y a la idea arraigada de que las políticas públicas no guardan relación con los derechos humanos; c) la configuración de un panorama más amplio gracias al enfoque del trabajo, que permite también explicar comportamientos, problemas y tensiones de los diferentes actores e instituciones del sistema. Una mirada más amplia permite trascender de la nota periodística o de la norma aislada, para presentarlas integradas en un proceso que ya cumple 10 años.

Descentralización y participación comunitaria

Por último, hay dos temas recurrentes en el debate sobre salud en Colombia, que son tangenciales en el marco de este trabajo y por ello solo los abordaremos en seguida en forma breve: uno es el proceso de descentralización en salud, las experiencias locales¹⁵ y las diferentes respuestas del orden departamental y municipal a la reforma¹⁶. La razón de dejarlo al margen es que tratándose del análisis de normas de orden nacional, más allá de particularidades de aplicación, la descentralización como fenómeno político poco aporta al debate sobre principios constitucionales, máxime cuando la jurisprudencia tampoco ha hecho énfasis especial en tal asunto. Como lo entiende Muñoz Machado, citando al Tribunal Constitucional español, lo que se pretende al fijar unas bases generales para los servicios de salud "es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y vigencia en toda la nación", más allá de las particularidades que luego se den en cada autonomía o en cada región¹⁷.

Solo precisaremos que, para el Estado, la descentralización es el mecanismo con el que se salvan los modelos centralistas, estatistas e ineficientes que acompañaron la administración pública hasta la Constitución de 1991. La descentralización

¹⁵ Véase, por ejemplo, VV.AA [1996].

¹⁶ Para el caso de salud y educación, véase Mascarreño [1996].

¹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia 32/1983, Madrid, 1983. Citado en Muñoz Machado [1995, 104].

del sector salud se apoya en la elección popular de alcaldes y el aumento de la democratización de las instituciones en el país, las distribuciones del Situado Fiscal, y la reforma a la seguridad social. Pero estos procesos no son aislados sino que están incrustados en las megatendencias y los cambios que en este mismo sentido se dan en todo el aparato estatal.

La descentralización administrativa se entiende como el traslado total de las competencias y recursos de la Nación a las entidades territoriales para su administración autónoma y comporta la adecuación y modernización institucional, con el fin de mejorar los servicios públicos y la ampliación de las coberturas actuales¹⁸. Según la ley, “las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud tendrán plazo hasta el 1o. de junio de 1997 para presentar al Ministerio de Salud el plan de ampliación de coberturas, mejoramiento de la calidad, de gestión y de descentralización”¹⁹.

Pero para las autoridades municipales, la descentralización, especialmente en los municipios pobres y pequeños, es sinónima de abandono de la salud. Es decir, descentralizar no es distribuir herramientas de poder sino desconcentrar problemas. Y esta última definición no es gratuita, sino fruto de la dinámica vivida desde que el municipio recibió todas las responsabilidades administrativas y financieras sin las herramientas necesarias para atender los requerimientos y desarrollar el sector de acuerdo con las necesidades de la población, sin capacidad administrativa y sin recursos financieros. Lo cierto es que en 1999 estaban descentralizados en salud 16 de los 32 departamentos y 361 de los 1084 municipios²⁰.

El segundo tema recurrente en los debates es la participación comunitaria en salud, figura que ha tomado fuerza desde la década del 80, fortalecida con la noción de Atención Primaria en Salud y la descentralización. Según la norma, “las personas naturales y jurídicas participarán a nivel ciudadano, comunitario, social e institucional, con el fin de ejercer sus derechos y deberes en salud, gestionar planes y programas, planificar, evaluar y dirigir su propio desarrollo en salud”²¹. Con ese fin se establecen formas de participación²² y mecanismos como los servicios de aten-

¹⁸ Sobre las políticas del Ministerio de Salud y directrices de la OPS/OMS en materia de descentralización en salud, véanse, entre otros, Minsalud [1990, 1994a, 1994b] y OPS [1993].

¹⁹ Artículo 20, ley 344 de 1996.

²⁰ Cardona y otros [1999, 42].

²¹ Artículo 1, decreto 1757 de 1994, “por el cual se organizan y establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud”.

²² “[...] Se definen las siguientes formas de Participación en Salud: 1. La Participación social, es el proceso de interacción social para intervenir en las decisiones de salud respondiendo a intereses individuales y colectivos para la gestión y dirección de sus

ción de usuarios, los comités de participación, las asociaciones de usuarios y la co-participación en las instancias de dirección de las instituciones de salud.

Históricamente, la participación comunitaria en las políticas de salud ha sido nula. En algunos casos, se convirtió en instrumento de intervención estatal para vincular grupos sociales a diferentes tareas. Sobre esto, dos preguntas: ¿la participación comunitaria inducida desde el Estado es instrumento de integración vertical o puede ser puntal para ampliar el ejercicio de democracia por parte de las clases y grupos subordinados? ¿Hasta qué punto los programas de participación comunitaria son un mecanismo de traslado de funciones del Estado a las comunidades y hasta qué punto sirven a la actividad autogestora o al fortalecimiento de la organización social?

En el caso colombiano, estas figuras aparecen desde antes de la ley 100 e incluso antes de la Constitución de 1991²³ y luego se consolidan como principios de la reforma en salud. Además de ser un principio, en el desarrollo de servicios, aparecen las Empresas Solidarias en Salud, que son, como veremos más adelante, otra forma de participación comunitaria o, más exactamente, de articulación de las redes sociales en la oferta de servicios. Salvo el caso de estas últimas empresas a las que nos referiremos en detalle, las otras modalidades de la llamada participación comunitaria no aparecen en este trabajo por razones teóricas y prácticas.

Desde el punto de vista teórico, el *boom* de la sociedad civil ha llevado a llamar en Colombia participación y/o sociedad civil a un sinnúmero de instancias que no parecen susceptibles de alguna 'taxonomía académica' que desenrede la madeja. Se asume que todo es objeto de la participación y en espacios proclives a los conceptos porosos, como el de la salud, la participación ha significado más un comodín —para explicar problemas y ofrecer soluciones etéreas— que una realidad clara.

Por otro lado, la noción de participación en salud no es transparente. En forma contraria a la mayoría de gobiernos y de ONG de derechos humanos de la re-

procesos, basada en los principios constitucionales de solidaridad, equidad y universalidad en la búsqueda de bienestar humano y desarrollo social. La participación social comprende la participación ciudadana y comunitaria, así: a. La participación ciudadana, es el ejercicio de los deberes y derechos del individuo, para propender por la conservación de la salud personal, familiar y comunitaria y aportar a la planeación, gestión, evaluación y veeduría en los servicios de salud. b. La participación comunitaria es el derecho que tienen las organizaciones comunitarias para participar en las decisiones de planeación, gestión, evaluación y veeduría en salud. 2. La participación en las Instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la interacción de los usuarios con los servidores públicos y privados para la gestión, evaluación y mejoramiento en la prestación del servicio público de salud" [artículo 2, decreto 1757 de 1994].

²³

Véase decreto 1416 de 1990, "Por la cual se reglamenta la participación comunitaria en los servicios de salud".

gión nos preguntamos por qué debe haber participación y por qué en salud²⁴. Además, desde la noción de los derechos humanos, aceptar la existencia de grupos de presión (antes llamados grupos de interés o movimientos sociales y ahora sociedad civil) desdice de la misma noción de democracia: muchas veces en vez de favorecer la comunicación entre el Estado y el ciudadano, lo que hace es monopolizarla, al menos como sucede en Colombia. En este trabajo no reivindicamos el lícito ejercicio de las asociaciones de usuarios ni de sus exigencias corporativistas, sino el de la persona —como tal y sin más títulos— frente al Estado.

El aspecto práctico es que la participación en salud es de efímero resultado y su poder, prácticamente inexistente. En Colombia, los niveles presentados por la División de Atención a la Comunidad del Ministerio de Salud muestran que las comunidades no participan en los programas de administración de su salud²⁵. Y sus funciones, en los casos en que participan, consisten más en asumir los deberes que corresponden al Estado, más que en contar con un lugar en los espacios de definición de las políticas o de distribución de los presupuestos. Los Comités de Participación Comunitaria, por ejemplo, no tienen asiento en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud²⁶.

La participación comunitaria en salud ha tenido varios tipos de accionar: a) la acción reivindicatoria (discrepancias entre la oferta y la demanda de los servicios de salud, críticas a la calidad de los servicios), b) acción tipo mutual (brigadas de aseo, quemas de basura, limpieza de pozos) y c) la formación de grupos de salud (comités de participación comunitaria, comités de salud, promotoras). Pero esas labores se han desarrollado más en la perspectiva de remendar que de exigir. Las acciones de tipo reivindicativo y la mentalidad asistencialista, también propia de las comunidades, hace que haya una tendencia a orientar la inversión hacia la construcción de infraestructura física y dotación de hospitales, puestos y centros de salud, en detrimento de programas de salud, prevención de enfermedades y control de los factores de riesgo.

Participar para reemplazar al Estado o para perpetuar prácticas clientelares no sería precisamente una opción perseguida desde los derechos humanos. Sin embargo, habría una posibilidad, si recordamos que los comités de participación comunitaria en salud tienen las siguientes funciones: intervenir en las actividades de planeación, asignar recursos y vigilar, controlar el gasto, participar en el proceso

²⁴ En América Latina, tanto las leyes nacionales como las posturas de las ONG coinciden en las ventajas de la participación comunitaria, pero falta claridad sobre qué significa exactamente para cada cual esa participación.

²⁵ Entrevista personal con Carolina Prada, jefe de la División de Atención a la Comunidad del Ministerio de Salud, 1999.

²⁶ Artículo 171, ley 100 de 1993.

de diagnóstico, programar, controlar y evaluar los servicios de salud, gestionando su inclusión en el plan de desarrollo del respectivo municipio, y participar de manera prioritaria en los programas de atención preventiva, familiar extrahospitalaria y de control del medio ambiente.

Así, la participación integral podría entenderse no sólo como intervención de las organizaciones sociales 'populares' en la esfera del consumo o de satisfacción de las necesidades inmediatas, sino también en los niveles de decisión económica y política y en la formación de ciudadanos antes que de consumidores. Pero esta noción está lejos de la del modelo dominante de participación. Una posibilidad es que esos comités desarrollen las veces de veedores del cumplimiento del derecho a la salud, lo que implica trabajar para que las comunidades no vean más el derecho a la salud como una obra de caridad o una dádiva del Estado, un fin ajeno a este estudio.

Marco conceptual

1

REQUISITOS PARA DEFINIR SALUD COMO DERECHO HUMANO

Hablar del derecho a la salud exige la revisión de algunas nociones que obstaculizan, de manera importante, cualquier articulación discursiva en torno a la salud como derecho humano y por tanto cualquier reivindicación de la salud en este sentido¹. Estos obstáculos nacen más de actos de fe que de hechos probados, actos que de tanto repetirse han terminado por ser aceptados sin mayores problemas, semejando la frase de Goebbels: "no importa que sea verdadero o falso, lo que vale es repetirlo muchas veces".

La salud puede verse como asunto filosófico, como hecho cultural, como elemento del debate político, como castigo divino² o como asunto de regulación económica. Para nuestro caso, la salud es entendida como materia del derecho. Es decir, aquí deliberadamente renunciamos al debate filosófico, cultural y político de la salud, para centrarnos en su posible naturaleza jurídica, en el marco del derecho actual. Es decir, el derecho a la salud aquí no se propone, se deduce del derecho internacional de los derechos humanos.

¹ Como se detallará más adelante, en el caso colombiano es claro que los diferentes procesos de consolidación de una oferta de servicios de salud dependieron a lo largo del siglo veinte de manera central del concepto de salud, al punto que los estudiosos dividen los períodos de la salud en Colombia de acuerdo con la noción predominante. Véase Minsalud, DNP [1990a].

² "Si no escuchas la voz del señor [...] que el señor te hiera de tisis, calenturas y delirios" [Deuteronomio, capítulo 28, versículos 21-28]. O el dolor como castigo por el pecado original: "parirás con dolor" [Génesis, capítulo 3, versículo 16].

Pero aun aceptando el derecho como punto de partida, no dejan de existir debates, que son precisamente los que intentamos presentar. Si usamos la libertad como ejemplo podemos decir que libertad es todo, pero en el ámbito de los derechos humanos aceptamos como válido cierto tipo de libertades³ que son, además exigibles al Estado; esto no significa renunciar a la discusión filosófica de la libertad sino precisarla como bien jurídico. Pensar en clave normativa implica renunciar a pensar con el deseo.

Es curioso ver que la mayoría de publicaciones (libros o artículos de revistas y periódicos) referidas a los límites o el espectro de exigibilidad del derecho a la salud se centran en tres universos más o menos recurrentes del orden de la actual ética médica: aborto, eutanasia y genética⁴, especialmente entre el público europeo. Al mismo tiempo, las preocupaciones cotidianas en el llamado Tercer Mundo son más del orden de la diarrea, la infección respiratoria y las vacunas. Mientras unos centran el debate en los extremos de la vida (aborto y eutanasia), la inmensa mayoría tiene problemas más de la vida misma que de los extremos: "el mayor problema ético de nuestra región no es cómo se muere sino cómo se vive"⁵. Mientras unos centran el debate en la ética, nosotros intentamos centrarlo en el derecho.

No decimos que no sean importantes los extremos de la vida o el debate ético, pero los derechos humanos en cuanto reguladores de las relaciones Estado-persona deberían trascender los postulados éticos, pues aspectos como el acceso a los servicios, la cobertura, la discriminación, etcétera, no serían desde la ética, del todo, materia de discusión.

El derecho a la salud no es, no puede ser, el derecho a estar sano, sino a contar con decisiones, medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible. Este derecho contiene libertades y medidas de protección. Libertades como el control de la persona de su propio cuerpo y de su propia salud, a la información relacionada con su salud, a rechazar tratamientos, a la salud reproductiva y sexual, a no ser torturada, entre otras libertades. Y medidas de protección relacionadas con el acceso a los medios y los recursos que le permitan mantener y/o tratar de recuperar su salud⁶.

³ Libertad de expresión, de circulación, de pensamiento, de conciencia, de religión de reunión, de manifestación pacífica, de asociación, etcétera.

⁴ Por ejemplo, una publicación de World Health Organization se limita a aspectos como "the beginning of life", "artificial termination of pregnancy", "newborn with congenital defects", "sterilization", "contraception", "preventive medicine in genetic disorders", "artificial insemination". Véase OMS [1976].

⁵ Acosta [1996, 59-61].

⁶ Comité de DESC [2000, comentario 8].

Tampoco es válido ni justo ceder a la tentación de universalizar respuestas a partir de casos aislados, particulares y/o complejos. La salud y la enfermedad ofrecen un gran abanico de debates que pueden nutrir posiciones opuestas; sólo limpiando los sesgos y llamando las cosas por su nombre es posible avanzar. Y este obstáculo es uno de los que más ha afectado la discusión de las reformas en salud, por cuanto una injusticia normativa, un error médico o una acción ilegal parecen razones suficientes para desconocer los aciertos de uno u otro. Hemos encontrado varios elementos centrales frente a los cuales se debe tomar una postura para poder, después, hablar con propiedad del derecho a la salud. Estos elementos están organizados en tres bloques: uno relacionado con el contexto jurídico; el segundo llama la atención sobre la definición del bien jurídico que se busca proteger y el tercero, sobre la materialización del derecho.

La falta de precisión lleva a la falta de convicción, lo que produce temores en el momento de decir que la salud no es caridad, que es un derecho, que es más que un derecho social y/o prestacional, miedos que conducen a otras agendas en el debate.

Requisitos de contextualización

La aceptación de los derechos humanos

El primer requisito es hacer explícita la convicción en los derechos humanos, tanto en el plano moral como en el jurídico. Pero esta declaración, para no ser vacía, implica en rigor la aceptación, de carácter ético y también jurídico, de los derechos humanos, con las implicaciones que eso conlleva: aceptar al sujeto como titular de derechos humanos, la necesidad de un marco de exigibilidad jurídica y, ante todo, una definición del bien jurídico que se busca proteger.

Ya sea desde la óptica kantiana del ser como fin en sí mismo o desde una construcción rawlsiana de los derechos humanos, el punto de llegada es la persona, dentro de un marco jurídico que reconoce su dignidad y su condición de titular de ciertos derechos. Para Rawls, tanto en sociedades democráticas como en sociedades jerárquicas, un contrato social conduciría al reconocimiento de unos derechos para las personas, incluso prescindiendo de dogma alguno, religioso o no, como punto de partida⁷.

Los derechos fundamentales conjugan una argumentación moral y filosófica en la vía de reconocerle a una determinada necesidad humana la característica de, como dice Rawls, "necesidad vital". Esa justificación moral nos permitiría hablar de derechos morales⁸, que no dejan de ser más que una exhortación, por lo mismo,

⁷ Rawls [1998, 47-85].

⁸ Sobre una argumentación en esta vía véase Ruiz [1990, 149-160]. Para una aproximación a la salud como derecho moral véase Buchanan [1991, 169-184].

moral, sin la fuerza de ley que reclama el derecho. Luego los derechos se constituyen como tales en su reconocimiento jurídico explícito, mediante las normas emanadas de un Estado que sería, por definición, un Estado de derecho, Estado que además produce las normas de acuerdo con los procesos determinados para tal fin. Así, nuestra pretensión moral se convierte en pretensión jurídica cuando la norma explícita lo permite o, mejor, cuando obliga.

Para Bobbio,

el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: lo que es último, justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno⁹.

Según Bobbio, el debate no debe girar alrededor de su fundamentación sino más exactamente de su promoción, control y garantía, sobre la base de aceptar su fundamentación.

De acuerdo con Rawls, el contrato social que hacen los miembros de una comunidad, miembros libres, iguales y racionales; y por tanto responsables¹⁰, determina las normas que regirían a esa comunidad. En el caso latinoamericano, por ejemplo, esas comunidades han considerado la salud como un derecho humano y así lo han consignado, de diferentes maneras, en cada constitución política¹¹. Como dice Rubio, "al hablar de Derecho hablamos, efectivamente, de Constitución", pues el objeto de ésta es "la regulación de los modos de producción del Derecho"¹².

La exigibilidad de tales derechos ante el Estado

La aceptación de los derechos humanos incluye la aceptación de la exigibilidad de tales derechos al Estado. El Estado como tal es propio de las formaciones políticas posteriores a la época medieval, es decir, el Estado es moderno por definición, y puede ser definido mediante sus dos elementos constitutivos: "la presencia de un aparato administrativo que tiene la función de ocuparse de la prestación de los servicios públicos, y el monopolio legítimo de la fuerza"¹³. Optamos por tal definición y se prescinde de la noción de Estado como el conjunto del pueblo, el territorio y la soberanía que usan algunos escritores modernos¹⁴. En palabras de García-Pelayo, para nosotros "en todo caso, el

⁹ Bobbio [1992, 121].

¹⁰ Rawls [1996].

¹¹ OPS y OMS [1989].

¹² Rubio Ll. [1993, 81].

¹³ Bobbio [1989, 89].

¹⁴ Bobbio [1989, 92 y 128].

Estado se manifiesta como una unidad de poder¹⁵, pero tal poder no puede radicar sólo en el ejercicio de la fuerza¹⁶, ni siquiera en la decisión de la mayoría, sino que requiere de unos principios que consideremos, además de válidos, necesarios para que la voluntad de la mayoría sea, en palabras de Rousseau, voluntad general¹⁷.

Es importante recordar en todo momento que estos principios de la voluntad general no dependen de la voluntad de los Estados, máxime cuando el desarrollo de instrumentos internacionales de derechos humanos precisa los deberes del Estado. Estos tratados no son simples exhortaciones morales o declaraciones de buena voluntad, sino que constituyen obligaciones jurídicas que los Estados deben cumplir en calidad de Estados Partes de los instrumentos internacionales: recordemos que los derechos humanos son parte del derecho internacional reconocido por la comunidad internacional, válidos para la conciencia colectiva de nuestro tiempo y basados en el principio *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirlos)¹⁸. El Estado, por vía de los tratados en el ámbito internacional y del derecho constitucional en lo interno, se obliga a sí mismo para con unos derechos que se consideran fundamentales. Esa exigibilidad se deriva de la misma noción del Estado y de los derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny,

Jurídicamente son los Estados y no los particulares quienes se han obligado por intermedio de los pactos internacionales. Históricamente, esas garantías fueron concebidas para hacer frente a los abusos estatales. Filosóficamente, esa especificidad de los derechos humanos se justifica por cuanto la sociedad y los ciudadanos delegan en el Estado el monopolio de la violencia: es necesario entonces establecer mecanismos de protección específicos de los ciudadanos inermes frente a ese poder armado. Esos mecanismos son los derechos humanos. Cuando los otros particulares realizan acciones que vulneran sus derechos, se trata de delitos y el ciudadano puede siempre recurrir a la autoridad estatal para que ésta lo proteja. Pero cuando es el Estado quien vulnera sus derechos, el ciudadano no tiene otro mecanismo de protección diferente a los derechos humanos¹⁹.

Es obvio que, por ejemplo, para el caso de la vida, ningún Estado la garantiza por completo, pero no por eso podríamos decir que el derecho a la vida sea tan sólo una

¹⁵ García-Pelayo [1984, 19].

¹⁶ Bobbio se pregunta: "¿si nos limitamos a fundar el poder exclusivamente en la fuerza, cómo se logra distinguir el poder político del de una banda de ladrones?" [Bobbio 1989, 118].

¹⁷ "Lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que les une" [Rousseau 1984, 178].

¹⁸ ONU 1969, numeral 26.

¹⁹ Véase Uprimny [1993, 148].

pretensión moral. Es ante condiciones concretas que el Estado puede y debe controlar que se alega el derecho a la vida. En el mismo sentido, como se expone más adelante, el derecho a la salud se considera como tal frente a unas condiciones que el Estado puede modificar y precisamente, porque existe esa posibilidad de modificación, es posible hablar de exigibilidad. Si los derechos humanos fueran responsabilidad de todos por igual, nadie tendría el deber preferente de responder por ellos, gracias a esta dilución del deber entre el todo.

La integralidad y universalidad de los derechos humanos

Hay un viejo debate sobre si hay derechos humanos principales y derechos humanos secundarios. Esa noción se alimentó con la idea de que los derechos humanos aparecen divididos, tan solo formalmente, en dos listas contenidas en los pactos de 1966 (de derechos civiles y políticos, y de derechos sociales, económicos y culturales); de la noción de que hay "generaciones de derechos" y de que unos producen omisiones del Estado (acciones "negativas") y otros acciones llamadas positivas.

En las declaraciones de Teherán y de Viena no existe la noción de generaciones de derechos, pues los dos pactos de 1966 son complementarios e interdependientes. Puede entonces aceptarse que cada derecho tiene su personalidad propia, que no depende de su inclusión en uno u otro pacto sino de su relación con la noción de dignidad humana²⁰. Solo pocas personas todavía pretenden fijar límites entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro. Límite no sólo de difícil definición sino inútil y hasta peligrosa a la hora de precisar exigibilidades jurídicas, especialmente porque niega la noción de integralidad de los derechos humanos.

Para Rubio Llorente, los derechos humanos no son una lista cerrada, no son un "elenco definido y estable", sino que "el número y contenido de estos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad"²¹, criterio al que se podría anexar el del progreso técnico y científico. Los derechos humanos derivan de la noción de dignidad humana, cuyo contenido se ha ido precisando en un proceso histórico creciente. "La expresión 'derechos fundamentales' que ahora se adopta, no es una denominación nueva para un contenido viejo, sino el nombre de un nuevo modo de concebir los derechos"²²; concepción dentro de la que la igualdad tiene un peso específico: "la noción de igualdad, que es —como dice

²⁰ ONU [1968, numeral 13] y ONU [1993]. "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" [ONU 1993, numeral 5].

²¹ Rubio [2001, 69].

²² Véase Rubio [1997, 2].

Kelsen— la forma política de la justicia, de manera que igualdad y justicia son casi dos maneras de designar una misma cosa²³.

La salud sería o no un derecho humano, pero si lo afirmamos, la salud es un derecho pleno, no un derecho de segunda generación (para algunos de segunda clase). Un derecho humano que no lleva consigo un deber del Estado y un derecho de la persona, no es tal. Para el caso de la salud, aunque ésta aparece mayoritariamente relacionada con los llamados derechos sociales, en una lectura más amplia y una mirada cuidadosa del derecho internacional de los derechos humanos es claro y concluyente que ella existe como derecho, supera el marco de los derechos sociales para situarse, como cada uno de los derechos, en un derecho con personalidad propia y, en cuanto tal, sujeto de protección jurídica particular²⁴.

El puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible²⁵. Aparece como parte de otros derechos, como el trabajo y la seguridad social²⁶; está incluida de manera explícita en normas internacionales contra la discriminación racial y de la mujer²⁷; aparece como límite al ejercicio de otros derechos²⁸; es el resultado no sólo de la acción de Estado sino de su abstención (por ejemplo en el caso de tortura y de lo relacionado con la integridad física de las personas)²⁹; y finalmente, también aparece como derecho en sí³⁰. En la práctica, el derecho a la salud depende también de la concreción de otros derechos, como los derechos laborales de los trabajadores de clínicas y hospitales.

La postura de que los derechos humanos son una lista abierta encuentra, sobre todo hoy, contradictores en discípulos del profesor de la Universidad de Chicago, Friedrich Hayek, especialmente en las reformas en salud y su relación con la libertad. Para lo que nos ocupa, esta postura se sustenta en: a) una definición de la libertad en negativo: la ausencia de "controles arbitrarios", dice Hayek, por parte del Estado, b) una noción de derechos humanos en la que prima el derecho de pro-

²³ Rubio [1993, 670].

²⁴ De Currea-Lugo [2003].

²⁵ Véanse Alfredsson y Tomasevsky [1998]; Learly [1994, 24-56]; Toebes [1999 y 2001, 169-190].

²⁶ En ONU [1948a] se contempla en el derecho a la seguridad social; así mismo en varios convenios internacionales de la OIT.

²⁷ Véanse ONU [1965 y 1979].

²⁸ En ONU [1966a] se muestra la salud como una condición que limita el ejercicio de ciertos derechos, en su orden: circulación [artículo 12], manifestación religiosa [artículo 18], libertad de expresión [artículo 19], derecho de reunión pacífica [artículo 21] y derecho de asociación [artículo 22]. Además, aparece como límite en ONU [1981] y en ONU [1989a].

²⁹ Véanse ONU [1948, 1966a, 1966b, 1984, 1989a, 1989b, 1992].

³⁰ Véanse ONU [1965; 1966b, artículos 10 y 12; 1984, artículo 14; 1989a artículo 39].

piedad, c) un rechazo al Estado social, d) una fe en el mercado y e) una consideración de la salud como parte de la cadena productiva³¹.

En la medida en que la persona es libre, los resultados solo se derivaran de sus esfuerzos. La libertad centrada en la propiedad se ejerce en la libertad de poseer. Así, en materia de derechos humanos, Hayek enfatiza en los mismos derechos de propiedad y de libertad de comercio que reivindicó la burguesía frente al poder feudal. Al rechazar el Estado social (como medio para garantizar derechos), Hayek descarta los derechos sociales porque a) no los considera como tales, b) su garantía sería dada por la indeseable intervención del Estado que él considera arbitraria. "La igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad". Los derechos humanos en cuanto reguladores de la defensa de la libertad de la persona frente al Estado sólo tienen sentido en cuanto contribuyen a la libertad y ésta se pondría en entredicho si se acepta la acción de un Estado interventor que regule a favor de cualquier igualdad³². Por supuesto, nosotros adoptamos la argumentación citada de Rubio Llorente.

Resuelto el problema de la integralidad, nos queda aceptar la universalidad de los derechos humanos, lo que nos obliga a aceptar que la salud, en cuanto derecho humano, tiene una naturaleza universal.

La relación salud - libertad - necesidad

La salud contribuye a la libertad, pero la libertad necesita de la salud. Como dice Marx, "para cultivarse con mayor libertad, un pueblo necesita estar exento de la esclavitud de sus propias necesidades corporales"³³. La salud contribuye y posibilita el ejercicio de la libertad. Pero además, la salud comparte con la libertad una condición: la de ser una necesidad vital humana³⁴, necesidad en el sentido más amplio de la palabra, no sólo en lo relacionado con las necesidades materiales.

Para Galtung, desde la noción de necesidad es posible construir una argumentación jurídica de los derechos humanos, a partir de que los derechos humanos son un tipo especial de necesidades humanas que, como otras necesidades, existen en la persona, pero que para su realización requieren acciones colectivas. Hay necesidades materiales y no materiales, como la libertad, sin que exista una frontera claramente definida. En conjunto, las necesidades son: de sobrevivencia, de bienestar,

³¹ Hayek [1975, 26, 36, 101-116; 147-148].

³² Hayek [1975, 101-102].

³³ Marx [1974, 61].

³⁴ Sobre la salud como necesidad básica véase Doyal y Gough [1994, 77-107] y sobre salud y autonomía véase Doyal y Gough [1994, 219-241].

contra la alienación y contra la represión³⁵. Esta lógica contribuye a la abolición de la frontera creada entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra.

La garantía de necesidades materiales implica la disponibilidad de recursos. Pero tal necesidad de crecimiento no debe implicar la negación de la libertad ni del disfrute de derechos humanos. Para Donelly, si se reconoce la importancia que tiene para los pueblos la garantía del desarrollo económico, no es aceptable la priorización del crecimiento económico, a veces incluso no acompañado de aumento en el desarrollo, como límite o condición para el ejercicio de los derechos humanos. Este autor explica, aceptando la necesidad del desarrollo para la garantía de los llamados derechos sociales, que modelos en los cuales los gobiernos priorizan la educación, la salud o los debates sobre la tenencia de la tierra, es posible avanzar en un sistema de libertades que, a la vez, garanticen derechos sociales³⁶. Para Stiglitz "La cuestión no es estar a favor del crecimiento. En algunos sentidos el debate crecimiento / pobreza pareció absurdo [...] La cuestión tiene que ver con el impacto de políticas concretas"³⁷.

Mientras para unos la relación entre la salud y la libertad se materializa en unas condiciones dignas que hacen posible el ejercicio de la libertad³⁸, para otros, la relación se materializa en, y sólo en, la selección del médico o la institución tratante dentro de una gama de oferentes (esta tensión conceptual se observa, por lo menos, en los casos chileno y colombiano). El error de la segunda postura radica en desconocer una noción más amplia de libertad y en creer que (aun dentro de esa visión miope de la libertad) el usuario de los servicios decide realmente, cuando lo que se ve es que la "primera consulta es el único acto de decisión relativa que está en manos del consumidor". El asunto es más claro si se constata que después,

³⁵ Pero no toda necesidad individual, reconocida o no por el colectivo social, adquiere la categoría de necesidad vital y/o fundamental. Sobre el desarrollo de los derechos humanos desde las necesidades, véase Galtung [1994, 56-107] Sobre una visión de la relación derechos humanos y necesidades en el marco de la cooperación internacional véase Etxeberria [2002, 13-31].

³⁶ Donelly compara el modelo de Brasil, con alto crecimiento del PIB pero con altas tasas de mortalidad infantil y analfabetismo, y el modelo de Corea del Sur, ejemplar en varios sentidos hasta la crisis del sudeste asiático. Véase Donelly [1989, 163-183], especialmente el capítulo 9.

³⁷ Stiglitz [2002, 133].

³⁸ Para Galeno, cuatro eran las formas de vida humana: a) la vida del hombre libre y sano, b) la que con la salud escasa es libre, c) la del sano atado por las obligaciones de la vida, y d) la del siervo enfermizo, esquema dentro del cual el ser humano que persigue el mundo civilizado y que soñó la ilustración es de la persona libre y sana. Véase Laín [1978, 123].

este complejo es manejado con criterios de lucro y más aún si lo es en condiciones monopólicas [...] el usuario queda a merced de grupos que pueden guiar o inflar los servicios [...]. En Estados Unidos, en los años 70, las operaciones cesáreas practicadas en pacientes privados acogidos al sistema de seguros de salud fueron más del doble que en pacientes hospitalizadas en servicios públicos, sin causa médica que pudiera explicar la enorme diferencia³⁹.

Así, la libertad en salud se reduce a elegir entre un abanico de oferentes al primero de la cadena de servicios, cadena frente a la que poco o nada opina la persona. La reivindicación de la libre elección del médico (del primer eslabón de la cadena) como paradigma de la relación libertad - salud no sólo es falaz sino peligrosa. No vamos a entrar en el debate de los críticos de la práctica médica, sólo queremos resaltar la potencial contradicción discursiva: a) si el que sabe de salud es el médico, salvo por agradabilidad, ¿para qué se justificaría la libre elección del servicio? b) Si el que sabe de salud es el paciente, ¿por qué reducir su capacidad de opción sólo al primer peldaño del proceso y no extenderlo a todos los siguientes peldaños? Hayek reconocía que "bajo una organización estatal de los servicios médicos, la autoridad resuelve y decide y al individuo solo le cabe acatar resolución ajena"⁴⁰.

La relación entre salud y libertad es compleja, pero tal complejidad no nos permite hablar de superderechos, sino entender que la relación se materializa en muchos ámbitos, lo que no impide definir la salud sino sólo evidenciar la complejidad. La relación salud - libertad se da en el ámbito de la realización de la persona, de su libre desarrollo, de sus posibilidades de ejercer su libertad y de disfrutar su salud. Resulta pobre un concepto de libertad que tan solo se materializa en elegir un médico dentro de una lista que tampoco se elige.

Una última precisión es que las sociedades medicalizadas⁴¹ alimentan la noción de buscar respuestas a los dilemas diarios volviendo enfermedad toda ruptura en la cotidianidad. Es decir, la persona pierde en su libertad de vivir cuando su vida se presenta como un conjunto de alteraciones que requieren siempre y en todos los casos intervención médica para recuperar un perdido equilibrio. Este tipo de lecturas, de las que se alimentan prácticas como las de la Nueva Era, en vez de aumentar la libertad y la responsabilidad de las personas para consigo mismas y para con sus propias decisiones, termina generando, como lo hace el psicoanálisis en los Es-

³⁹ Requena-Biquet [1980, 7].

⁴⁰ Hayek [1975, 328].

⁴¹ La sociedad medicalizada es en la que la relación médico-paciente es el paradigma y el instrumento de la resolución de todo tipo de problemas, y la sociedad medicamentada es aquella que considera como única vía de mantenimiento y/o recuperación de la salud el consumo de medicamentos.

tados Unidos, una renuncia al ejercicio responsable de la libertad. Vale aquí la reflexión de Hipócrates de si estamos realmente ante un enfermo o no⁴².

Requisitos de definición

La adopción de una definición de salud

Contar con una definición de salud no es un lujo académico sino una necesidad jurídica: se trata de precisar el bien jurídico que se quiere proteger. Esta definición debe llenar ciertos requisitos y necesidades: a) que su objeto definido sea la salud y no más que la salud, b) que sea jurídicamente funcional, es decir que no sea sólo una noción vaga del deseo sino que permita una concreción jurídica, y c) que dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud. Es decir, un concepto de salud que sea preciso en sus límites y en su materia y que, por tanto, permita precisar los alcances de su exigibilidad.

La abundancia de definiciones de salud hace que el debate sobre el derecho a la salud se torne complejo en la definición misma del bien jurídico a proteger, máxime cuando ese bien se entiende de manera laxa cada vez más en aras de una aparente "tolerancia discursiva". Algunos autores presentan una definición de salud como derecho, que se acerca a la imposibilidad jurídica⁴³: plantean la extensión del derecho sin definir límite alguno (la salud como un todo), por ejemplo, al sostener que la salud es "una manera de vivir libre, gozosa y solidaria"⁴⁴.

Una tendencia entiende la salud "como un todo" que incluye la vivienda, la educación, el trabajo, como si fuera un macroderecho que contiene a todos los otros, lectura que se refuerza cuando se piensa en la salud como inseparable de la seguridad social⁴⁵. Esto nos lleva a la ecuación derecho a la salud igual a Declaración Universal de Derechos Humanos. A esto se suma la "tendencia creciente a considerar

⁴² Laín [1978, 114-119]. Evadir esta pregunta, en sociedades altamente medicalizadas y tendientes a llamar enfermedad a toda adversidad, permite la proliferación de todo tipo de prácticas autodenominadas de salud que ofrecen curación, y la logran, precisamente por encontrarse ante entidades que no son, en rigor, una enfermedad.

⁴³ En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido; con respecto a un derecho de petición, la Corte dijo: "una cosa es que resulte violado el derecho de petición cuando no se resuelve material y oportunamente acerca de la solicitud presentada y otra muy distinta que, ya respondido lo que la autoridad tiene a su alcance como respuesta, el peticionario aspire a que se le conceda forzosamente y de manera inmediata algo que resulte imposible" [Corte Constitucional: Sentencia: T-116, 7 de marzo de 1997. Magistrado ponente, en adelante MP: Hernando Herrera Vergara]. Sobre el mismo tema se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias T-464 de 1996. MP: José Gregorio Hernández Galindo y T-426 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Gol [1977].

⁴⁵ Véanse Franco, Ochoa y Hernández [1995]; Martínez y García [2000]; Marti [1999].

los problemas de la vida como problemas médicos"⁴⁶. Si salud es todo, entonces toda situación adversa o no deseada es enfermedad.

Como lo menciona Bobbio para otro tipo de pares (paz, guerra, público, privado, democracia, autocracia), la salud y la enfermedad forman una pareja dicotómica en la que un elemento se define usando como referente su opuesto y cada uno delimita el alcance del otro⁴⁷. Y aunque muchos consideran hoy superada esta noción dicotómica (la salud "no es solamente la ausencia de enfermedad", sostiene la OMS en su carta fundacional de 1948⁴⁸), el par salud / enfermedad ha sido determinante a) durante la mayoría del tiempo en la historia de la humanidad, b) en el presente cotidiano de las personas y c) como punto de partida en la gran mayoría de definiciones de salud o para reducir ésta --a pesar de lo que se diga-- a la ausencia de la enfermedad. El problema es definir que es aquello que, siendo salud, es más que la ausencia de enfermedad. Según Vallespín, "un sistema solo se puede determinar, solo puede 'tematizar' sus límites, introduciendo una distinción entre un 'adentro' y un 'afuera'"⁴⁹.

Otra tendencia de la definición es la salud como "como un fragmento": sólo miran el derecho a la salud a través de una de sus variables, lo que no es malo en sí pero que implica el riesgo a vaciar de contenido el mismo concepto de salud: parece que la salud se reduce y se explica tan solo por el adjetivo que le acompaña (salud reproductiva, por ejemplo). Tal es el caso de los derechos reproductivos⁵⁰, del sida, tanto en el plano nacional⁵¹ como en el internacional⁵²; de la tecnología médi-

⁴⁶ Entrevista a Richard Smith, director del British Medical Journal, en: "Sólo el 10% de los estudios es válido para el médico" *El País*, Madrid, 1 de octubre de 2002.

⁴⁷ Bobbio [1989, 9-38].

⁴⁸ Véase Martí [1999, 20].

⁴⁹ Comentario de Fernando Vallespín en su introducción al libro de Luhmann [1997, 15].

⁵⁰ En otras palabras, salud con enfoque de género. Esta perspectiva haría énfasis en: a) la atención materna: controles prenatales y atención del parto, b) planificación familiar: tanto programas de anticoncepción como de fertilización, y c) el derecho a la mujer a decidir sobre la opción de ser madre o no, incluyendo la opción del aborto.

⁵¹ Sobre los esfuerzos legales en el plano nacional realizados, véase VV.AA [1999]. Esto incluye desde la ratificación de principios generales (no discriminación, por ejemplo), hasta recomendaciones técnicas que fueron materia de legislación (como bancos de sangre y control de la infección) pasando por recomendaciones sobre la legislación en salud pública y en la reforma de servicios de salud.

⁵² El sida no aparece como tal en los tratados pero sí en instrumentos como OMS [1988b], sobre el deber de los Estados de incluir el sida en las estrategias de los sistemas Nacionales de salud; OMS [1988a], con énfasis en las relaciones médico-paciente; OMS [1989], más basado en la educación sexual; OMS [1992]; OMS [1994a], sobre los derechos de las personas con la infección.

de la preservación, garantía o recuperación de tales condiciones. Uno se enferma por algo y ese algo no siempre es 'natural' sino que a veces depende mayoritaria o totalmente de actos humanos. En el caso de enfermedades surgidas por causas naturales, lo que se espera es la garantía de los servicios de recuperación. Eso implica la renuncia a cualquier concepción metafísica de la salud, pues poco se podría exigir a fenómenos que están por encima o por fuera de la acción, aunque sea teórica, del Estado⁵⁹.

El obstáculo aquí es la noción de inevitabilidad en materia de salud y la certeza de la muerte parece prolongarse en la resignación a la enfermedad. Algunas condiciones de salud son transformables y, por tanto, algunas causas de la enfermedad son evitables. No son fruto del azar sino de condiciones concretas, de factores identificados, identificables y modificables que producen alteraciones en la salud.

En la garantía del derecho a la salud, son centrales aspectos de posible regulación y/o control estatal como normas medioambientales, contaminación, precios de medicamentos, suministro de agua potable, calidad de los alimentos, exposición a tóxicos, contaminación ambiental, condiciones laborales, acceso sin discriminación a los servicios de salud, manejo de basuras, condiciones de higiene en el lugar de vivienda, control de vectores, etcétera⁶⁰.

Ahora, la modificación posible de esas condiciones determinantes de la salud tiene su base en los avances en el conocimiento científico y constituye el núcleo central de la exigibilidad jurídica al Estado: el mantenimiento de ciertas condiciones favorables y/o la corrección de ciertas condiciones desfavorables para garantizar el bien protegido llamado salud. Entre los pensadores de la Ilustración ya había concepciones claras de la relación entre las condiciones sociales, la salud y los deberes estatales⁶¹. La exigibilidad de mantener y/o corregir una situación modificable implica el suministro de los avances de la ciencia, de lo que entendemos aquí como técnica en salud, a las personas que los necesitan: avances en cirugía, medicamentos, medidas de control ambiental, aparatos de rehabilitación, etcétera.

Aceptación de la salud como un asunto objetivo

Aceptar esa modificación de la salud como condición objetiva nos lleva a reconocer que la salud es, también, un asunto objetivo. Además, solo la naturaleza objetiva nos permitiría crear el consenso social necesario para definir lo que sería materia de

⁵⁹ Sobre las diferentes concepciones de salud que han acompañado las diversas culturas y su cuota de pensamiento mágico, véase Laín [1978]; sobre el origen del pensamiento científico, véase Bachelard [1974].

⁶⁰ Lalonde [1974].

⁶¹ Véase Montesquieu [1984, 114, 241-242]; Locke [1990, 36-54]; Moro [1984, 130-131, 154 y 161-162]; Voltaire [1983, 56-59 y 103]; sobre su noción de desigualdad, véase especialmente Rousseau [1984, 37-128].

exigibilidad ante el Estado. No sería pues la salud un asunto de 'sentirse bien' sino de estar objetivamente bien.

Este planteamiento es de difícil aceptación entre posmodernos, entre relativistas en materia de derechos humanos y entre defensores de las culturas tradicionales⁶²; sin embargo, la evidencia científica es cada vez más contundente en demostrar que las condiciones de salud, aun aquellas más sutiles, dependen de realidades biológicas⁶³. Si la salud no fuera un bien objetivo, las demandas al Estado en materia de salud limitarían con medios mágicos y fines milagrosos. Ahora, la exigencia al Estado del tipo de prácticas en salud que reivindican una interpretación cultural estaría en el terreno de los llamados derechos culturales pero difícilmente del derecho a la salud y aquellos nunca podrían ser la negación de éste, como sucede en las ceremonias de purificación en las aguas contaminadas del río Ganges.

En el caso de muchas otras prácticas en salud, su base es también la biología. Los orientales explican la acupuntura y su eficacia a partir de su acción sobre ciertos meridianos energéticos, pero la verdad es que las agujas actúan sobre la red de nervios y por eso el uso de naloxona bloquea la eficacia de la acupuntura. Las personas que hacen meditación y otros ejercicios similares muestran sus avances a través de cosas como el control frente al dolor, la reducción del ritmo cardiaco y otras. Es decir, responden 'dentro' de las funciones biológicas y no fuera de ellas.

Es necesario subrayar que decir biología no implica desconocer contextos sociales ni políticos, ni negar el medio ambiente (que por demás, también es biológico) sino entender que la enfermedad (diferente, como concepto, de sus causas) sucede y se expresa en el cuerpo de la persona, lo que no niega que su solución puede estar fuera de él y mucho menos del uso de medicamentos. Decir biología no es decir solamente antibióticos, ni hospitales ni bacterias: es también decir prevención y salud pública. Queremos subrayar que una cosa es la biología como información y otra, su uso político. Por ejemplo, la noción de raza no es propia de lo biológico sino de lo ideológico y acusar a la biología de racista es no solo injusto sino peligroso.

El derecho a la salud tiene su materialización en la exigencia de medios que garanticen y/o restablezcan unas condiciones adecuadas de la naturaleza biológica de la persona, pero no de toda su naturaleza (no podríamos pedir la inmortalidad), sino de aquella alterada, que llamamos enfermedad y para la cual la ciencia nos ofrece posibilidades.

⁶² Sobre el debate del relativismo cultural, véase entre muchas otras fuentes Valdecantos [1999]; Etxeberria 1997, 87-105]; Kabunda [1997, 109-140]; Savater [1995, 10-19].

⁶³ Sobre la biología humana, véase Eibl-Eibesfeldt [1993]. Sobre una crítica a la salud como herramienta del poder y carente de objetividad, que mantiene interés véase Foucault [1986]. Sobre una mirada desde las ciencias a los discursos posmodernos, véase Sokal y Bricmont [2000].

Siguiendo el esquema de lo bio-psico-social, podemos precisar que los elementos sociales que nos interesan y a los cuales queremos afectar cuando exigimos el derecho a la salud son los que generan un impacto en la salud de la persona. La falta de agua potable es un hecho social con implicaciones directas, pero no lo sería una caída de la bolsa de valores. Por razones jurídicas, debemos fijar un límite en algún eslabón de la cadena de causas y efectos que produce la salud. Ese límite nos permite precisar también la responsabilidad del personal de salud. Si queremos definir un adentro y un afuera, tendremos que excluir algunos fenómenos sociales, pues si incluimos todo, sistema de salud sería el conjunto del Estado y a la vez, personal de salud sería todas las personas que cumplen funciones estatales, que además deberían responder por todo, desde el agua potable hasta la caída de la bolsa.

La exigencia buscada no es sólo en materia de supervivencia (urgencias, por ejemplo) sino también en términos de la salud como medio para garantizar una vida en condiciones de mayor dignidad. Si sólo fuera invocable la salud como derecho cuando hay riesgo para la vida, se limitaría toda reclamación en materia de salud al dilema vida o muerte, con lo que el reconocimiento de la salud como derecho en la Constitución queda subsumido por el derecho a la vida lo que es incorrecto.

La salud y la enfermedad tienen elementos subjetivos pero son, en esencia, fenómenos objetivos. La ciencia da la guía y las herramientas para determinar la exigibilidad posible del derecho. Incluso, en la compleja discusión sobre la salud mental, cada día es más claro que la enfermedad mental es un fenómeno objetivo de naturaleza biológica, aunque sus causas y soluciones contengan elementos sociales⁶⁴. Por ejemplo, en los casos de las personas que son víctimas de tortura, es obvio que las causas de la alteración no son biológicas, pero hay consenso en que la terapia se centra en la recuperación de ese equilibrio biológico perdido, ya sea mediante técnicas psicológicas o mediante el uso de medicamentos. Y es eso lo que le pedimos al personal de salud, que no es poco. Es claro que este personal tendría otras tareas como no coherer ni participar en la realización de torturas, servir en el peritazgo para contribuir a la investigación de este tipo de prácticas, educar al respecto, etcétera. Pero no podríamos colocar dentro de las tareas del personal de salud la lucha contra la impunidad, la violencia política y toda la agenda de los derechos humanos. No porque no se quiera, sino porque hemos decidido desde el comienzo precisar la naturaleza de un solo bien jurídico, la salud, y su defensa.

⁶⁴ No nos interesa, 'patologizar', volver enfermedad cada acto de las personas, como sucede en las sociedades medicalizadas y como se hizo por parte de regímenes políticos que consideraban enfermos mentales a los disidentes. Dentro de tal esquema se quiere, por ejemplo, 'curar' la pobreza con antidepressivos. Pero frente a la enfermedad mental establecida, el tratamiento, por supuesto, parte de reconocer la realidad biológica y que es en el cerebro donde se desarrolla la enfermedad.

Llama la atención el giro producido entre los sectores más progresistas con respecto a la ciencia: antes la ciencia era un motor de transformación y sus hallazgos, una herramienta para la defensa de los pacientes⁶⁵.

Más allá de la norma universal

La salud como derecho beneficia a personas en situaciones especiales (no universales⁶⁶, si se quiere) como la de las mujeres gestantes o la gente discapacitada y de manera concreta (no abstracta, si se prefiere) no significa que tales características del ejercicio del derecho (no universal, no abstracto) nieguen su categoría de derecho fundamental:

Podría, eventualmente, sostenerse que sólo es un verdadero derecho fundamental aquel que se predica de toda persona sin excepción, vale decir, aquel que se confiere —o reconoce— a todo ser humano, con independencia de su género, su condición social, racial o económica. Si ello fuera cierto, mal podría afirmarse que la mujer y, en especial, la mujer embarazada, es, en razón de su estado, titular de particulares y específicos derechos fundamentales. No obstante, la tesis según la cuál sólo son fundamentales los derechos universales carece, absolutamente, de respaldo en el constitucionalismo social. Ciertamente, este último constituye un sistema en el cual se reconoce que la defensa de ciertos bienes jurídicos que interesan a todas las personas sólo puede satisfacerse si se confieren a quienes integran determinadas categorías sociales, derechos específicos y diferenciados. [Esto] no supone que la realización de los valores que justifican la existencia del Estado —como la libertad y la igualdad—, se alcance mediante el reconocimiento general y abstracto a todos los seres humanos sometidos a la jurisdicción nacional, de los mismos derechos y obligaciones. En especial, el constitucionalismo contemporáneo reconoce que, para que todos los miembros de la sociedad cuenten con un nivel suficiente de autonomía, ciertos sectores de la población —como por ejemplo, las mujeres en estado de embarazo—, merecen una especial protección, la que incluso puede llegar a consistir en la consagración de derechos fundamentales cuyos titulares son exclusivamente sus miembros⁶⁷.

⁶⁵ La historia del doctor Semmelweis en el Hospital de Viena en el siglo diecinueve ilustra cómo los hallazgos científicos le sirvieron a él para defender a las embarazadas de la fiebre puerperal que era transmitida por los médicos por falta de medidas de higiene. Los médicos, heridos en su ego, rechazaron el lavado de manos impuesto por Semmelweis.

⁶⁶ Aquí la palabra 'universal' se refiere al uso mismo de servicios específicos, no al derecho como universal. No es universal para todas las personas, por ejemplo, el servicio de maternidad, sino sólo para las mujeres.

⁶⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-373, julio 22 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Más allá del derecho prestacional

Todo derecho implica gastos al Estado, lo que desmiente aún más el mito de las generaciones de derechos. Garantizar la protección a la vida, el derecho a la defensa o el sistema electoral implica gastos estatales. Por eso, no es aceptable dividir los derechos entre aquellos que implican gastos para el Estado y aquellos que no, de modo que toda garantía de los primeros derechos sería dependiente de recursos. En el derecho a la salud hay aspectos que no dependen de los muchos o pocos recursos que haya, sino de la administración que se haga de éstos. Un derecho supeditado a coyunturas deja de ser derecho y se reduce a una reclamación política sin exigibilidad moral ni jurídica como la que le otorgamos a los derechos humanos.

Podría argumentarse que sólo resultan fundamentales aquellos derechos constitucionales que no implican una erogación o un coste económico a cargo del Estado o de los particulares. En este sentido, derechos de igualdad sustancial que pueden aparejar costos —públicos o privados— serían derechos constitucionales no fundamentales cuya eficacia se delega a los órganos de representación política. Se trataría justamente, de aquellos derechos denominados derechos de desarrollo progresivo, que no son directamente aplicables por el poder judicial. No obstante, una tal reducción resulta inaceptable. [...] la clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental. En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la educación básica o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental. En síntesis, ni la naturaleza prestacional de los derechos [...], ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para afirmar que no se trata de derechos fundamentales⁶⁸.

Un comentario relacionado con los derechos prestacionales es el debate sobre la existencia o no de recursos. Es posible hallarnos ante cuatro escenarios: a) existen el reconocimiento del derecho y su garantía, b) existe el reconocimiento del derecho, pero su garantía es difícil por problemas de disponibilidad de recursos materiales; c) existen el reconocimiento del derecho, una relativa disposición de recursos y una distribución injusta de tales recursos, y d) hay negación del derecho.

No es aceptable equiparar los escenarios b y c para justificar la mala distribución de los recursos con su poca disponibilidad; tampoco los es supeditar el

68

Corte Constitucional: Sentencia T-373.

reconocimiento del derecho a su posibilidad material inmediata o su reglamentación, a razones económicas antes que a razones jurídicas. La salud como derecho implica una distribución justa de los recursos disponibles, independiente de si estos recursos son pocos o muchos. Esta distribución justa de los recursos tiene al menos dos momentos: una justa asignación de recursos de acuerdo con las necesidades del sector salud, lo que depende de las necesidades de otros sectores (justicia, defensa, educación, etc.) y de lo prioritario que sea la salud en la agenda estatal; y la distribución justa dentro del sector salud de los muchos o pocos recursos que le sean asignados, es decir, la equidad que se persigue en su distribución.

El debate sobre la disponibilidad de recursos no es ajeno a nuestro análisis, pero el objetivo médico, la naturaleza de la profesión, no es esencialmente ahorrar dinero. Dedicar la labor médica principalmente al ahorro de recursos contradice la naturaleza del acto médico.

Requisitos de materialización

La exigibilidad del derecho a la salud

Ya hemos aceptado la salud como derecho y hemos aceptado que los derechos humanos se le exigen al Estado. Entendemos que algunas acciones para garantizar la salud pueden darse en el marco de la solidaridad entre seres iguales y libres, pero ese no es el terreno de la salud como derecho, pues diferenciamos la esfera de la solidaridad de la esfera de los deberes del Estado, aunque algunas veces ambas confluyan en el objetivo. La salud está, de manera explícita e indiscutible, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, con un lugar específico propio y un reconocimiento jurídico suficiente para poder decir que no es una falacia hablar del derecho a la salud.

Aunque su ubicación en el ámbito de los llamados derechos sociales encuadra la salud dentro de aquellos derechos de "aplicación progresiva" según los recursos disponibles, de acuerdo con los principios de Limburgo⁶⁹, hay que tener claridad de que tales principios deben ser entendidos como metas a lograr y no como pretextos para aplazar realizaciones⁷⁰. Hay casos, sin embargo, en que la salud se alejaría de (o por lo menos confrontaría) la noción de aplicación progresiva: los de urgencias médicas, aquellos en que la vulneración guarda relación con condiciones directas y fundamentales para la dignidad humana y cuando el Estado elabora polí-

⁶⁹ Estos principios plantean que los Estados: a) actúen tan rápido como les sea posible (sin diferir indefinidamente los esfuerzos), b) den cumplimiento inmediato a, por lo menos, aquello que es de implementación inmediata (como la prohibición de la discriminación), y c) que los (pocos o muchos) recursos existentes no sean argumento para evadir responsabilidades mínimas básicas.

⁷⁰ Türk [1993, 365 y siguientes].

ticas que buscan garantizar, en principio, el derecho a la salud de las generaciones futuras sin dar respuesta a las necesidades de las generaciones presentes.

Pero no sólo se trata de que aparezca en los pactos, sino que dentro de la conciencia del sector salud, de los usuarios de los servicios y de los funcionarios del Estado (especialmente de la rama judicial) haya claridad y conciencia de las posibilidades de justiciabilidad del derecho a la salud. En la precisión de esa exigibilidad también hay discusiones. Para algunos autores, la salud sólo se puede exigir en el terreno de la protección pues, según ellos, sólo es materia del Estado la oferta de servicios, mientras las otras variables son más o menos 'naturales' y ajenas a la acción colectiva⁷¹. A nuestro juicio, los deberes del Estado trascienden las labores médico-hospitalarias. Para el Comité de DESC de las Naciones Unidas, en la interpretación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁷²,

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 [del Pacto]. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud⁷³.

Según Toebes, la expresión "protección de la salud" sería parcial, pues la protección, el respeto y el cumplimiento de un derecho humano se pueden analizar por separado y para cada uno de los derechos humanos. Hablar sólo de uno de estos ejes —protección— no incluiría a los otros dos y por tanto no explicaría plenamente el derecho en cuestión⁷⁴. Sin embargo, esta idea de derecho a la salud, como derecho a la pro-

⁷¹ Martínez y García [2000].

⁷² Este artículo empieza así: "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".

⁷³ Comité de DESC [2000, comentario 33].

⁷⁴ Toebes afirma que es más común la expresión "right to health" que "right to health care" y muestra las ventajas del usar la primera expresión. También presenta el esquema tripartita de deberes estatales: "to respect, to protect, and to fulfil", mediante la cual, entendiendo que los derechos para ser plenos deben ser atendidos en todos estos tres ejes y aclarando que se presentan así con fines discursivos, se insiste en los deberes estatales de evitar ciertas privaciones, de proteger ciertas libertades y de actuar de manera decidida frente a otras privaciones que requieren no solo la omisión del Estado sino la acción de éste. Véase Toebes [1999, 17-20 y 306-311].

tección de la salud, ha sido el punto de partida de muchos trabajos sobre la salud como derecho, especialmente en los Estados Unidos⁷⁵ y es el término que usa la Constitución española⁷⁶. En la Constitución colombiana se usa la expresión "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"⁷⁷.

Toda esta reflexión se acompaña de ciertas otras consideraciones relevantes:

el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos [sic]. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, [...], entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud⁷⁸.

En segundo lugar,

Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano [...] el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud⁷⁹.

Por último, "El Comité interpreta el derecho a la salud [...] como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud⁸⁰.

Un obstáculo sería la pretendida suficiente exigibilidad del derecho a la salud desde el ámbito de la economía o de la política. Consideramos que el derecho a la salud, en cuanto derecho, sólo puede ser respondido correctamente desde el derecho o dentro de su lógica. Este punto es central para entender por qué el abordaje del presente trabajo insiste en las normas y en el Estado social antes que en los recursos, la administración o el diseño de políticas públicas. Es cierto que el estudio de la prestación de servicios es posible teniendo como eje lo financiero (el debate de

⁷⁵ Véase una recopilación de trabajos en este sentido, en Bole III y Bondeson [1991]. Además, véase Martínez y García [2000].

⁷⁶ La Constitución española de 1978 proclama "el derecho a la protección de la salud" [artículo 43].

⁷⁷ Artículo 49, *Constitución Política de Colombia*. Sin embargo, esta formulación ha tenido críticas en el sentido de que reconoce el derecho al servicio pero no lo trasciende. Véase Franco, Ochoa y Hernández [1995].

⁷⁸ Comité de DESC [2000, comentario 8].

⁷⁹ Comité de DESC [2000, comentario 9].

⁸⁰ Comité de DESC [2000, comentario 11].

los recursos), la política pública (el diseño, las negociaciones, los grupos de poder), o la administración (la búsqueda de la eficacia). El derecho es una vía que, aunque no es ajena a debates de recursos o de procesos gerenciales, no es una vía más, sino la única para hablar de política (pública) dentro del Estado de derecho.

No es el propósito repetir aquí el debate sobre si la política es autorreferencial o si la política (en este caso la política pública) se debe al derecho. Tampoco creemos que el derecho, per se, resuelve --ni tiene por qué hacerlo-- todos los problemas de las personas, pues tiene un ámbito definido, lo que no significa una renuncia a la búsqueda de respuestas en lo jurídico. Umberto Eco decía que "para todo problema complejo, hay una solución simple: y no es la correcta". Cuando hablamos del derecho a la salud, lo hacemos desde el sistema de lo jurídico y puesto que éste no da todas las respuestas y que la economía también tiene cosas por decir, buscamos en la tensión entre el derecho y la economía otras de las necesarias respuestas, no para argumentar que la salud es sólo un asunto económico (eficacia), ni sólo una (ingenua) demanda jurídica (en la que se pidan todos los servicios para todos, casi deseando la inmortalidad), sino porque partimos de la convicción de que las funciones del Estado están sometidas a la Constitución y regidas por el derecho.

Aceptar el derecho implica reconocer la posibilidad de la exigibilidad ante aquellos en quien el Estado delegó la materialización de la norma. Por tanto, es legítimo reclamar a los trabajadores de la salud, a la empresa privada que presta servicios públicos y al Estado. El sesgo aquí es que en un modelo lineal pareciera que la exigibilidad social se dirige al Estado y la individual, al médico, sin que pudiera haber una exigencia al Estado de parte de la persona usuaria de servicios o del habitante de un territorio, en cuanto sujeto de derechos.

En el caso de la tortura y de la desaparición, aceptamos que solo los agentes del Estado son responsables de estos hechos; particulares son responsables de cometer lesiones personales y secuestro que son categorías diferentes. En el caso de las acciones de la comunidad y de las ONG en salud estamos frente a intervenciones desde la perspectiva de instancias particulares, lo que es válido como ejercicio de solidaridad social pero que no significa, en puridad, la garantía del derecho a la salud, precisamente por la naturaleza de derecho humano que le hemos reconocido a la salud. Preocupa la tendencia del Estado a desviar su responsabilidad en materia de salud hacia este tipo de acciones, cuando las presenta como avance en la garantía del derecho.

La relación entre el derecho y el servicio

La creación de mecanismos estatales para dar respuesta a las necesidades sociales es una de las bases del Estado social. El Estado social implica, entre otras cosas, aceptar la vinculación entre el derecho (la noción moral y jurídica que obliga al Estado) y el servicio. Aquí definimos servicio de salud más allá de la existencia de hospitales

y clínicas: entendemos como servicio el conjunto de recursos, instituciones, servicios y procedimientos que un Estado articula para los fines de salud, de manera que son, además, los servicios de procesamiento y distribución de agua, control de basuras, etcétera.

El problema es que el derecho a la salud tiene en muchos autores la connotación moral y no la jurídica ya mencionada y por tanto su invocación guarda relación con una agenda de lo ético y no de lo jurídico. La bioética y la ética médica ayudan al derecho a la salud, pero no lo contienen, no lo delimitan ni mucho menos lo reemplazan. Si el derecho humano a la salud fuera sólo la forma de medir la relación entre el médico y el paciente, la salud como derecho humano respondería por otros debates diferentes a los precios de los medicamentos, el acceso a los servicios de salud o la exigibilidad de la vacunación. No es en el debate entre el médico y el paciente que se encuentra la solución, sino en el debate con el Estado.

Creemos que el derecho a la salud es el conjunto de principios fundamentales que determinan la prestación del servicio; es decir, no es posible hablar del derecho como una cosa ética y del servicio como una cosa pragmática y renunciar a cualquier vínculo entre los dos. Pensemos en una similitud laxa: la relación entre el principio de justicia, el derecho a la justicia y la administración de un tribunal o de una cárcel y la relación entre los principios del derecho a la salud y la administración de los hospitales.

Otra vertiente, en este mismo punto, es la forma en que se entiende la política pública. Es común escuchar que el derecho a la salud encuentra un límite en los recursos públicos, que a su vez, muchos o pocos, dependen de las decisiones políticas en materia de salud, sin que sea mandatorio, sobre los recursos, la garantía del derecho a la salud⁸¹. Es el derecho la guía para el uso de los pocos o muchos recursos, no son los recursos el límite al derecho. El legislador tiene un límite claro en la elaboración de la norma: los derechos humanos (sea la norma que regula la salud, el servicio de inmigración o los colegios electorales), máxime si estos tienen también un claro reconocimiento en el orden interno.

Esto nos lleva al debate sobre el Estado social. Para algunos autores, el Estado social es la concreción del Estado de derecho en una fase más avanzada⁸². Para otros, en una ecuación que no compartimos, el Estado social es el Estado de bienestar o mejor llamado Estado "del ocio", con lo cual las consideraciones jurídicas que de él derivan no serían de la misma naturaleza que las clásicas libertades

⁸¹ Véase para este debate Chapman [1994] y Dougherty [1988].

⁸² García-Pelayo [1984 y 1995]; Rubio Ll. [1993 y 1997]; Díaz [1998; 1995]. Cfr. con las teorías que rechazan el Estado social, por ejemplo, en Hayek [1975]. Y, por último, como crítica a Hayek, el trabajo de Espada [1996].

defendidas⁸³. El Estado social aparece, en esta última noción, reducido a las relaciones clientelares Estado - persona, y por tanto los derechos sociales serían del ámbito de lo político y no de lo jurídico, de modo que la salud es una acción del Estado fruto de una ganancia política (en el caso, por ejemplo, del movimiento sindical) o, en el peor de los casos, una obra de caridad.

Relación del servicio de salud privado con los deberes del Estado

En cuanto la salud es un derecho humano, su garantía es responsabilidad del Estado. Así, los servicios públicos de salud son el instrumento por el cual el Estado garantiza un derecho al que voluntariamente se ha obligado al reconocerlo como tal.

En el caso de la oferta de servicios de salud por parte de la empresa privada estaríamos ante varias opciones. En primer lugar, la insistencia en que la salud como derecho humano sólo podría garantizarse a través de la oferta pública, pues los derechos humanos sólo serían garantizables desde la oferta de servicios de los Estados; esto nos llevaría a sustraer del debate del derecho a la salud los servicios prestados por particulares. Una segunda opción es la extensión, en igualdad de condiciones, de los deberes del Estado en materia de derechos humanos a los particulares, lo cual presenta inconsistencias con la misma exigibilidad de los derechos humanos al Estado.

Una tercera opción, y nuestra solución, es mirar el puesto de responsabilidad jurídica que el ordenamiento interno de un país ha determinado para la oferta de servicios de salud desde el mercado y si tal oferta está o no sujeta a una responsabilidad jurídica que pertenezca al ámbito de los derechos humanos. En el caso colombiano, en sentencia de la Corte Constitucional se estableció que la noción de "servicio público" no se refiere solo a los servicios prestados directamente por el Estado al definir servicio público como

toda actividad a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, a cargo de simples personas privadas.

Pero este servicio no es cualquier servicio sino aquel que cumple ciertos requisitos:

satisfacer necesidades colectivas o públicas, no personales o particulares; además, debe permitirse el acceso de toda la colectividad al servicio, sin privilegiar a alguno de sus miembros o a un sector de la misma; y final-

⁸³ Sobre el debate en torno al llamado Estado de Bienestar Cotarelo [1990a y b]; Rubio [1991]; Muñoz del Bustillo [1989]; de este último trabajo véase especialmente Mishira [páginas 55-79].

mente, tal actividad, independientemente de quién la realice, debe ser necesaria al desarrollo de la vida en comunidad, es decir que su carencia o interrupción genere perturbaciones en el orden requerido para el logro de uno de los fines propuestos por nuestra Carta en su preámbulo, como lo es la convivencia⁸⁴.

Con estas características, el ingreso del sector privado en la oferta de servicios de salud no es ajeno al derecho a la salud.

Luego, la misma sentencia desarrolla la relación entre el servicio, como satisfacción de una necesidad, y su relación con el Estado:

El ya mencionado concepto de Estado social de derecho, al cual hace referencia el artículo 1º de la Constitución Política, se encuentra desarrollado en diversos preceptos de la Carta; es así como en materia de servicios públicos, el artículo 365 establece que ellos 'son inherentes a la finalidad social del Estado'. A renglón seguido la misma norma vincula el poder soberano con la garantía de continuidad requerida para tales servicios, al establecer que 'es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional'. La norma superior dejó al legislador la facultad para señalar el régimen jurídico de los servicios públicos, autorizando su prestación a cargo de particulares y reservando al Estado su regulación, control y vigilancia [...] sujetándose éstos [los oferentes privados] a los controles especiales que contempla la normatividad en defensa de los intereses colectivos. Nos encontramos, entonces, ante la posibilidad de que los particulares puedan garantizar la prestación del servicio público, lo cual implica la concesión de ciertas prerrogativas, con obligaciones que corresponde cumplir al particular y que al mismo le tiempo impone a la administración el deber de inspeccionar tales actividades⁸⁵.

En términos generales, aceptamos que las empresas privadas también están sujetas al derecho, no son instituciones ajurídicas y no podrían ser antijurídicas, sino que se deben también a unos principios de convivencia social. Empresas como el comercio de esclavos en África, las maquilas en Centroamérica, la producción de armas han tenido debates éticos y jurídicos; lo mismo es posible con las empresas de salud, al aceptar que el límite a la actividad empresarial es la dignidad humana. Esto no niega el mercado, ni la propiedad privada, ni la plusvalía, tan solo establece un límite a la empresa⁸⁶.

⁸⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-443, 6 de julio de 1992. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-443.

⁸⁶ Algunos elementos de ese extenso debate aparecen en VV.AA [2000]; especialmente Hubbard y Guiraud [2000, 123-138].

La postura que defiende la ausencia de vínculos entre la empresa y los derechos humanos tuvo una gran derrota en la campaña por los medicamentos para el VIH/sida en África. Incluso, en la defensa de la empresa, uno de los principales argumentos fue tomado, paradójicamente, de los mismos derechos humanos: el derecho a la propiedad intelectual que se materializa en las patentes, con lo cual el debate intenta presentarse como un "conflicto de derechos humanos". Si aceptáramos tal conflicto, haríamos énfasis ante todo en la integralidad de los derechos humanos y, en principio, la prevalencia del derecho a la vida sobre otros derechos.

La consecuencia directa de esa protección de las patentes implica la prohibición del acceso a los medicamentos a mucha de la población infectada por VIH; no estamos ante un debate sencillo ni de consecuencias superfluas: cada 5 minutos una persona muere de sida en el mundo. La lógica de la industria farmacológica ha sido siempre la rentabilidad y las invocaciones al derecho son meramente instrumentales. Baste decir que entre 1975 y 1997 se lanzaron al mercado 1.223 medicamentos, de los cuales sólo 11 eran para el tratamiento de las llamadas enfermedades tropicales⁸⁷. Lo que está en el fondo no es un choque de derechos sino una defensa de las industrias farmacéuticas, una defensa en la que no se duda el uso de los mismos derechos humanos⁸⁸.

La campaña por el acceso barato de medicamentos a los infectados con VIH no descarta el negocio, ni las ganancias de las transnacionales farmacéuticas, ni la libertad de mercado, ni la propiedad intelectual: simplemente considera que el negocio tiene un límite en los derechos humanos. En estos tiempos parece que a cada paso que se habla de derechos humanos se debe subrayar que no hablamos sólo de la propiedad intelectual y de la libertad de mercado y del derecho de poseer sino, ante todo, de la dignidad humana.

Lo exigible de la técnica en salud

Para Laín Entralgo, cuatro han sido los medios de "ayudar médicamente" al enfermo: a) el espontáneo, b) el empírico, c) el mágico y d) el técnico⁸⁹. Afirma Laín que,

Solo en la Grecia del siglo V, en efecto, serán por vez primera cumplidas, al menos incipientemente, las tres exigencias en cuya virtud es verdaderamente científico de una cosa y verdaderamente técnico el gobierno de

⁸⁷ Cifras presentadas por el presidente colombiano Andrés Pastrana en el XV Congreso Internacional de Medicina Tropical y Malaria, Cartagena, 2000, véase la cita en *Salud Colombia*, núm. 51 [Bogotá, sep. - oct. 2000].

⁸⁸ Para este debate, véanse los documentos de la campaña "Patentes, ¿a qué precio?", realizada por Intermon-Oxfam [2001].

⁸⁹ Laín [1978, 2].

ella: 1ª. La exigencia sistemática; los saberes acerca de la cosa en cuestión deben hallarse ordenados conforme a principios ciertos y racionales. 2ª. La exigencia metódica; esos saberes han de ser obtenidos mediante un método que garantice su verdad y permita su incremento. 3ª. La exigencia teórica; esa que pide de nosotros una respuesta más o menos satisfactoria a la pregunta por "lo que es" —por lo que en sí misma es— la cosa estudiada⁹⁰.

En palabras de Weber, no existen poderes ocultos imprevisibles que estén interviniendo sino que en principio se pueden dominar todas las cosas mediante el cálculo. Esto significa, sin embargo, la desmagificación del mundo. Ya no hay que acudir a medios mágicos para dominar o aplacar a los espíritus⁹¹.

La investigación sobre las causas de las enfermedades, el descubrimiento de antibióticos y de las bases bioquímicas de la enfermedad mental, el estudio de problemas inmunitarios y los avances de la genética generan no sólo nuevos debates éticos sino también desmagifican la enfermedad.

El derecho a la salud incluye acciones negativas o de abstención del Estado, como en el caso de la tortura, y acciones positivas como las medidas de prevención en salud. Ese hacer estatal estaría integrado en lo que hemos llamado el servicio de salud en sentido amplio, no solo la red de hospitales sino también, por ejemplo, la recolección de basuras.

El núcleo de ese servicio es el ofrecimiento de una serie de técnicas que mantengan o recuperen la salud de las personas. Y no reducimos tampoco la técnica en salud a lo 'médico', sino que incluimos otras técnicas para evaluar y controlar, por ejemplo, la contaminación ambiental por parte de las fábricas, los problemas de salud de los trabajadores ante riesgos específicos, las técnicas en salud mental, la calidad de los medicamentos y el suministro de agua potable. No todas las técnicas están en el hospital, ni todas son manipuladas por un médico, pero no por eso son menos determinantes en el estado de salud, ni menos ajenas a las políticas que desarrolle un Estado.

La técnica constituye parte importante de la exigibilidad al Estado, sin desconocer las acciones negativas y la integralidad del servicio. Hablamos de integralidad del servicio refiriéndonos, además de los aspectos técnicos, a los aspectos administrativos, políticos y financieros, aspectos éstos que deberían estar al servicio de la técnica, es decir, encaminados a fortalecer la eficacia de esta.

La técnica debe ser reconocida como un medio y no como un fin. Y la labor del personal de salud y la relación entre éste y el paciente obedecen a un fin que es

⁹⁰ Laín [1978, 67].

⁹¹ Weber [1992, 67].

la preservación y/o restitución de la salud de las personas, fenómenos éstos que deben ser medibles para poder ser exigibles al Estado.

Ahora, aceptar la técnica no implica de ninguna manera asumir que sea infalible. El desarrollo de la medicina en los últimos 30 años ha despejado más dudas que toda la medicina anterior, pero las preguntas también han crecido, se han complejizado, sin que todas las preguntas previas (ni las recientes) tuvieran respuestas del todo satisfactorias. Muchas cosas que en el pasado eran inexplicables, cada día son más claras, inclusive alteraciones mentales y problemas genéticos. Pero algunas respuestas no han sido construidas desde la ciencia sino usándola como pretexto y es allí donde cobran el máximo sentido las críticas de Cooper, Basaglia y Foucault, entre otros, contra tal ejercicio de la medicina. Para Foucault, el saber médico está mediado por ejercicios de poder y por una construcción de verdades, estando éstas más por fuera de la realidad que apoyada en la evidencia; Foucault critica también la interpretación de las evidencias que termina generando categorías inadecuadas.

Habría que mirar —que no es materia de este trabajo— hasta qué punto las críticas a la medicina del siglo diecinueve son reproducibles mecánicamente a la medicina de los últimos 30 años. No se debe condenar a la oncología por la quema de brujas, ni levantar frente al poder médico el poder del charlatán en salud, ni renunciar a los antibióticos para abrazar las esencias florales por el inconformismo frente a las casas farmacológicas.

Entre esas dos 'medicinas' (la actual y la del siglo diecinueve) se ha producido un cambio sustancial y no un mero maquillaje —sin que haya obrado el cambio de nombre que sí hubo de la alquimia a la química—, a pesar de que sobrevivan algunos vicios. Pero advierte Laín Entralgo sobre "la habitual tendencia de los hombres de ciencia a confundir 'lo actualmente en vigor' con 'lo definitivamente válido'"⁹². Es decir, aceptar la ciencia no debe implicar la renuncia a la mirada crítica.

¿Cuáles cosas, en materia de la técnica en salud, serían objeto especial del juez constitucional? Pues es un riesgo creer que toda acción puede ser llamada salud y que todo uso de la técnica relacionada con la salud es un acto cobijado como derecho fundamental. Las cirugías reconstructivas que no obedecen, por ejemplo, a razones de reconstrucción facial en pacientes quemados sino a asuntos estéticos, en el más superficial sentido de la palabra, ¿son un asunto de salud? Y más aún, ¿son un asunto "fundamental" de salud y por tanto susceptible de ser incluido en la noción de derecho fundamental?

¿Cuál sería, entonces, el más conveniente límite para la exigencia de la técnica? Para definirlo, se requieren tres elementos: a) que reconozcamos la salud como derecho fundamental, b) que sea un asunto de salud según la definición que se

⁹²

Laín [1978, XXX].

adopte para el bien jurídico, c) que la técnica a exigir exista y sea potencialmente útil en tal caso, y d) que la exigencia se base, en principio, en la aplicación de la técnica como medio y no en la garantía de la salud como resultado.

Es posible la intervención del juez en la regulación del uso de las técnicas de la salud y es posible (también aunque no siempre) la exigencia de ciertos resultados. No se necesita ser médico para evaluar ciertos medios y hasta ciertos resultados, y además el juez puede ayudarse de peritos que den cuenta de las valoraciones del caso. Pero, también hay que reconocer que entraña el riesgo de dar a lo jurídico el gobierno y la vigilancia estricta de cada acto médico o de exigir resultados y no medios.

Este riesgo puede llevar a que: a) se derive, como ha sucedido en los Estados Unidos, en una práctica médica "defensiva"⁹³ y b) generar la exigencia de imposibles a la ciencia, a la técnica y al personal de salud, con lo cual volveríamos a empezar, pues es la ciencia la que debería jalonar, con su desarrollo, el carro de lo posible a ser exigido por las normas.

Ahora, es necesario diferenciar entre la técnica y quien la usa: el personal de salud. Desde épocas llamadas primitivas el médico ha tenido un reconocimiento especial, casi religioso. En Egipto antiguo, los médicos estaban bajo la protección directa de ciertos dioses⁹⁴, para Hipócrates: "las cosas sagradas no se revelan más que a los hombres sagrados, está prohibido contarlo a los profanos puesto que ellos no han sido iniciados en los secretos de la ciencia"⁹⁵ y para Galeno, "hay que conseguir la admiración del enfermo y de los circunstantes"⁹⁶.

Las técnicas no han sido ajenas a tal discurso: las mesas de parto eran verticales en sus orígenes favorecían el trabajo de parto al apoyarse en la gravedad y evitar, entre otras cosas, los desgarros de tejidos blandos en el periné de la madre. Pero tal aparato tenía un grave problema: no era cómoda para el médico. Hoy por hoy las mesas son horizontales, los costes se elevan al tener que practicar la episiotomía y su posterior reparación, pero el médico está más cómodo.

⁹³ Expresión de uso común para designar las prácticas médicas exageradamente costosas en las que priman los análisis y las pruebas de laboratorio de alta complejidad sobre el análisis clínico, para evitar cometer errores diagnósticos susceptibles de ser objeto de acción legal por parte del paciente. En esa lógica, la relación médico-paciente se vuelve relación potencial demandado / potencial demandante y los costos de la asistencia sanitaria se disparan a niveles incomprensibles, como sucede en los Estados Unidos. Según la revista *Time* (mayo 28 de 1979), el gasto en salud subió 429 por ciento, entre 1965 hasta 1979.

⁹⁴ Laín [1978,18].

⁹⁵ Citado por Marti [1999, 13].

⁹⁶ Laín [1978, 119].

En esos sentidos, el halo sagrado de lo médico y el uso arbitrario de la técnica se centran las críticas más fuertes a "lo médico", lo que sumado a la incapacidad de responder a todo --y la pretensión de poder hacerlo-- produce la crisis del universo de lo médico. Esta crisis se agrava en nuestros tiempos con la privatización de servicios de salud en muchas partes del mundo que convierte al médico de profesional liberal a empleado: un objeto en una larga cadena de productos farmacéuticos, transnacionales de la salud, centros de investigación biomédica, entre otros.

La técnica en salud se presenta exigible cuando ya la salud no es del ámbito de la relación privada profesional - cliente, en el ejercicio de las profesiones liberales o de la caridad, cada vez está más incrustada en los derechos de las personas, en los proyectos de las sociedades y en los deberes de los Estados, lógica dentro de la que la persona usuaria de servicios de salud necesita unas normas jurídicas de relación con tal servicio y que estas normas.

La existencia de una técnica en salud, sea para prevenir la enfermedad o para tratarla, la convicción moral de garantizar el acceso a esa técnica, y la voluntad política del Estado de garantizar tal acceso son las bases que han permitido la formulación del derecho a la salud. Pero una vez formulado, las dificultades de la técnica y los criterios políticos no hacen irreversible ese proceso de formulación del derecho.

Las prácticas en salud pueden verse, por sus efectos, en tres grupos: las eficaces, las inocuas y las dañinas. Las eficaces (o más o menos eficaces) son las exigidas por el derecho. Aquí caben las técnicas científicas que hemos reconocido como válidas y las prácticas tradicionales que han demostrado una real utilidad terapéutica, como es el caso de la acupuntura en la anestesiología o en el manejo del dolor crónico.

Las prácticas inocuas pueden ser justificadas en su efecto placebo o en el valor cultural que contienen, siendo en este caso más materia de los llamados derechos culturales que del derecho a la salud. No se trata de desconocer los derechos culturales ni de desconocer la integralidad aquí ya defendida de los derechos humanos, sino de hacer una precisión insalvable en la delimitación del derecho a la salud.

Y las prácticas dañinas serían abiertamente contrarias al derecho a la salud. Así, prácticas dañinas en salud, ya se presenten bajo el nombre de la ciencia o de la cultura, serían igualmente rechazadas desde la lógica de que la salud es un derecho que además representa un límite para el ejercicio de otros derechos y de ciertas actividades. Estas prácticas no solo están excluidas de la noción del derecho a la salud sino que, como parte de éste, el Estado debe prohibirlas.

Esas técnicas eficaces pueden ser de prevención, de curación o de rehabilitación; en todos los casos se pide usar de manera oportuna la técnica más adecuada y de manera oportuna en un contexto que respete la dignidad y autonomía de las personas. De esta manera, el contenido del derecho crece con las posibilidades de la técnica.

Sobre el deber de estar sano

La tentación de responder a la exigencia del derecho a la salud con el deber de la salud. En los últimos años ha tomado fuerza la noción de los hábitos o estilos de vida saludables, desde una posición tendiente a responsabilizar a las personas por su estado de salud. La intervención del Estado en la salud de las personas puede verse en un abanico de posibilidades cuyos extremos son: por un lado, el Estado podría prohibir el consumo de sustancias (tanto ilegales como legales) que atenten contra la salud: grasas saturadas después de cierta edad para evitar los infartos, carnes en pacientes con gota, todo tipo de dulces en pacientes diabéticos o con historia de diabetes en su familia. Por otro lado, pensar que el Estado no tiene responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de salud de una población o en los aspectos y factores desencadenantes de enfermedad sino únicamente como regulador de su reparación; es decir en la prestación inmediata y temporal de servicios para que el individuo recupere cierto grado de autonomía y regrese del hospital a la sociedad.

Esto preocupa en dos sentidos: a) la negación de la multicausalidad de las enfermedades, y b) el riesgo de plantear la creación de deberes jurídicos para con uno mismo. Con respecto a lo primero, precisemos que las causas de las enfermedades y los hábitos de vida no dependen enteramente de las personas como individuos, no son un asunto de buena voluntad. Parafraseando a Marx, podemos decir que si tengo vocación para ser saludable, pero no tengo dinero para ello (para comprar comida saludable, tener actividades saludables, tener un entorno saludable y disfrutar de un reposo saludable) mi vocación no puede ser efectiva, real, verdadera⁹⁷. Si de aceptar la categoría de estilos de vida se trata, preferiríamos hablar de "estilos de vida dignos" tal como lo entiende Rawls⁹⁸.

Por ejemplo, se insiste mucho —y con razón— en el consumo de cigarrillo y su asociación con cáncer de pulmón, en la falta de actividad física y la hipertensión, en el consumo de alcohol y la cirrosis, en la obesidad y los infartos. Pero, ¿se insiste con igual vehemencia, en el impacto de la nutrición en la resistencia a las infecciones? Más aún, ¿se muestra la relación entre los bajos salarios y el déficit en el consumo de proteínas?⁹⁹ Pero más en detalle, las investigaciones han mostrado que no todos los que beben desarrollan cirrosis, ni todos los que tienen factores de riesgo presentan finalmente infartos y que muchos pacientes llegan al servicio ausentes de "factores de riesgo" con lo cual exigir al paciente tal o cual conducta, en

⁹⁷ Marx dice: "si tengo *vocación* para estudiar, pero no dinero para ello, no tengo ninguna *vocación* (esto es, *ninguna vocación efectiva, verdadera*). Véase Marx [1974, 180].

⁹⁸ Rawls [1996, 221].

⁹⁹ En este sentido, hay un trabajo realizado en Venezuela sobre el impacto de la regresión económica en el nivel de nutrición de la población más pobre. Maingon [1995, 29-61].

puridad, no lo aleja de la enfermedad. ¿Puede entonces supeditarse un servicio a una condición previa que no es del todo determinante?

En relación con la creación de deberes para con uno mismo, citemos a la Corte Constitucional colombiana:

¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo? Cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1. Expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2. Se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aun en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3. Toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar [...]. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado"¹⁰⁰.

Al contrario de esta opinión, están las prácticas y los credos de la empresa privada. Las experiencias de administración hospitalaria basada en las leyes del mercado no han significado, como esta demostrado, el aumento de la eficiencia y de la eficacia sino, principalmente, la implantación mecánica de las leyes de la producción a los hospitales.

Aplicar la lógica del mercado a los hospitales genera dinámicas propias del mercado y no mejora las propias de los servicios de salud. En palabras de Prebisch, "no hay que pedir al mercado lo que el mercado no puede dar"¹⁰¹. Y al mercado le resulta útil la noción del deber de la salud, una noción en que la persona, más que responsable, es culpable de su enfermedad y debe pagar por su culpa; esta noción se asemeja a la noción cristiana de la enfermedad como castigo en la cual el pecador no tiene derechos sino, a lo sumo, caridad.

Síntesis sobre los requerimientos

Los requerimientos presentados están enmarcados dentro de la lógica de la modernidad: el Estado social de derecho, los derechos humanos, las ciencias en salud. Esta

¹⁰⁰ Corte Constitucional: Sentencia: C-221, mayo 5 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰¹ Prebisch [1984, 33].

lógica no es compartida en su totalidad por otras corrientes de pensamiento por variadas razones. Tanto el neoliberalismo, el marxismo, como la posmodernidad presentan reparos a tales requerimientos.

La caracterización que hacemos de la salud trasciende el derecho a la vida y por ende los servicios de urgencias hospitalarias, trasciende la noción de derecho a la protección de la salud para hablar del derecho a la salud, y supera la idea del servicio de salud (en el sentido restringido del término, del "health care") para situarse en una exigencia a diferentes niveles del Estado. Pero esa amplitud reconoce un límite, la salud como tal, acorde con una definición que adoptamos y que presentaremos a continuación. Esa delimitación permite la exigibilidad al Estado, la limitación del poder médico, contribuye a desmedicalizar las sociedades y aumenta la libertad y responsabilidad de las personas.

La salud es pues, un bien jurídico que, como muchos otros, no sólo vela por su propio ámbito sino que convoca a otros y es convocado por otros para su realización plena, es a la vez derecho y materia del derecho y su titular es la persona. La inclusión de salud en diferentes pactos hace que se rompa por completo la noción de que la salud es uno de los derechos económicos y sociales (descontando la distinción ya por sí difícil y peligrosa entre estos últimos y los derechos civiles y políticos.

Es la salud un valor individual para el cual las salidas pueden o no ser colectivas, pero su titular no es la sociedad sino el individuo. Incluso, la oposición que manejan algunos autores entre salud colectiva (es decir, servicios para una mayoría de personas) versus salud individual, no tiene cabida en el derecho internacional de los derechos humanos. Y por último, la salud aparece claramente, tanto por omisión como por acción como un deber estatal. No se trata de negar que existen condiciones cotidianas del servicio de salud que pueden lesionar valores fundamentales (en la relación entre el médico y el paciente, por ejemplo) sino de subrayar que, como se ve en el día a día de los hospitales, muchas (aunque no todas) de las vulneraciones cotidianas de valores en el servicio de salud tienen una base en la organización del servicio, la cual depende, por acción o por omisión, del Estado.

La reivindicación de la salud como un bien jurídico es una tarea más difícil de lo pensado a priori, porque requiere una definición de salud con utilidad jurídica, un marco jurídico claro en el cual pueda darse tal definición, una justificación de la ubicación de tal definición en la escala de normas y, en el ámbito de los derechos humanos, una explicación válida de por qué colocar la salud junto a otros bienes que consideramos fundamentales. Además, es imposible construir tales requisitos si antes no se destruyen mitos y prejuicios que impiden asentar en tierra firme cualquier espacio jurídico para la salud.

UNA DEFINICIÓN DE SALUD JURÍDICAMENTE FUNCIONAL

Una definición de salud como bien jurídico debe llenar por lo menos tres requisitos: a) que sea moralmente aceptable (socialmente consensuada) y por tanto no sólo obedecería a una pura formalidad académica y conceptual sino que además trataría de responder a necesidades humanas concretas; b) que sea real o potencialmente garantizable desde los servicios de salud (o desde el manejo de variables por fuera de tales servicios), por tanto se definiría en términos de formas racionales de intervención para el mantenimiento o reposición de la salud, c) que sea jurídicamente exigible, por tanto pueda encajar dentro de la lógica jurídica que nos obliga a definir el bien jurídico protegido de tal manera que sea ese, y no otro, su objeto de protección.

Definimos el bien jurídico salud como una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable (en cuanto socialmente consensuada), que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica, y, en cuanto tal, exigible jurídicamente.

La definición que presentamos recoge estos tres criterios por cuanto, de partida, consideramos que: a) la discusión sobre la salud y la enfermedad, los servicios de su ámbito y las políticas que los determinan son un problema también ético y, aunque no hay consenso, hay en el debate algunas cosas que se pueden distinguir como correctas o incorrectas; b) lo esperable, en términos de salud, debe tener un margen de posibilidad y/o de probabilidad para ser razonablemente esperado; c) la responsabilidad por la atención de algunos elementos deben ser de responsabilidad compartida entre quienes sufren enfermedades y sus seres cercanos, por la sociedad y sus representantes; es decir, la salud es también fruto de un proyecto de la sociedad que ella debe reconocer como tal.

Una coletilla a la definición: es prudente y operativo diferenciar las causas de las enfermedades de las enfermedades mismas (por ejemplo, agua contaminada y gastroenteritis), los elementos relacionales de las consecuencias (por ejemplo, pobreza y enfermedad) y los fines últimos de los medios para garantizarlos (por ejemplo, bienestar y salud). Por tanto, mal podríamos aceptar una definición en la que salud es todo sin caer en un mar de dudas y en un imposible jurídico. En la disección de la definición presentada se puede demostrar que ésta incluye las partes necesarias y suficientes para dar paso al debate sobre su exigibilidad en el terreno de lo jurídico.

ELEMENTOS DEL DERECHO A LA SALUD

Para adentrarnos en la definición de los elementos del derecho, presentaremos primero unas consideraciones para el debate, segundo, los elementos esenciales que contiene el derecho, y, por último, elementos para el debate sobre indicadores.

Primero, la definición de los elementos del derecho a la salud pasa por varias precisiones: a) el concepto de salud desde el que se trabaja, b) el desarrollo tecnológico del que se dispone (el universo de lo exigible, que se amplía día a día), c) la disposición de información, d) la validez y la suficiencia de tal información, y e) la lógica con que se procesa y se actúa sobre la base de tal información. En relación con el desarrollo tecnológico, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a "gozar del beneficio del progreso científico y de sus aplicaciones" [artículo 15], lo que implica beneficiarse de avances científicos y tecnológicos tales como medicamentos y demás técnicas terapéuticas¹⁰². Esto, para nuestro caso, se observa en: a) la definición de salud como todo o salud como servicios hospitalarios, b) las limitaciones de disponibilidad de recursos, c) las dificultades de acceso a la información.

La definición de la salud como derecho y la delimitación de medios, recursos y decisiones depende de la información disponible. Esto empieza en la inclusión o la exclusión de ciertas variables y en la formulación amplia o restrictiva de ciertas definiciones; discusiones estas cuyo elemento previo es la información que se incluye, se excluye o de la que se dispone; en últimas, de la información que se considera válida.

Para Luhmann, el quehacer social no es la interacción de personas, sino la resultante de las comunicaciones, las informaciones, entre personas¹⁰³ y esta información define, por ejemplo, el tipo de indicadores. Amartya Sen centra sus reflexiones en este problema de la formulación de indicadores con los cuales se sustentan políticas y proyectos sociales¹⁰⁴. Incluso, la administración que materializa tales políticas, se define en su comunicación con la política y con el público¹⁰⁵. Rawls considera que hay determinados criterios que permiten seleccionar informaciones en relevantes o irrelevantes para el razonamiento político, y es tal razonamiento el que permite pasar de los hechos a las razones¹⁰⁶. Estos tres autores, aunque tienen debates entre sí, muestran algunos momentos de posible ruptura en la fabricación de razones a partir de determinada información: a) la necesidad de contar con una determinada información para razonar, b) los sesgos existentes relacionados con la disposición de la información (información incluida y excluida), c) los sesgos que contiene la información misma (datos relevantes e irrelevantes), y d) el paso de los hechos a las razones (el proceso de construcción de razones).

¹⁰² Existe también la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384, de 10 de noviembre de 1975.

¹⁰³ Luhmann [1997, 41-45].

¹⁰⁴ Véase especialmente Sen [1989, 2000].

¹⁰⁵ Luhmann [1997, 66].

¹⁰⁶ Rawls [1996, 153-157].

En este sentido, la formulación de la noción del 'núcleo básico'¹⁰⁷ de un derecho fundamental implica un proceso complejo. Usamos aquí, en este apartado, la expresión "núcleo básico" para referirnos a los elementos esenciales que constituyen la esencia de un derecho. El derecho a la salud es el más 'inacabado' de los derechos, en el sentido en que sus posibilidades dependen de una técnica que no termina de crecer y de perfeccionarse, y por tanto de aumentar en el abanico de su exigibilidad.

No concretar este núcleo por su complejidad es dejar indefinida la exigencia concreta al Estado sobre ese mínimo de servicios irrenunciables para cada persona, pero definirlo de manera restrictiva o hacerlo desde el afán de la viabilidad financiera puede dar como resultado final, paradójicamente, una renuncia a servicios, con lo que se vulneraría precisamente la protección deseada. Creemos, que tal núcleo, fuere lo que fuere, sólo puede ser definido sobre la base del Estado social de derecho, sobre la vigencia de ciertos principios y desde unas premisas necesarias para la construcción de un modelo de justicia.

Además de la información que usualmente brinda la epidemiología y le evidencia médica, algunos proponen para exigir a los Estados en materia del derecho a la salud, el uso de reglas ya establecidas relacionadas con la calidad del agua, los productos farmacéuticos o el control alimentario, por ejemplo.

Necesitamos unos criterios que permitan decidir sobre la prevención de la enfermedad, el tratamiento y su rehabilitación. Con esos criterios y dentro de ellos con unos imprescindibles, aceptaríamos unas condiciones mínimas de salud cuyo valor sería no negociable y que constituirían un mínimo básico para todos los seres humanos. Al reconocer la existencia del núcleo fundamental, aceptaríamos su inviolabilidad, y colocaríamos su materialización en el ámbito de lo exigible.

La delimitación del núcleo contribuye a precisar con qué tipo de servicio, de técnica y de profesionales debe contar una sociedad y hasta bajo qué principios y fines, para preservar y/o recuperar aquello llamado salud. La exigibilidad jurídica de eso que hemos llamado no negociable depende de definir previamente la información necesaria y relevante y, luego, las prioridades, principios y fines de un sistema de salud, los alcances y competencias directas, para que no lesione aquello fundamental para la persona.

Pero hay situaciones límites en las que cabe preguntarse, ¿qué fin persigue tal derecho o tal servicio? A lo que respondemos: la recuperación de la salud o su preservación. Así, el fin perseguido aunque puede no alcanzarse no por eso es

107

Existe otro uso ya citado de la noción de núcleo básico de los derechos humanos para referirse a cuáles serían los derechos fundamentales, en oposición a unos derechos que, entonces, no serían fundamentales.

menos perseguible (como en el caso de pacientes terminales). Pero, ¿cuál sería el momento o los criterios para dejar de perseguir ese fin y aceptar el curso natural de la enfermedad o hasta la muerte misma? ¿Cuándo se deben limitar los esfuerzos médicos solo a la mejora de ciertos síntomas siendo el fin del servicio el acompañamiento en la muerte? La discusión ética es muy extensa y en honor a su complejidad, no lo abordaremos en el presente trabajo.

Segundo, en relación con los elementos esenciales del núcleo básico, precisemos sus alcances. Para el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas¹⁰⁸, "el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte":

- Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas.
- Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) no discriminación; ii) accesibilidad física; iii) accesibilidad económica (accesibilidad); iv) acceso a la información.
- Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.
- Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Conscientes de las limitaciones reales de recursos que afectan la realización plena del ejercicio del derecho a la salud, se plantean unas Obligaciones Básicas para los Estados Parte en el Pacto Internacional de DESC: "los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud". Entre esas obligaciones básicas figuran las siguientes:

- Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.
- Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.

108

Véase Comité de DESC [2000].

- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población¹⁰⁹.

Tercero, con respecto a los indicadores en salud. Existen aproximaciones a formas de evaluar, de procesar la información. Según Ana Barrios, "el objetivo final de un indicador de medición en el área de los derechos humanos debe ser el de evaluar la responsabilidad estatal en términos objetivos". Además, debería medir la voluntad política de un Estado o el incumplimiento del principio de no discriminación, por ejemplo. En el caso del derecho a la salud, indicadores básicos podrían ser¹¹⁰:

- Indicadores de supervivencia, es decir de 'tiempo de vida': tasas de mortalidad general¹¹¹, mortalidad materna, mortalidad materno-infantil, Esperanza de Vida al Nacer, Años de Vida Potencialmente Perdidos (AVPP). Pero estas cifras deben necesariamente ir discriminadas en otras variables que den cuenta de elementos económicos y sociales que determinan el derecho a la salud: mortalidad infantil de personas en condiciones de pobreza, por ejemplo, niveles de desnutrición en el área rural o en áreas con índices altos de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), cobertura discriminada por género o por grupos étnicos; etcétera.
- Indicadores de deterioro o de discapacidad: tasas por enfermedad, condiciones de riesgo, tasas de enfermedad mental, acceso al agua potable, tasa de desnutrición, acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, cobertura de los programas de inmunización, estadísticas e informaciones sobre accidentalidad, etcétera.
- Indicadores de la oferta de servicios de salud: consulta requerida versus consulta brindada por estrato social, accesibilidad, número de camas instaladas, número de médicos por habitante, erradicación de factores infecciosos, tasas de inmunización, suministro de medicamentos, etcétera.

¹⁰⁹ Comité de DESC [2000, comentario 43].

¹¹⁰ Adaptado en parte de Barrios [1999].

¹¹¹ Se considera que, dentro de los indicadores existentes y usuales, y teniendo en cuenta el subregistro de discapacidades en los países pobres, la mortalidad "es el indicador de salud más fidedigno para señalar los cambios más trascendentes y sus cambios a través del tiempo", pero por supuesto su dato aislado no refleja cabalmente el nivel de salud de una comunidad. INS [1993, 13].

- Indicadores de gestión: corrupción en los servicios de salud, uso o no de recursos, despilfarro, evasión, etcétera.
- Indicadores del cumplimiento de los deberes del Estado: tendencia del gasto público en salud, desarrollo legislativo del derecho a la salud, mecanismos de reclamación y defensa del derecho a la salud, tendencia de la cobertura, eficiencia de los mecanismos de control, etcétera.

Se repite, pues, el esquema de prioridades planteado en el que el derecho está por encima del servicio e incluso define su naturaleza, el servicio obedece a una definición operativa del derecho y busca su materialización de acuerdo con criterios y condiciones plasmadas en indicadores de salud. Pero, ¿son los indicadores que usamos habitualmente los más convenientes para estos propósitos?

Los indicadores no dejan de presentar problemas que van desde su formulación hasta su aplicación. Los debates se mueven entre las posibilidades reales de medir y/o de recoger la información y las posturas ideológicas que hay detrás de su formulación. Por ejemplo, los indicadores de satisfacción del paciente son altamente subjetivos y no están siempre acompañados de otros indicadores que permitan contextualizar esa satisfacción¹¹². Así mismo, una selección adversa de pacientes¹¹³ podría dar mejores resultados en los indicadores de morbimortalidad sin que haya una mejoría real del servicio por parte del hospital. Un número mayor de enfermeras por paciente puede significar tanto exceso de personal en una institución como mayores facilidades en la atención. Y así ocurre también con otros indicadores.

¹¹² Evaluaciones sobre calidad de servicios de salud basadas exclusivamente en la sensación subjetiva del beneficiario arrojan datos sesgados por el tipo de instalaciones hoteleras del hospital o la actitud del personal (que son importantes pero no esenciales) pero poco dicen de la calidad misma del acto médico, de elementos como la selección adecuada de un tratamiento.

¹¹³ Se entiende como *selección adversa* al conjunto de dinámicas desarrolladas, en nuestro caso, por las instituciones del sistema de salud, con el fin de evitar la selección de potenciales afiliados que por su condición representarían un mayor gasto en salud. Aquí como condición cabría la edad (se calcula que el 50% de los gastos en salud de una persona se producen en los últimos 5 años de vida), el sexo (las mujeres en edad fértil), las condiciones de pobreza (éstas hacen más difícil la recuperación y además representan factores determinantes para la enfermedad como bajo acceso a agua potable, etcétera) Esta conducta ya era preocupante en Colombia y es una de las prácticas que debía evitar el CNSSS, de acuerdo con el artículo 172 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 24, decreto 1152 de 1999. Para Castaño, el concepto de selección adversa "fue introducido equivocadamente en la legislación para referirse a la selección que hace al EPS entre las personas de bajo riesgo; esto se conoce como selección de riesgos, mientras que la selección adversa es la que hace el afiliado cuando sabe que sus riesgos le generarían costos mayores que el costo de la prima" Véase: Feldstein [1993].

En todo caso, debe establecerse un núcleo básico de oferta de servicios de salud para cada persona, garantizado por el Estado dentro del cumplimiento del Pacto de DESC, por cuanto "cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado Parte [del Pacto] violó sus obligaciones"¹¹⁴.

El debate central no se encuentra primordialmente en la relación puntual médico - paciente: se ubica en la esperada coherencia entre las normas en que se plasman las políticas públicas de salud y los derechos de las personas que ella afecta, es decir, en la coherencia entre las leyes de salud y los derechos humanos.

¹¹⁴

Comité del Pacto de DESC, citado por Frederick [1994, 54].

Antecedentes y contexto de la salud en Colombia

2

La definición del modelo de salud está influenciada por dinámicas tanto regionales como nacionales. En el plano regional han sido significativas la formulación y la consolidación de sistemas en salud, que comparten entre sí muchas características y condicionamientos.

En el plano nacional, examinaremos la historia del sistema de salud de Colombia, el lugar otorgado a la salud en el marco jurídico antes de la Constitución de 1991 y las condiciones de salud de la población en el momento de formulación del nuevo modelo. De especial relevancia es la enunciación de la salud en la Constitución de 1991 y las diferentes interpretaciones que ha tenido la salud como derecho, por parte de la Corte Constitucional, entre 1992 y 2002.

CONTEXTO REGIONAL DE LA SALUD

La historia de los servicios de salud en América Latina registra fases más o menos comunes en todos sus países: a) una fase en la que los servicios de salud dependían marcadamente de los servicios religiosos y de sus nociones de la enfermedad (la Orden de los Hermanos San Juan de Dios fue fundadora y administradora de muchos hospitales en la región). b) Luego vino el desarrollo de servicios para los trabajadores, como parte de su derecho al trabajo. En esta fase los servicios eran regulados por oficinas estatales de salud que dependían del Ministerio de Trabajo. c) Más tarde surgieron los ministerios de salud (derivados del desarrollo de las oficinas anteriormente nombradas). d) Llegó el auge de la salud pública. e) Se formaron los sistemas nacionales de salud, presididos por los ministerios de salud. f) A esto siguió el debi-

litamiento de los sistemas de salud y el fracaso (aparente y/o real) de los institutos de seguridad social. g) Luego llegó el auge de nuevos modelos de administración y formación en gerencia en salud a nivel de postgrado. h) Por último, comenzó la búsqueda de respuestas con mecanismos mixtos y/o plurales de prestación de servicios y con mecanismos privados.

En la última fase, la búsqueda de soluciones a la crisis de los servicios de salud se presenta como la fusión de dos dinámicas: a) el debilitamiento de los Servicios Nacionales de Salud y su imposibilidad para dar respuestas adecuadas a las demandas en salud de las poblaciones, especialmente las poblaciones rurales y/o pobres y b) La crisis de la deuda externa que, junto con las medidas posteriores de estabilización macroeconómica y ajuste estructural en lo económico y modernización del aparato estatal en lo político, generó una disminución de los recursos para el sector salud. Esto se sumó a problemas del modelo de servicios de salud existente y todo ello precipitó la búsqueda de nuevas formas de organización y de financiación de los servicios de salud¹.

A finales del siglo diecinueve y comienzos del siglo veinte, la atención en salud se cumplió a través de tres formas: a) un sector público basado en la caridad o en la beneficencia. Según Ugalde, entre más pobres son los países más es la proporción de personas cubiertas por este tipo de sistema, que es en promedio entre el 60% y el 80% de la población²; b) un sector privado. Este sector depende de las cotizaciones de personas a servicios de salud de acuerdo a términos de contrato de compra de servicios, y c) los institutos de seguridad social que tienen su marco de origen en la consolidación relativa del movimiento sindical desde la primera mitad del siglo veinte y los regímenes de corte populista que buscaban legitimarse y ganar apoyo abriendo el abanico de derechos de los trabajadores. Entre ellos, el de la seguridad social en salud³.

Entre 1950 y 1980, América Latina optó por el modelo de desarrollo conocido como Industrialización por Sustitución de Importaciones (en adelante, ISI). Ese modelo se apoyó en optimistas cifras de crecimiento⁴; pero el agravamiento de factores internos (maneables hasta ese momento) y factores externos mostró en

¹ Sobre Brasil, Cuba, Nicaragua y Chile, véase Tamburi [1986, 87-97]. Para los casos de Ecuador, Honduras y Colombia, véase Ugalde [1986, 136-176]. Véanse además Sañz [1987], Méndez [1984], Cepal [1994] y Franco R. [1995].

² Ugalde [1986, 136-176].

³ Con relación al Ecuador, Ugalde sostiene que "la orientación del seguro social ecuatoriano es eminentemente economicista, es decir que su objetivo principal es mantener una fuerza laboral sana para obtener de ella el máximo rendimiento del recurso humano" [Ugalde 1986, 147]. Para el caso ecuatoriano véanse páginas 145 a 156.

⁴ Sañz [1987, 30].

años posteriores las dificultades del modelo ISI. El encarecimiento del petróleo en los años 70⁵ se acompañó de presiones inflacionarias, crecimiento de los niveles de desempleo, acentuación del proteccionismo estatal⁶, caída en las exportaciones⁷ y pérdida de la capacidad competitiva de un número creciente de industrias⁸, reducción de los mercados agrícolas para los productos latinoamericanos⁹ y aumento de los intereses de la deuda externa.

El endeudamiento externo afectó a todos los países latinoamericanos independientemente del tipo de su régimen político o del tipo de estrategia económica¹⁰. Los créditos de libre disposición se destinaron en muchos casos a importar bienes de consumo prescindibles, a financiar la fuga de capitales y a gastos militares¹¹. La deuda externa total en América Latina y el Caribe pasó de 333,5 mil millones de dólares en 1982, a 442,3 en 1990¹² y en algunos países el peso de la deuda en relación con su PIB rodeaba el 100%¹³.

La banca internacional se ha beneficiado de tal endeudamiento. Entre 1971 y 1976, los 50 primeros bancos del mundo aumentaron en un 60% sus redes filiales¹⁴. América Latina se abrió a otros mercados, mientras las economías de los países centrales no se abrieron a los de la periferia¹⁵. El endeudamiento desordenado no es otra cosa que una consecuencia de esa pérdida de control del sistema económico¹⁶. Cuatro eran los caminos posibles en 1980: a) apertura al mercado internacional con intervención estatal, b) apertura sin intervención, c) protección con intervención y d) protección sin intervención¹⁷. De estos posibles modelos, se excluían las opciones proteccionistas y se debatía el tipo de apertura a realizar. Los diferentes países ya recibían, en los 70, presiones para liberalizar su mercado y realizar ajustes en su balanza de pagos a partir de la reducción del gasto público. Esto implicaba una inclinación a favor de una apertura sin intervención del Estado.

⁵ Véase Furtado [1984, 111-141].

⁶ Méndez [1984, 7].

⁷ Marini [1984, 39 y 43].

⁸ Sunkel y Tomassini [1984, 66] y Furtado [1984, 117].

⁹ Sunkel y Tomassini [1984, 73].

¹⁰ Comentario de Celso Furtado, citado por Méndez [1984, 14].

¹¹ French-Davis y Devlin [1993, 7].

¹² Del Río [1998].

¹³ Furtado [1984, 136].

¹⁴ Saíenz [1987, 52-53].

¹⁵ Prebisch [1984, 19-34].

¹⁶ Furtado [1984, 137-141].

¹⁷ Sunkel y Tomassini [1984, 87].

En la región,

la doctrina de la seguridad social encontró también una respuesta espontánea y positiva como una meta muy deseable y digna [...] La seguridad social parecía ser una nueva filosofía basada en el derecho positivo capaz de originar una sociedad más humana y justa. En consecuencia se convirtió en una etiqueta que podía atribuirse en la práctica sin oposición a varios tipos de programas de prestaciones socialmente orientados, de manera independiente de la intención o de la capacidad de los promotores responsables de llevar esos planes a su conclusión lógica y final¹⁸.

El Estado, interventor en la economía y creciente en funciones, se hipertrofió para dar cuenta de los gastos de la industrialización (por el bajo ahorro interno) y de sus propios gastos, lo que favoreció la corrupción y el clientelismo. El afán industrializador, el consumo de bienes suntuarios y los elevados gastos estatales condujeron al endeudamiento externo, ante la insuficiencia de recursos financieros, del ahorro interno y de medios de pago de la tecnología necesaria.

El Estado interventor de los años 70 también benefició algunos servicios, entre ellos, el de salud. Aunque no tanto como se necesitaba, se reconoce un incremento en la cobertura de personas y en el tipo de servicios brindados¹⁹. Según la OPS, a finales de 1970, aproximadamente 174 millones de personas adquirieron servicios de salud por medio de los sistemas de seguridad social²⁰. Este dato requiere matices: el sesgo urbano de la seguridad social²¹ y el hecho de que la salud era un privilegio para los sectores sindicalizados²². En los países donde se desarrollaron medidas económicas liberales (Chile, Argentina y Uruguay) fueron las excepciones de la región y allí la cobertura de la seguridad social disminuyó acompañada de una reducción de los mercados de trabajo formal²³.

La burocracia en la administración de los servicios de salud y el despilfarro de recursos eran responsabilidad del modelo económico ISI implementado y de los planes y programas en salud durante los años 1950-80. Esto tenía explicación, solo en parte, en un modelo de salud 'asistencialista', en el que el Estado subsidiaba parte de la atención²⁴. Este énfasis en la atención implicaba desdén por la atención prima-

18 Tamburi [1986, 79-80].

19 OIT [1966].

20 Tamburi [1986, 81].

21 Ugalde [1986, 142-145].

22 Musgrove [1986, 238-241].

23 Isuani [1986, 113]; sobre este debate, véanse páginas 118-119.

24 A comienzos de la década del 80, el Ministerio de Salud de Colombia, gastaba una quinta parte en Atención Primaria en Salud y más de tres quintas partes en hospitales [Comentario de Dieter Zschock al texto de Ugalde 1986, 177].

ria, la prevención y la promoción; elevados gastos en infraestructura, que terminaban altamente subutilizados²⁵; formación de personal en aspectos casi exclusivamente curativos, sobrevaloración de las terapéuticas farmacológicas, prácticas todas éstas que encarecen los servicios de salud para las personas y para los Estados.

En los años 70, la respuesta a la crisis se centró en la formulación de Sistemas Nacionales de Salud, con problemas de integración entre los servicios de salud que dependían del Ministerio y los que dependían de los sistemas de seguridad social en salud²⁶. De acuerdo con Mesa-Lago, en relación con el financiamiento y la organización del sistema de salud, se presentan las tres posibles vías de salida: a) un modelo estatista y centralizado (Cuba), b) la privatización (Chile) y c) una salida mixta (Costa Rica). En el primer caso, el Estado perfecto borra el mercado. En el segundo, el mercado perfecto prescinde del Estado y en el tercer caso, se busca un equilibrio entre los dos extremos²⁷.

En Cuba, la idea que guió la reforma fue reemplazar el mercado por un plan centralizado. En ese país, todos los servicios sociales son gratuitos; el Estado es, prácticamente, el único empleador y quien determina los salarios.²⁸ La cobertura es universal y no existe la brecha entre población rural y urbana. Pero tal logró no hubiera sido posible, en parte, sin el elevado subsidio recibido de la Unión Soviética. Según Mesa-Lago, "en los dos últimos decenios [la Unión Soviética] ha concedido a Cuba el doble de lo que otorgaron los Estados Unidos a toda la América Latina durante la Alianza para el Progreso"²⁹. Así, Cuba logró las cifras de salud más altas de la región, algunas de las cuales se mantienen y son paradigmáticas.

En Chile, en 1973, se optó por un modelo a favor del mercado, facilitado por la eliminación de grupos de presión con el golpe militar. Al contrario de Cuba, la idea fue reemplazar el plan estatal en su totalidad por las fuerzas del mercado³⁰. A principios de los años 80 se inició el proceso de privatización de la atención médica mediante la creación de entidades con ánimo de lucro llamadas Institutos de Salud Previsional, Isapre, en las que los servicios de salud quedaron dependiendo de la capacidad de pago de las personas. Estas instituciones se erigieron con el paso del

²⁵ Véanse en Ugalde [1986, 136-176]. ejemplos de los casos ecuatoriano, hondureño y colombiano en los que se construyeron hospitales y centros de salud sin planeación de su futuro financiero, sin reparar en su dotación y mantenimiento e incluso sin garantizar equipos.

²⁶ Ugalde [1986, 138-142, 149 y 174] e Isuani [1986, 113]; en general sobre este debate, véase Mesa-Lago 1986, 124-125].

²⁷ Mesa-Lago [1986, 368-427].

²⁸ Véase para el caso cubano Mesa-Lago [1986, 372-384].

²⁹ Mesa-Lago [1986, 377].

³⁰ Para el caso chileno, véase Mesa-Lago [1986, 384-396].

tiempo como oligopolios. El Estado mantuvo los servicios públicos de salud con niveles de asistencia mínima para la población pobre y organizó servicios privados para sectores altos y medios. Así, el Estado transfirió la administración de los servicios y el manejo de sus recursos al sector privado y renunció deliberadamente a sus funciones³¹. Con la llegada de la democracia, el Estado debió intervenir nuevamente para recuperar la red de hospitales públicos³².

El modelo costarricense apoya la economía mixta pero con una importante intervención estatal, en una combinación entre el plan (paradigma cubano) y el mercado (paradigma chileno)³³. La contribución del Estado al PIB pasó de 13% al 23% (1957-1978) y el empleo público de 6% a 18% (1950- 1981)³⁴. En 1961, una enmienda constitucional ordenó la cobertura integral que, si bien no es tal en los años siguientes, si registraba en 1980 una cobertura de tres cuartas partes por el seguro social y el resto por programas públicos de asistencia en salud. Esta meta se logró no solo por el desarrollo del sistema de salud sino por la alta intervención del Estado en la regulación del mercado laboral. En la década del 70, los hospitales del Ministerio se transfirieron a la seguridad social que se encargó de todas las labores de atención en salud, y el Ministerio quedó con las labores de atención primaria en salud y de prevención de la enfermedad, medidas que permiten una mayor coordinación y evita la duplicación de esfuerzos. Los gastos en salud se duplicaron en relación con el PIB entre 1960 y 1979, por la inflación, el aumento de la cobertura y el crecimiento del área administrativa³⁵.

A comienzos de los años 80, ya se veían varias tendencias de la seguridad social en la región: a) diversificación gradual de la atención en salud, de un modelo de entrega directa, a un modelo de compra de servicios tanto al sector público como al privado. b) La búsqueda de complementariedad entre los múltiples subsistemas de atención en salud. c) Una reorientación hacia la atención primaria³⁶. Luego vino el deterioro del gasto social durante los años 80 y, aunque se observó recuperación en los años 90, a comienzos de esa década no había alcanzado el nivel previo a la

³¹ Mesa-Lago [1986, 392-393].

³² Entre la extensa bibliografía disponible sobre el caso chileno, véase Minsalud de Chile [1999a y b, 2000]. Otros trabajos relevantes sobre salud son Bertelsen [1989, 187-205], Castañeda [1989, 3-27], Raczynski [1994, 28-35], Sojo [1996a, 129-145 y 1996b]; sobre la economía chilena durante la dictadura, véanse Arrizabalo [1995] y Valdés [1995].

³³ Para el caso costarricense véase Mesa-Lago [1986, 396-406].

³⁴ Mesa-Lago [1986, 397].

³⁵ Entre 1960 y 1981, el personal del seguro social aumentó 15 veces, mientras la población asegurada aumentó solo 9 veces [Mesa-Lago 1986, 405].

³⁶ Tamburi [1986, 76-107].

crisis³⁷. Si bien el deterioro comprometió a todos los rubros del gasto social³⁸, este fenómeno no fue repartido por igual, de modo que hubo rubros más afectados que otros: más en el caso de educación y vivienda y menos en salud y seguridad social. Estos recortes afectaron más la calidad que la cobertura de los servicios³⁹.

Si bien las poblaciones protegidas con los sistemas de los Institutos de Seguro Social tenían un mínimo de servicios, muchas personas que no gozaban de derechos laborales o vivían en zonas rurales, no tenía acceso a los servicios. Incluso, servicios elementales como los materno-infantiles y de pediatría dejaban por fuera a buena parte de la población y los reportes de mortalidad seguían incluyendo enfermedades prevenibles.

Un modelo doble, seguridad social en salud y servicios ministeriales de salud, es el común denominador en la región (salvo en el caso cubano); las principales fuentes de financiación son los aportes del Estado y las cotizaciones por parte de trabajadores y de empresarios al sistema de salud —sistema tripartita de aportes— (excepto en el caso chileno). Esto explica cómo cambios importantes en política salarial y de empleo, significan un cambio en la recaudación de recursos.

El desempleo creció en un promedio de 6% a 8,3% (1980-1984), con caída de salarios y aumento del empleo informal⁴⁰. "Tanto en 1950 como en 1980, uno de cada tres trabajadores urbanos latinoamericanos se encontraba en el mercado informal"⁴¹. Con esto, es claro que los recursos decayeron por menor número de cotizantes y menor valor real de sus cotizaciones:

Si reparamos en la población rural, su dispersión geográfica y la baja infraestructura rural de salud instalada, se observa un aumento de costos por persona debido a dificultades de transporte y de acceso a áreas rurales; además, lo rural representa el mayor porcentaje de población en condiciones de pobreza, con lo cual estaríamos ante un universo de personas más demandantes de servicios, pero con menor oferta⁴².

HISTORIA DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN COLOMBIA

En la estructura presentada por el Estudio Sectorial de Salud⁴³ podemos ver varias fases de la salud en Colombia: un período higienista (1886-1947), un período de

³⁷ Cepal [1994, 8].

³⁸ Para precisar el debate sobre qué se incluye y qué no en la noción de gasto social, véase Cepal [1994, 119 y siguientes].

³⁹ Cepal [1994, 43].

⁴⁰ García [1987, 81-85].

⁴¹ Isuani [1986, 115].

⁴² En 1980, había 62,9 millones de pobres en el área urbana y 73 en el área rural; para 1990 había 120,8 millones en el área urbana y 76,4 millones en el área rural [Cepal 1997, I, 20].

⁴³ Minsalud y DNP [1990a].

importación de la salud pública (1948-1957), un período en que la salud se asocia fuertemente al desarrollo (1958-1974), y un período de desarrollo de nuevos modelos de atención, tanto en lo local como en lo nacional con la consolidación de un sistema nacional de salud (1976-1988). Este desarrollo se enmarca en el proceso presentado para toda Latinoamérica.

Es necesario precisar que cada uno de los períodos dependió, en buena medida, de la noción de salud que se tenía en cada momento, de si ésta dependía del comportamiento de las personas y/o del entorno, del papel de la salud como elemento para el desarrollo, etcétera. Podríamos mencionar un último período: 1991-2002, en el que se presenta una tensión precisamente entre la noción de salud desde el mercado y la noción de salud desde el derecho.

En el primer período, el higienista, la enfermedad se consideraba como el producto de condiciones ambientales y por tanto la solución estaba en tomar medidas higiénicas. Para tal fin se empieza con la creación de la Junta Central de Higiene (1886) y se termina con la del Ministerio de Higiene (1946). Entre estos dos eventos se intenta consolidar una organización sanitaria del nivel nacional. La salud en este período no aparece como derecho y ni siquiera como noción autónoma en sí, sino asociada al trabajo, la educación o al comportamiento.

Fruto de esta lógica, las diferentes oficinas que se crean para su regulación dependen de otras instancias o ministerios según la idea de salud predominante. Por ejemplo, el Consejo Superior de Sanidad (1913) y la Junta Central de Higiene (1914) dependieron del Ministerio de Gobierno; la Dirección Nacional de Higiene (1918) dependió del Ministerio de Instrucción Pública hasta 1920, cuando se trasladó al Ministerio de Agricultura y Comercio. En 1923 regresó al Ministerio de Instrucción, que desde 1925 se llamó de Instrucción y Salubridad Pública, pues la salud era básicamente un problema de educación. Por ley se creó luego el Departamento Nacional de Higiene y Asistencia Pública (1931), institución que finalmente se convirtió en Departamento Administrativo del Ministerio de Gobierno (1934) y sólo hasta 1946 se creó el Ministerio de Salud (con el nombre de Ministerio de Higiene)⁴⁴. En ese mismo año, y fruto de luchas sociales del movimiento obrero durante los años 30, el desarrollo del derecho laboral en el país, las ideas marxistas y la doctrina social de la iglesia, se creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS, posteriormente ISS)⁴⁵. Durante este período, el desarrollo de la salud en Colombia estuvo fuertemente influida por los Estados Unidos, especialmente a través de la Oficina Sanitaria Panamericana, el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública (SCISP) y de la Fundación Rockefeller⁴⁶.

⁴⁴ Sobre detalles de modelo higienista [1886-1947], véase Minsalud y DNP [1990a, 24-37].

⁴⁵ Morales [1960, 13-14], citado en Minsalud y DNP [1990a, 34].

⁴⁶ Sobre detalles de la influencia de Estados Unidos en el diseño y manejo de las políti-

El segundo período se conoce como de la salud pública importada (1948-1957). En este tiempo, el SCISP "se convierte definitivamente en el orientador técnico del Ministerio"⁴⁷. Una concepción de salud pública agrega al comportamiento de las personas (del higienismo), la prevención de las enfermedades a través del control del medio ambiente, la organización de servicios para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo del individuo. Durante este período se consolidó la educación médica con la formación de nuevas facultades de medicina, la unificación de criterios sobre educación médica y la formación de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, Ascofame (1962)⁴⁸.

En el tercer período (1958-1974) el concepto de salud e asoció con el desarrollo y sus servicios se enfocaron a favorecerlo. Aquí el fin último no era el bienestar de la persona, pues éste llegaría como consecuencia lógica de un desarrollo adecuado⁴⁹. A esto se suma el reconocimiento de algunos derechos sociales dentro de una estrategia de contención del avance de las ideas marxistas en la región. Estados Unidos, con su estrategia Alianza para el Progreso, influyó de nuevo en el diseño de políticas públicas. El modelo de análisis consistía en identificar en cuál fase de desarrollo estaba el país: si era una sociedad tradicional, si tenía condiciones previas para el despegue, si estaba en el despegue, si vivía el impulso hacia la madurez y la edad de alto consumo masivo⁵⁰. La reunión y la Carta de Punta del Este (Uruguay) recomiendan a los países de la región la formulación de planes de desarrollo social y económico. La Cepal y el BID cumplieron el papel de financiadores y de asesores. La reunión regional de ministros de salud (1963), acorde con la formulación de un Plan Decenal de Salud de las Américas (resolución A2 en la Carta de Punta del Este), afirmó:

Una población sana y activa es fundamental para el progreso social. La salud es, por tanto, componente esencial del desarrollo y del nivel de vida. Los fondos que se erogan para el cuidado de la salud son una inversión, una fuente de productividad y no un gasto. Su rendimiento puede medirse

cas sanitarias en Colombia durante la primera mitad del siglo veinte, véase Minsalud y DNP [1990a, 27-31 y 33-34].

⁴⁷ Minsalud y DNP [1990a, 38 y siguientes]. El SCISP "montó en el Ministerio de Salud Pública una estructura vertical, dirigida y administrada con técnicos norteamericanos con la colaboración de colombianos que se iban formando para este fin y llegó a constituir un Ministerio rico y ágil y de orientación extranjera dentro de otro pobre, con una estructura incipiente", lo cual afectó cualquier proyecto de atención igualitaria desde los servicios de salud. Véase Restrepo y Villa [1980, 85].

⁴⁸ Sobre los detalles de ese segundo período, véase Minsalud y DNP [1990a, 38-45].

⁴⁹ Sobre este período véase Minsalud y DNP [1990a, 46-71].

⁵⁰ Rostow [1962]. Sobre el impacto de la Alianza para el Progreso en las políticas de salud de Colombia, véase Minsalud y DNP [1990a, 47-54].

en una mejor capacidad de los miembros de la sociedad para crear, producir, invertir y consumir⁵¹.

Durante los años 60, el país mejoró casi todos los índices de calidad de vida, aumentó la esperanza de vida, disminuyó la mortalidad infantil y aumentó el gasto *per cápita* en educación y en salud. En general, se puede afirmar que hubo mejoras en el período 1950-1980 en la mayoría de indicadores sociales⁵².

También hubo las primeras voces planteando que la salud como derecho de las personas debía ser el eje que determinara las políticas sanitarias, pero esta postura y el gasto elevado en salud tuvo críticas especialmente en el sector económico de los gobiernos, porque la salud significaba, a su juicio, un gasto excesivo. Un impacto de las presiones de los economistas se vio en la reorientación de los programas para el control de la malaria, que luego de esto obedecieron más a la necesidad de recuperar tierras para la producción que a salvar vidas humanas⁵³.

Así las cosas, el Estado prioriza dos líneas de acción: ampliar las coberturas a bajos costos (mediante el desarrollo de voluntarios de la comunidad y de promotores de salud) y el control de la administración de la asistencia en salud por parte del Estado (mediante el perfeccionamiento de sistemas nacionales de salud). Esta última medida encaja con las respuestas desarrolladas en la región para contestar al impacto de la crisis de la deuda externa en el sector salud. La administración de la salud, con un óptica asistencialista, llevó al gobierno a la formulación de un programa para la construcción y dotación de hospitales y centros de salud, conocido como el Plan Nacional Hospitalario⁵⁴. Con respecto a la formulación de sistemas nacionales de salud, estos hacen parte de las recomendaciones de la Tercera Reunión Especial de Ministros de Salud de las Américas.

Un cuarto período fue el del desarrollo local y los nuevos modelos de atención en salud en el contexto del Sistema Nacional de Salud (1976-1988). En este

⁵¹ OPS y OMS [1964, 93-94].

⁵² La mortalidad general descendió de 26 x 1.000 [1950-55] hasta 5,2 x 1.000 [1986]; la mortalidad infantil descendió de 135 x 1.000 [1950-55] hasta 45 x 1.000 [1985-90]. En los años 70, los menores de 15 años concentraban más de 50% de las muertes y fueron sólo el 15% para finales de los años 80. La Esperanza de Vida al Nacer aumentó en el mismo período de 50 años a 65 años. La tasa de fecundidad pasó de 7,3 hijos/mujer en 1960-1961 a 3 en 1985. La mortalidad materna disminuyó de 3 a 1 x 1.000 nacidos vivos. Véase Rostow [1962].

⁵³ Minsalud y DNP [1990a]. Sobre el mejoramiento de indicadores, véase página 53; sobre la salud como derecho y el caso de la malaria, véase página 55.

⁵⁴ Fue ordenada la elaboración de este plan por la ley 12 de 1963 y reglamentado por el decreto 1499 de 1966. Otro plan con esa mismo nombre fue formulado por la ley 38 de 1969, para el trienio 1970-1972.

período se expresan, ya en el nivel nacional, las variables del plano regional: la deuda externa, el tamaño del Estado, el intervencionismo, los primeros ensayos promercado, la ineficiencia de las empresas estatales y la búsqueda de una respuesta desde la (más adecuada) estructura organizativa del sector⁵⁵. Los gobiernos de este período desarrollaron sus políticas de salud dentro de los planes de desarrollo, existiendo más o menos un consenso sobre las metas (aumento de la cobertura, disminución de las diferencias entre las áreas urbanas y rurales, disminución de las tasas de morbilidad, utilización máxima de la estructura hospitalaria, articulación de los diferentes servicios y formación adecuada del recurso humano) pero grandes debates sobre los medios para lograrlas, con “un desfase significativo entre tales planes y la realidad de su ejecución”⁵⁶.

En el ámbito internacional, la OMS hace el llamado a garantizar servicios de salud básicos a toda la población a finales del siglo veinte con la campaña Salud para Todos en el año 2000 (en 1975) y luego se diseña la estrategia de Atención Primaria en Salud –APS— adoptada por los países de la región (en 1978)⁵⁷. El problema es que, primero, la definición misma de APS está llena de figuras abiertas e imprecisas con sus correspondientes problemas operativos⁵⁸ y, segundo, cada uno de los países la entendió a su manera, con lo cual quedó vacía de contenido. Para el caso colombiano la definición adoptada no hablaba de “asistencia sanitaria al alcance de todos” (como en Alma-Ata) sino de “realización de acciones simples” para ampliar la cobertura, “satisfacer necesidades elementales” y “prestación de servicios mínimos”⁵⁹. Con ello, la reforma de 1993 parte de una realidad de varios sistemas desarticulados: a) el subsector privado para las personas con capacidad de pago, b) el subsector oficial, para los trabajadores con empleo formal a través de sistemas de

⁵⁵ Para este período, véase Minsalud y DNP [1990a, 72-86].

⁵⁶ Minsalud y DNP [1990a, 76].

⁵⁷ Conferencia Mundial sobre Atención Primaria en Salud, realizada en Alma-Ata [URSS] en septiembre de 1978. Fruto de esa conferencia es la *Declaración de Alma-Ata*, cuyos principios han permeado el debate sobre atención en salud, especialmente para comunidades pobres.

⁵⁸ “Se entiende por Atención Primaria de Salud, la asistencia sanitaria al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad, por medios que le sean aceptables, con su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar” [Organización Mundial de la salud, Alma-Ata, 1978].

⁵⁹ La definición adoptada por el Ministerio para APS fue: “Estrategia que permite ampliar la cobertura servicios de salud tanto a las personas como al medio ambiente, mediante la realización de acciones simples que tiendan a satisfacer las necesidades elementales de la comunidad en relación con la promoción de la salud, prevención de las enfermedades más frecuentes y prestación de servicios mínimos de recuperación y rehabilitación” [Minsalud 1982, Tomo 1, 32].

seguridad social, y el sector público y/o de beneficencia para el resto de la población. Para este último grupo de habitantes existen programas con poco presupuesto e importancia a través de la Atención Primaria en Salud.

EL DERECHO A LA SALUD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución de 1886, que rigió en Colombia hasta 1991, no contenía referencias a la salud en ningún sentido, menos aún como derecho. Sin embargo, las reformas constitucionales ocurridas a lo largo del siglo veinte sí le reconocieron un lugar en el orden constitucional, aunque sin configurarla como derecho: simplemente apareció una voluntad de legislar en materia de salud. Algunas personas consideran que tales cláusulas generales que sustentan la legislación sanitaria⁶⁰ fueron los antecedentes del derecho a la salud en Colombia.

Según Alberto Vasco, a pesar de que existió la Constitución de 1886, sólo se puede hablar de un cuerpo constitucional luego de la reforma de 1936⁶¹. En 1936, entre otros muchos cambios, varió la vieja fórmula de que la función del Estado es proteger a las personas "en su vida honra y bienes" (artículo 19, Constitución de 1886) por una novedosa figura: "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (artículo 16, reforma constitucional de 1936).

La reforma constitucional de 1936 incorpora, en el artículo 19 el criterio de asistencia pública:

La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.

Este artículo constitucional indica tres elementos útiles para nuestro análisis: a) el Estado subsidia sólo en los casos en que la persona "carece de medios". b) La salud es, ante todo, exigible a terceros antes que al Estado. c) Esto concuerda, según Copete, con el artículo 17 de la misma reforma constitucional, que plantea el trabajo como un deber del cual deriva el derecho a ciertos servicios de salud⁶².

En 1963, el legislador precisa:

La asistencia pública como función del Estado consiste en la ayuda que éste debe prestar para procurar el bienestar individual, familiar y colecti-

⁶⁰ Pero esas mismas cláusulas, precisamente por ser tan generales, pudieron dar lugar a otra interpretación y por tanto no sería del todo acertado decir que en ellas estaba el germen de la salud como derecho. Véase Copete [1989, 155 y 158].

⁶¹ Minsalud y DNP [1990a, 31].

⁶² Copete [1989, 156].

vo, mediante la prevención de la enfermedad, la promoción y recuperación de la salud de quienes careciendo de medios de subsistencia y derecho para exigirlos de otras personas, estén incapacitadas para trabajar⁶³.

Esta norma fue suficiente para guiar la formulación jurídica del Sistema Nacional de Salud, en 1975⁶⁴.

Salvo disposiciones generales, el derecho a la salud antes de 1991 se reduce a su desarrollo legal, especialmente en el Código Sanitario Nacional de 1979 (ley 9 de 1979) y posteriormente en la ley 10 de 1990. La primera de estas leyes y otras disposiciones dispersas en diferentes normativas constituyen una red que apunta, más o menos, al desarrollo de una legislación sanitaria, al tocar temas tales como la protección del medio ambiente, la salud ocupacional y el manejo de alimentos. Otros códigos relevantes son: el de Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente (1974) y el Estatuto Nacional de Estupefacientes (1974). De igual manera, hay regulaciones para los servicios de salud de los trabajadores afiliados al Instituto de los Seguros Sociales y otros empleados afiliados a algún sistema particular o propio de seguridad social (por ejemplo, en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas o los trabajadores de empresas petroleras).

La estructura del sector salud se llamó de muchas maneras antes de los años 70 y luego tomó el nombre de Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, no representa una unidad, pues hay varias instituciones autónomas o dependientes de otras estructuras diferentes al Ministerio de Salud⁶⁵.

El desarrollo legal del sector también muestra altibajos que son propios de los cambios en el modelo económico, la lógica predominante en el tratamiento de la salud y la dinámica de los grupos de presión. El desarrollo del sistema en Colombia tuvo una extensa base jurídica⁶⁶, pero, como reconoce el Estudio Nacional Sectorial,

⁶³ Artículo 1, del decreto extraordinario número 3.224 de 1963.

⁶⁴ La definición legal del SNS dice que éste es “el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades [que tuvieran] como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación” [artículo 1, decreto 056 de enero 15 de 1975].

⁶⁵ Dentro de los organismos adscritos al Ministerio de Salud aparecen el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Cancerología, el Instituto Nacional de Fomento Municipal ([ejecutor de las políticas en el plano local de acueducto, alcantarillado, mataderos, plazas de mercado y aseo público] y el Instituto Nacional de Salud, dedicado a la investigación. Los servicios de medicina legal (forense) dependen del Ministerio de Justicia. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, depende del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, igual que el Instituto de los Seguros Sociales, ISS.

⁶⁶ Ley 9 de 1973, la cual reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Sistema Nacional de Salud y el Ministerio de Salud Pública; los

todas las disposiciones ocurren al final del período de gobierno, de tal forma que, al comenzar el siguiente año, se producen transformaciones a la legislación de manera que ya no es tan evidente la intención intervencionista y centralista de la primera versión. No es tan explícita la presencia (la integración) de los subsectores dentro del Sistema y las funciones de dirección y control del Ministerio pasan a ser más del tipo vigilancia y control⁶⁷.

Otros aspectos relacionados con la salud, como el medio ambiente, no tenían un texto específico en la Constitución de 1886 y la protección de la familia se limitaba al derecho a tener familia⁶⁸.

La llamada legislación sanitaria no resuelve, hasta ahora, dos problemas centrales: ¿qué entiende por salud el legislador y más aún, el constituyente? ¿Eso que ellos entienden por salud puede considerarse un derecho? Frente a lo primero, se observan figuras abiertas o cambios acordes con las corrientes de pensamiento en salud que dan nombre a las etapas de la salud en Colombia. Con ello se adoptan finalmente fórmulas carentes de contenido o de límites jurídicos⁶⁹. Con respecto al segundo problema, la salud aparece, con ciertos matices, como un deber del Estado, pero, en rigor, no como un derecho humano y menos aún, fundamental.

Podemos aquí repetir, sin equivocarnos, las observaciones de Muñoz al modelo de salud que tuvo España antes de la Constitución de 1978:

el ordenamiento jurídico sanitario de la etapa preconstitucional estaba integrado por normas en las que había primado, sin excepción, más la preocupación por la corrección técnico-sanitaria de la intervención que

decretos-ley 621 de 1974, 654 de 1974, 655 de 1974, 702 de 1974 (por el cual se establece el subsistema nacional de información) y el 704 de 1974 (por el cual se establece el subsistema nacional de suministros).

⁶⁷ Sobre esta afirmación véase la tensión en el texto mismo de estas normas, en el que parece reducirse la idea de Sistema Nacional de Salud al sector público y se deja por fuera, contrario a la tendencia inicial, al sector privado. Estas dos tendencias, transformación legislativa y desprendimiento de la salud privada del control estatal, se repiten, a nuestro juicio, en la década de los años noventa. Véase Minsalud y DNP [1990a, 70-71].

⁶⁸ "Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y consiguientes derechos y deberes. Asimismo, podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable" [artículo 50, Constitución de 1886]. Comparar con "El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia [...]" [artículo 42, Constitución de 1991].

⁶⁹ La más socorrida es la clásica definición de la OMS: "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"[OMS 1991, 23].

por la adecuación de las técnicas jurídicas elegidas a las exigencias del Estado de Derecho⁷⁰.

Un avance importante y el espacio de encuentro entre la vieja organización de salud y la ley 100 de 1993 fue la ley 10 de 1990⁷¹, “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud”. En el debate parlamentario del entonces proyecto de la futura ley 10, se expuso que

Toda vez que la salud concierne a las condiciones esenciales de la vida misma de los asociados, no puede restringirse su prestación a la asistencia pública o a la atención exclusiva del menesteroso, sino que más allá de esto, constituye el derecho más elemental y la premisa básica de la existencia de toda la sociedad⁷².

La ley 10 se centró en varios aspectos cuyas consecuencias son determinantes para el posterior desarrollo de la ley 100. En términos del servicio, la ley declara la salud como servicio público⁷³: “La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación [...]. El Estado intervendrá en el servicio público de salud” con el fin de “definir la forma de prestación de la asistencia pública en salud, así como las personas que tienen derecho a ella”⁷⁴.

En esta última afirmación parece sugerirse la ausencia de universalidad, pero luego lo aclara la ley: “el servicio público de salud se regirá por los siguientes principios básicos: a) universalidad: todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a recibir la prestación de servicios de salud” [...] [artículo 3]. Aquí se observa la concreción de la salud reducida a la protección y sólo a través del servicio. Figura que, en todo caso, significa un avance con respecto a la legislación previa a 1990, pero insuficiente en relación con las posibilidades que ofrecen, por ejemplo, los programas de prevención y promoción.

⁷⁰ Muñoz Machado [1995, 88].

⁷¹ Sobre la discusión previa a la ley 10 de 1990, los elementos conceptuales, el proceso legislativo y las consultorías realizadas en tal línea, véase la extensa recopilación en Minsalud y Acomsap [1990].

⁷² “Exposición de motivos al proyecto de ley por medio del cual se reforma el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, presentado por los ministros de Salud, Hacienda y Crédito Público y Trabajo y Seguridad Social. El texto completo aparece recogido en Minsalud y Acomsap [1990, 131-155].

⁷³ Se entiende por servicio público “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” [artículo 1, decreto 753 de 1956].

⁷⁴ Artículo 1, ley 10 de 1993.

La estructura del sector salud se basó en tres niveles organizativos, acordes con la división política: a) el nivel nacional, en cabeza del Ministerio, b) el nivel seccional para cada uno de los departamentos del país y en cabeza de la Dirección Seccional de Salud y c) el nivel local, con ámbito de acción en los municipios. A esos niveles correspondía, más o menos, una oferta gradual de servicios, de la siguiente manera: a) un nivel primario, fundamentado en acciones básicas en salud, prevención y promoción y medicina general, que absorbería el 80% de las demandas en salud; b) un nivel secundario, basado en las cuatro especialidades médicas: pediatría, cirugía, medicina interna y ginecología, para atender un 15% de las demandas en salud, y c) un tercer nivel, universitario o especializado, para los asuntos de mayor complejidad, que sumarían el 5%. El problema consistía en la lógica con que se hacía el gasto presupuestal mostraba un cambio: entre 1987 y 1989, el primer nivel de atención contó con sólo el 21% del presupuesto para financiar 505 hospitales locales y 3.000 puestos y centros de salud, situación agravada por la demora en los desembolsos y la acumulación del déficit crónico de materiales, personal de salud y medicamentos básicos⁷⁵.

Otras medidas centrales de la ley 10 de 1990 fueron: a) la descentralización de los servicios de salud, que pasan ahora a ser responsabilidad de alcaldes y de gobernadores; b) la entrega de la administración de los centros de salud, los puestos de salud y los hospitales a sus juntas directivas, y c) la refinanciación del Sistema, mediante un incremento de los recursos del presupuesto nacional. Esto último se sustentó en las rentas por juegos de azar (que pasan a ser monopolio del Estado), en el consumo de licores y en el aumento del presupuesto para la salud en el Situado Fiscal.

La ley fue clara en la responsabilidad de los oferentes privados de servicios de salud, en términos de dependencia a la regulación del Estado y la obligatoriedad de prestar servicios de urgencias. Manifestó que "las entidades públicas y privadas del sector salud" son parte integral del Sistema Nacional de Salud, sin establecer exclusiones jurídicas a las entidades privadas a lo largo de su formulación e insistió en el sometimiento de todo el Sistema a los principios de universalidad, subsidiariedad, complementariedad y participación⁷⁶.

En resumen, puede hablarse de los siguientes periodos del tratamiento a la salud entre 1886 y 1991: hasta 1936, la salud se abordó prioritariamente desde la caridad y la beneficencia; desde 1936 hasta 1946, la salud se trató como un deber subsidiario del Estado y como un derecho para exigir a terceros. Desde 1946 hasta 1990, la salud se entendió como un derecho de los trabajadores; finalmente, desde 1990 hasta 1991, se miró el derecho a la salud como un derecho al servicio. Más adelante veremos el cambio del enfoque en 1991 con la nueva Constitución: la salud como derecho constitucional.

⁷⁵ Minsalud y Acomsap [1990, 114-115].

⁷⁶ Véanse artículos 4, 5 y 24, ley 10 de 1993.

LA SALUD EN EL MOMENTO DE LA REFORMA

A finales de los años 80 y comienzos de los 90⁷⁷ hubo varios eventos determinantes para lo que vendría en salud: como vimos, se formula la ley 10 de 1990, se realiza la Asamblea Nacional Constituyente y se presentan los primeros proyectos de la futura ley 100 de 1993. Las características generales de salud en esos momentos mostraban un "sector salud colombiano [...] profundamente inefectivo"⁷⁸. Esta afirmación se sustenta en las siguientes cifras oficiales de 1990⁷⁹:

- Mortalidad infantil: de cada mil niños nacidos vivos, morían entre 33 y 46.
- Mortalidad materna⁸⁰: de cada mil mujeres embarazadas, moría una por cada mil niños nacidos vivos⁸¹.
- 7.380 Años de Vida Potencialmente Perdidos, AVPP⁸², cifra superada en el continente solamente por El Salvador⁸³.
- Esperanza de Vida al Nacer: 65 años.

77 Existen en Colombia varias encuestas institucionales periódicas sobre la salud de la población, caso la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia, y los reportes del Ministerio de Salud a través de su oficina de epidemiología. Pero, para efectos de este trabajo, que no es un estudio epidemiológico, consideramos suficiente los datos que a continuación presentamos y que, además, provienen del estudio más serio sobre salud que se halla hecho en Colombia.

78 Minsalud y DNP [1990b, 21].

79 Los datos para este apartado, salvo que se aclare lo contrario, se tomaron de Minsalud y DNP [1990b]. Para la tendencia histórica de la salud en el país, véase INS [1993].

80 Se define como mortalidad materna la defunción de una mujer mientras está embarazada o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del embarazo, independientemente de la duración y sitio del embarazo, debida a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales. La tasa se expresa en el número de muertes relacionadas con el embarazo, el parto y el puerperio en un período, sobre el número de mujeres embarazadas en el mismo período.

81 Este indicador tiene como medida los niños nacidos vivos, con lo cual se excluyen las muertes producidas por abortos complicados. Además, los datos sobre abortos son fragmentados e inexactos debido a que el aborto en Colombia es ilegal y, por tanto, no hay registros adecuados al respecto. Sin embargo, se calcula que en sólo Bogotá se producen 300 mil abortos ilegales por año, de los cuales el 3% se infecta y de este porcentaje, en el 10% de los casos fallece la mujer. Véase una aproximación a este tema en De Currea-Lugo [1997, 97-102]. Sobre mortalidad materna en Colombia véase INS [1993, 31-32].

82 Es la relación resultante de restar a la Esperanza de Vida al Nacer [EVN], el número de años que la persona deja de vivir al fallecer por causas naturales.

83 Este dato se explica, en buena parte, por la violencia, que produce 4 de cada 10 AVPP. Así, la violencia es un aspecto, obviamente, de mayor complejidad que la capacidad de salud instalada en los servicios de urgencia y que, por tanto, no puede fácilmente compararse con los datos de otros países.

El estudio del Ministerio de Salud reconoce una gran inequidad, no sólo en la oferta de servicios sino por destinar una menor cantidad de recursos a las personas que más necesitan de ellos y que, por definición, son las más pobres. Al comparar los datos del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), que ofrece servicios a los trabajadores afiliados, y los datos del Ministerio de Salud y de sus servicios seccionales de salud, que ofrecen servicios al resto de población, se encuentran los siguientes datos para 1990:

- Gasto *per cápita* en el ISS: 27.808 pesos. En el Ministerio de Salud: 4.000 pesos.
- Tasas de hospitalización anual en el ISS: 99 x 1.000. En el Ministerio de Salud: 42,3 x 1.000.
- Tasas de hospitalización según los niveles de ingresos: población de mayores ingresos: 65,5. Población de menores ingresos: 34,6⁸⁴.

Las principales causas que explicaron la ineficacia del sector salud fueron: a) la ausencia de una política de salud coherente⁸⁵, b) la falta de integralidad del sistema y su gran énfasis en lo curativo, c) la presencia de disociaciones entre necesidades y prácticas, es decir, la limitada capacidad de gestión.

Ha hecho carrera en Latinoamérica la noción de *transición epidemiológica*, que describe el proceso de un país en el que dejan de presentarse enfermedades propias de la pobreza y su perfil de enfermedad comienza a parecerse, entonces, más al de los países llamados desarrollados⁸⁶. Pero tal transición no es homogénea ni en el continente ni dentro de cada país. La transición epidemiológica en Colombia muestra diferencias regionales y, en cada región, disparidades según el nivel de pobreza y de desarrollo de los habitantes. Mientras algunas franjas de la población presentan patologías propias de los países desarrollados, otras mantienen el perfil epidemiológico de hace tres décadas. En 1995, en el muy pobre departamento del Chocó, la mortalidad infantil es de 150 por 1.000, mientras que en Bogotá es de 45 por 1.000. Es cierto que entre 1975 y 1995 la mortalidad infantil bajó de 54 a 28 defunciones

⁸⁴ Minsalud, DNP [1990b, 21].

⁸⁵ Según el estudio, no hay "política hospitalaria, ni una de investigaciones, ni de medicamentos, ni de recursos humanos, ni de educación en salud, ni de calidad de los servicios, ni unos objetivos nacionales de salud" [Minsalud, DNP 1990b, 22].

⁸⁶ Para decirlo sencillamente, la transición epidemiológica describe el proceso vivido en un país determinado en el que dejan de presentarse enfermedades propias de la pobreza y su perfil de enfermedad es, entonces, más parecido al de los países llamados desarrollados. Por ejemplo, la diarrea y la enfermedad respiratoria aguda dejan de ser determinantes de la morbimortalidad y le dan paso a los infartos y al cáncer.

por mil nacidos vivos en el ámbito nacional, pero en 1995, en Medellín, esta tasa era de 18, mientras en el litoral pacífico, donde queda el Chocó, era de 61, incluso más alta que el promedio nacional hace 25 años⁸⁷.

En Colombia, entre franjas de población pobre, la mortalidad infantil es de 75 por 1.000, mientras en sectores más ricos es de 35 por 1.000⁸⁸. Por eso, otros llaman a estas diferencias *transición epidemiológica polarizada*⁸⁹. Y para algunos más, "esta situación, identificada como una transición epidemiológica, es más bien una heterogeneidad estructural"⁹⁰.

La incorporación de la idea de transición epidemiológica es válida para situaciones ideales en las que la población es homogénea y para situaciones hipotéticas en las que todas las personas, en cualquier parte, pueden acceder de la misma manera a los servicios y las patologías son más o menos similares entre las regiones. Pero lo cierto es que las regiones más pobres son las que presentan mayor demanda de servicios y, a su vez, menor infraestructura de salud y de servicios públicos, incluido el suministro de agua potable. Así, un único presupuesto *per capita* que se tome como base sería un punto de partida injusto. Es incluso más grave si se considera la precariedad de los recursos locales.

En general, la principal causa que explicaba (y explica) la incidencia del indicador AVPP era (y es) la violencia (40%), en todas sus formas, no sólo la asociada con el conflicto armado⁹¹. A la violencia la siguen las enfermedades crónicas (27%) y las enfermedades infecciosas (12%). En el caso de los varones, estos tienen un

⁸⁷ República de Colombia [1996, 13].

⁸⁸ Minsalud, DNP [1990b, 25-26].

⁸⁹ "El término [sic] polarización epidemiológica remite a diferencias de distribución del bienestar en salud entre los diferentes grupos de la población en detrimento de los pobres" [Sojo 1996a, 134-135].

⁹⁰ Por heterogeneidad estructural entendemos la existencia simultánea de condiciones de alta productividad y acumulación de riqueza con formas de producción de bajísima productividad y mínima acumulación, debido a la estructura de relaciones económicas, sociales y políticas entre los sectores constitutivos de la sociedad y no por una "etapa transitoria" del desarrollo socioeconómico. La idea de transición epidemiológica hace pensar que las desigualdades sólo son un asunto temporal que naturalmente el desarrollo terminará por solucionar [MNSP 2000].

⁹¹ Según reportes del Instituto Colombiano de Medicina Legal, solo 15 de cada 100 muertes violentas tienen relación directa con el conflicto armado y/o con sus autores, de manera que el 85% restante corresponde a muertes entre particulares y a ajustes de cuentas. En un estudio realizado en 1995, el Instituto de Medicina Legal demostró que el 33% de las lesiones personales no fatales (heridos que no terminan en muerte) se producen entre personas que comparten vivienda. Véase Subdirección de Servicios Forenses. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [1995].

nivel mayor de AVPP, por trauma y violencia, mientras las mujeres tienen como principales causas las enfermedades crónicas, especialmente las enfermedades cardiovasculares, seguidas del cáncer, especialmente de los genitales, y las enfermedades infecciosas⁹².

La disminución de la mortalidad infantil se debió al descenso logrado en las tasas de enfermedad diarreica aguda y de infección respiratoria aguda, así como en las enfermedades inmunoprevenibles (tuberculosis, poliomiелitis, sarampión, difteria y tétanos). Para 1989, el 10% de las muertes, el 13% de los AVPP, el 14% de la morbilidad por egreso hospitalario y el 30% de la morbilidad por consulta externa se debían todavía a enfermedades infecciosas y tropicales. Vale resaltar que las infecciones intrahospitalarias son responsables de por lo menos la tercera parte de los costos de la atención hospitalaria en Colombia⁹³.

La disminución de las enfermedades infecciosas se acompañó de un aumento en las enfermedades crónicas no infecciosas, convertidas en la primera causa de mortalidad, particularmente en las regiones con mayor desarrollo económico y social; ocasionaron el 43% de las muertes, el 27% de los AVPP, el 34% de la morbilidad por consulta externa y el 35% de la morbilidad por egreso hospitalario. En el universo de las enfermedades crónicas, las enfermedades cardiovasculares son la primera causa de mortalidad. Las primeras causas de morbilidad por egreso hospitalario son las enfermedades cardiovasculares, las del aparato genitourinario, especialmente en mujeres, y las enfermedades del aparato respiratorio. En las causas de morbilidad por consulta externa se destacan las enfermedades de la piel, de los órganos genitales y la enfermedad hipertensiva⁹⁴.

Algunas enfermedades han ganado importancia desde el punto de vista epidemiológico: el cáncer (por el aumento de la Esperanza de Vida al Nacer) y los problemas de salud mental. Según la División de Salud Mental del Ministerio de Salud, el 14% de la población sufre trastornos neuróticos, el 5%, retardo mental en algún grado; el 2%, epilepsia (esta es una de las prevalencias más altas del mundo); el 1%, esquizofrenia. Sin embargo, la enfermedad mental sólo representa el 1,6% de las causas de consulta externa y el 2,0% en las causas de egreso hospitalario⁹⁵.

⁹² Minsalud y DNP [1990b, 27].

⁹³ La denominación "enfermedades tropicales" realmente es un eufemismo, pues si bien los aspectos climáticos favorecen su aparición, hay sociedades con climas similares pero con otro tipo de organización y/o desarrollo de sistemas de salud con los que han logrado su control y/o su erradicación, como es el caso de Cuba. Unos pocos prefieren llamarlas *enfermedades transmitidas por vectores*. Sobre las cifras presentadas, véase Minsalud y DNP [1990b, 28-29].

⁹⁴ Minsalud y DNP [1990b, 29].

⁹⁵ Minsalud y DNP [1990b, 30].

Otros datos del Estudio citado muestran que: a) los partos intrahospitalarios aumentaron logrando, para finales de los años 80, la atención del 75% de ellos; b) el 97% de la población padecía de caries y el 71%, de periodontopatías; c) el 41% de los accidentes de la población laboral es de origen ocupacional, accidentes que en el 40% de los casos comprometen la mano; d) el 47% de escolares presentaba anemia por deficiencia de hierro.

El análisis financiero muestra que con los mismos recursos, en condiciones más o menos similares, otros países han logrado mejores resultados⁹⁶. Al analizar los componentes del Producto Interno Bruto se observa un aumento de los gastos en salud a lo largo del período 1966-1977 y un decrecimiento en el período 1977-1987. Esa disminución podría obedecer, según el Ministerio, a dos causas: a) la capacidad instalada de servicios era ya muy alta e incluso se observaba subutilización. b) Había disminuido la importancia política de la salud en los programas de desarrollo⁹⁷.

Lo cierto es que la subutilización refleja muchas veces el desequilibrio entre el desarrollo de obras de infraestructura y su correspondiente equipamiento⁹⁸ y la pérdida de importancia podría obedecer más bien a la creciente presión de la deuda externa y de las recomendaciones de reducción del aparato estatal⁹⁹. Según Gallón, "En la segunda mitad de la década pasada [se refiere a los años 80] aumentaron notablemente los servicios de la deuda externa (de 3,1% del PIB en 1984 a 7,5 en 1989), mientras el gasto social se reducía (de 9,4% en 1984 a 7,6 en 1989)". Por tanto, "la estrategia de los últimos gobiernos de pagar cumplidamente unas crecientes obligaciones financieras ha provocado así una disminución constante —en términos relativos— del llamado gasto social"¹⁰⁰.

Desde el punto de vista medio ambiental, la situación es bastante preocupante y demuestra, fundamentalmente, la ausencia de claras políticas al respecto¹⁰¹, lo que implica la falta de control por parte del Estado de factores¹⁰² que repercuten de manera directa en la condición de salud de las personas¹⁰³. En Colombia, en 1987,

⁹⁶ Minsalud y DNP [1990b, 48-54].

⁹⁷ Minsalud y DNP [1990b, 48-49].

⁹⁸ Esto se ha observado en Colombia, Ecuador y Honduras. Véase Ugalde [1986, 136-176].

⁹⁹ Véase al comienzo de este capítulo el apartado *Contexto regional de la salud en los años 70 a 80*.

¹⁰⁰ Gallón [1993, 53]. Las cifras son citadas por Gallón de CGR [1990, 9].

¹⁰¹ Sobre las cifras y análisis de investigaciones que sustentan esta afirmación, véase Minsalud y DNP 1990c, 66-88].

¹⁰² Los factores son: a) saneamiento básico (agua, excretas y basuras), b) contaminación (aire, agua y suelo), c) higiene y seguridad industrial, d) protección de la calidad de los alimentos, e) vivienda, f) control de vectores, g) vía pública.

¹⁰³ Las enfermedades más asociadas a factores ambientales son, en su orden: a) Enfermedad Diarréica Aguda, b) trastornos congénitos, c) enfermedades transmitidas por vecto-

el 43% de la población estaba sin conexión al servicio de acueducto y un 59%, sin servicio de alcantarillado. La situación a lo largo de los años 80 empeoró, pues las coberturas para acueducto cayeron en un 2,7% y las de alcantarillado, en un 6,7%.

El estudio de situación medioambiental de 1990 afirma que la población colombiana sin acueducto equivale a toda la de Chile y que la población sin alcantarillado corresponde a toda la de Venezuela y resalta que se incrementan estos déficits en la medida en que el tamaño poblacional decrece. También presenta las marcadas diferencias entre un departamento y otro y se calcula que el 67,6% de los núcleos rurales no tiene acueducto y el 96,2% no tiene alcantarillado. En 1980, sólo el 45% de la población que tenía servicio de acueducto, tanto en el área urbana como en la rural, recibía agua apta para el consumo humano, según el Ministerio de Salud¹⁰⁴.

El tratamiento de aguas residuales es mínimo. Según estudios de 1985, en Colombia, sólo cinco localidades trataban las aguas antes de verterlas a un cuerpo de agua. Para 1989, se calculó que más de 18 millones de personas estarían produciendo contaminación fecal ambiental por ausencia de sistemas de recolección y tratamiento. De acuerdo con información de los años 1984-1985, el 32% de la basura se estaba disponiendo en rellenos sanitarios, un 3% se enterraba, un 50% se depositaba a cielo abierto y un 15% se arrojaba a cuerpos de agua. Esta contaminación y la proveniente de fábricas explican la ausencia de oxígeno en las aguas del río Bogotá¹⁰⁵.

Las cifras disponibles sobre protección de alimentos son preocupantes. Sólo 11 de los 1.300 locales que existían en 1987 para el sacrificio de animales de abasto público contaban con inspección sanitaria y cumplían los requisitos del Ministerio de Salud. Y finalmente, en 1985, el 19% de la población vivía en hacinamiento crítico¹⁰⁶, un aspecto también ambiental relacionado con la salud.

res, d) enfermedades zoonóticas, e) accidentes, f) enfermedades cardiovasculares, g) cáncer gástrico, h) infección respiratoria aguda, i) bronquitis, enfisema y asma, j) cáncer de tráquea, bronquios y pulmones, k) enfermedades de los dientes y l) enfermedades de los dientes.

¹⁰⁴ En cuanto a la red de acueducto, 12 departamentos presentan coberturas en el área urbana mayores al 80%, hay 2 con coberturas menores al 50%. En la del alcantarillado, se observa 7 departamentos con cobertura mayor de 80%, mientras otros 7 ni siquiera llegan al 40%. En el ámbito rural, sólo un departamento supera el 20% de cobertura en acueducto y otro un 10,5% de alcantarillado [Minsalud y DNP 1990c, 42-44, 104-105].

¹⁰⁵ Para más detalles sobre el tratamiento de aguas, el manejo de desechos sólidos, la contaminación acuática véase Minsalud y DNP [1990c, 45-51, 106-108].

¹⁰⁶ Minsalud y DNP [1990c, 55-58 y 62].

Una circunstancia agravante: la violencia y la salud en Colombia

Las cifras sobre morbilidad causada por la violencia son altas¹⁰⁷. El informe anual de Medicina Legal reportó 25.505 homicidios en el año 2000¹⁰⁸, lo que equivale, de acuerdo con el Ministerio de Salud, a un asesinato cada veinte minutos¹⁰⁹. Este promedio de 25 mil homicidios al año se mantuvo en los últimos 20 años.

Según la Defensoría del Pueblo, en 1999 hubo 403 masacres, es decir, más de una masacre al día¹¹⁰. En esas masacres se reportan 1.863 víctimas¹¹¹. Según el Comité de Estados Unidos para los Refugiados (USCR), 1.479 personas en el país se convierten cada día en desplazadas¹¹² y la Acnur señala que Colombia tuvo en 1999 cerca de 1 millón 800 mil desplazados internos, lo que la convierte en el segundo país con más desplazados internos en el mundo¹¹³. La Asociación de familiares de detenidos - desaparecidos de Colombia, Asfaddes, afirma que durante el año 2000 se produjeron 743 desapariciones forzadas¹¹⁴ y según el Ministerio de Defensa de Colombia, entre 1996 y 2000 se registraron 12.539 secuestros¹¹⁵ y un promedio de seis secuestros por día¹¹⁶.

Hace tres décadas, la violencia como causa de muerte en Colombia ocupaba el noveno lugar; en los años 70, pasó al cuarto lugar y actualmente ocupa el primer lugar¹¹⁷. En 1994, los homicidios constituyeron el 70% de todas las muertes violentas ocurridas en el país¹¹⁸ y según datos del Ministerio de Salud, entre 1987 y 1994, la tasa de homicidios aumentó de 36 a 127 por cada 100.000 habitantes¹¹⁹ (la más alta del mundo en dicho período)¹²⁰. En los nuevos modelos de evaluación del

¹⁰⁷ Es importante aclarar que la violencia en Colombia no es sólo la relacionada con el conflicto armado, incluso, de cara a la demanda de servicios de salud, ésta no es la más importante, pues las cifras muestran claramente que la violencia social, especialmente la que sucede entre particulares es la más significativa.

¹⁰⁸ "38.820 muertes violentas", *El Tiempo*, Bogotá, 29 de diciembre de 2000.

¹⁰⁹ Minsalud, Galán [1995].

¹¹⁰ "Barbarie nacional", *Semana*, Bogotá, 30 de abril de 2001.

¹¹¹ "En el 99 arreciaron las masacres", *El Tiempo*, Bogotá, 30 de diciembre de 1999.

¹¹² "La violencia desplaza a un colombiano cada minuto", *El Tiempo*, Bogotá, 19 de julio de 2001.

¹¹³ Acnur [2000, 237].

¹¹⁴ "El año pasado desaparecieron 743 personas en Colombia", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2001.

¹¹⁵ "Colombia: un plagio cada dos horas en el 2000" *El Tiempo*, Bogotá, 22 de febrero de 2001.

¹¹⁶ "Cada día secuestran seis personas", *El Espectador*, Bogotá, 27 de abril de 1999.

¹¹⁷ Franco S. [1997, 94].

¹¹⁸ Franco S. [1997, 95].

¹¹⁹ Subdirección de Servicios Forenses [1995].

¹²⁰ Canadá tuvo en 1990 una tasa de 2 homicidios por cada cien mil habitantes [Franco S. 1997, 96].

impacto de la enfermedad se prescindió de la categoría Años de Vida Potencialmente Perdidos –AVPP— y se la reemplazó por la de Años de Vida Saludables Perdidos —AVISA—; en esta nueva categoría se incluyen los AVPP y de los años que se pierden por otras causas¹²¹. El porcentaje de distribución de Carga de la Enfermedad —medida en AVISA—, por homicidio es 24,6% en Colombia; en América Latina, 3,3% y en el mundo, 1,3%¹²².

Informes más recientes muestran datos preocupantes sobre violencia sexual —especialmente contra menores de edad—, maltrato conyugal —predominantemente contra las mujeres— y maltrato infantil —la mayoría de las veces causado por los mismo padres. “Una de cada tres mujeres en unión ha sido insultada y una de cada cinco ha sido golpeada por su compañero”¹²³.

El conflicto armado ha afectado de manera particular la prestación de los servicios de salud y la integridad de los profesionales del sector de múltiples maneras, de modo que se compromete el derecho a la salud de la población civil¹²⁴. Aunque hay un subregistro de los casos, que obedece principalmente al miedo, una investigación sobre infracciones contra el sector salud por parte de los actores armados en Colombia¹²⁵ arrojó los siguientes datos: a) un funcionario del sector salud es asesinado cada quince días. Esos homicidios se relacionan directamente con el conflicto armado, en la lógica de que aquel que atiende a mi enemigo es mi enemigo. b) Un ataque en contra de los servicios de salud cada 36 horas en promedio. c) Ocupación de hospitales, centros de salud y puestos de salud por parte de los actores en el conflicto. d) atentados contra los vehículos de salud y e) impedimentos para ofrecer los servicios¹²⁶.

LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Los debates sobre salud que alimentaron la nueva Constitución comenzaron a darse desde finales de los años 80 y se mantuvieron en los 90. Una vez producida la nueva

¹²¹ Los AVISA contemplan cuatro variables: a) tiempo perdido por una muerte prematura, b) valor de un año de vida saludable según la edad, c) preferencia social por el tiempo y d) ponderación de la incapacidad [Minsalud 1994c, 8 y 9].

¹²² Minsalud [1994c, 25].

¹²³ República de Colombia [1996, 21].

¹²⁴ Véase De Currea-Lugo [1999].

¹²⁵ De Currea-Lugo [1999, 106-151].

¹²⁶ La ley 100 creó el impuesto sobre armas, municiones y explosivos, y tal impuesto destinado a financiar parte del sistema de salud tiene como prioridad “los proyectos nacionales y territoriales de prevención de la violencia” [acuerdo 44 de 1996, del CNSSS].

carta constitucional, hubo varios tipos de discusiones: debates de orden jurídico, parlamentarios, académicos y entre personas expertas.

Los debates de orden jurídico se realizaron en la Comisión Transitoria creada por la Constitución de 1991 (Comisión Constitucional de Seguridad Social, Subcomisión de Salud). Se produjeron además las primeras sentencias de la también nueva Corte Constitucional.

En la mencionada subcomisión aparecieron elementos como la separación entre la administración y la prestación del servicio y la incorporación de oferentes privados. Surgieron también otros elementos que no se plasmaron en la ley: la consolidación de un "sistema único oficial de atención en salud", la "creación de un seguro obligatorio de salud integral", la necesidad de definir "el modelo de atención que se cree más adecuado para la situación concreta de la sociedad colombiana", una "política nacional de medicamentos" y "recursos adicionales por parte del Estado para subsidiar los grupos poblacionales de escaso recurso"¹²⁷. Todos estos temas quedaron sin el puesto recomendado por la subcomisión.

Los debates parlamentarios y las diversas propuestas de reforma permitieron finalmente producir la ley 100 de 1993¹²⁸. Por su parte, los debates entre académicos y los sostenidos entre expertos del Ministerio de Salud, centros de investigación y universidades defendían en la ley la materialización de principios como la eficiencia y la eficacia sin descartar la universalidad. También centraban su crítica en la vigilancia del derecho a la salud¹²⁹.

En este trabajo nos centramos en los debates jurídicos que acompañaron la definición de un puesto para la salud en el orden constitucional. La revisión que haremos del desarrollo legal del mandato constitucional ilustrará sobre la tendencia del legislador, en el caso de los debates parlamentarios. Y sobre el debate académico precisaremos sólo algunos elementos.

En palabras de la Corte Constitucional, en Colombia,

la idea de Constitución es inseparable del atributo de prevalencia con el que enfrenta las manifestaciones de la vida estatal o comunitaria que la

¹²⁷ Véase Informe de la Comisión de salud de la Comisión Constitucional de Seguridad Social, en: Minsalud [1994d, 3, 21-26].

¹²⁸ Sobre las diferentes propuestas de reforma a la seguridad social, desde las presentadas por ONG y por centrales obreras hasta las impulsadas en el parlamento por el propio Ministerio de Salud, y sobre la justificación del articulado del entonces proyecto de ley 155 –después llamada Ley 100–, véanse Minsalud 1994d, tomos 1 y 3; Cárdenas y Olano [1992].

¹²⁹ Véase, por ejemplo Cárdenas y Olano [1992]; Minsalud, Londoño [1994], y Minsalud [1995].

nieguen. La existencia de la Constitución como sistema o conjunto de normas no es independiente de su efectiva aplicación a la realidad concreta que pretende modelar [...] Con base en lo previsto en el artículo 4º de la Constitución Política, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, los jueces deberán aplicar las disposiciones constitucionales.

Se aclara que,

la jurisdicción constitucional asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público¹³⁰.

Para la interpretación y salvaguarda de la Constitución, el constituyente primario creó la Corte Constitucional:

Cuando [sus sentencias] interpretan el ordenamiento fundamental construyen también doctrina constitucional, que, según lo dicho, debe ser acatada por los jueces, a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquellos que dieron lugar a la interpretación efectuada¹³¹.

La Constitución de 1991 da al país una nueva definición al pasar del Estado de Derecho (Constitución de 1886) a "Estado Social de Derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana"¹³², en el que son fines del Estado "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"¹³³. La Corte rechazó la interpretación retórica del Estado social¹³⁴. Frente a la nueva definición del Estado colombiano, la Corte Constitucional dijo:

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia: T-006, mayo 12 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes.

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-175. abril 8 de 1997. MP: José Gregorio Hernández Galindo

¹³² Artículo 1, *Constitución Política de Colombia*. "En el término 'dignidad', predicado de lo 'humano', está encerrado una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aún que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que permita vivir con dignidad" [Corte Constitucional: Sentencia C-575, octubre 29 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero].

¹³³ Artículo 2, *Constitución Política de Colombia*.

¹³⁴ "Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto" [Corte constitucional, Sentencia T-406, junio 5 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón].

La connotación de 'social' supera la concepción del Estado de Derecho en que las instituciones y la ley solo garantizaban formalmente las libertades y los derechos, sin la preocupación más profunda de hacer realidad el contenido material de los derechos y libertades. El Estado social de derecho encuentra su primera manifestación en el 'Estado de bienestar' como respuesta institucional a las demandas sociales, en busca de garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad¹³⁵.

Uno de los mecanismos con que cuenta el Estado para garantizar estos fines es el de los servicios públicos. Según la Constitución,

los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios¹³⁶.

En palabras de la Corte Constitucional, "el Estado social y democrático tiene una concreción técnica en la noción de servicios públicos" no de manera accidental sino deliberada, pues "el constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad". Así pues,

los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados [...].

Esa subordinación determina la propia legitimidad del gobernante pues ésta, en últimas, "depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública"¹³⁷.

La Constitución precisa aún más el deber estatal:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su

135 Corte Constitucional, Sentencia No. T-406 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

136 Artículo 365, *Constitución Política de Colombia*.

137 Corte Constitucional, Sentencia T-540, septiembre 24 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación¹³⁸.

En principio, la Constitución establece el derecho a la salud como parte de la seguridad social¹³⁹. La Corte Constitucional entiende el concepto de seguridad social como el "conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna"¹⁴⁰, en el marco del Estado social de derecho y como un deber del Estado:

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella¹⁴¹.

De lo anterior se deducen varias cosas: la responsabilidad estatal en la dirección del Sistema de Salud no se reduce a su coordinación o a hacer asesorías técnicas o desarrollos reglamentarios. Es decir, las fallas que tenga (o pueda tener) el Sistema son un asunto del Estado.

Se deducen también los principios que la rigen: el de eficiencia, que consiste en "la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos,

¹³⁸ Artículo 366, *Constitución Política de Colombia*.

¹³⁹ Algunos autores incluyen en la expresión "seguridad social" a la salud, otros denominan así sólo a los servicios de pensiones, pero esto no solo sucede en teoría sino que también afecta la práctica. México, por ejemplo, utilizó los recursos de pensiones para el desarrollo de servicios de salud. Véase también Tamburi [1986, 82]. En el caso brasileño, los servicios de salud federales se financian mediante el presupuesto general de la seguridad social y por tanto están vinculados al presupuesto de las pensiones. Véase Irela [1997, 35]; y en el caso cubano, existe un fondo común estatal para el gasto social sin diferenciación por precisa por rubros de ingresos, sino que del fondo común se toman los recursos según lo asignado por la planeación central. Véanse detalles del modelo cubano en Mesa-Lago [1986, 372-384]. Sobre ese debate en el caso español, véase Muñoz Machado [1995, 92 y siguientes].

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-116 de marzo de 1993. MP: Hernando Herrera Vergara.

¹⁴¹ Artículo 49, *Constitución Política de Colombia*.

técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a los que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente"¹⁴². Este principio implica: a) aceptar una tensión entre los recursos 'disponibles' y los 'necesarios' para garantizar un mínimo digno básico. b) El deber estatal de garantizar el acceso a los servicios y su calidad. c) La oferta en salud que se reglamente debe ser suficiente para dar cuenta del núcleo básico.

El principio de universalidad habla de "la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación en todas las etapas de la vida"; la universalidad es central en la reglamentación a que tenga lugar la salud en la ley. No pueden, entonces, desarrollarse ofertas de servicios o planes de salud que estén basados en algún tipo de discriminación, por ejemplo, en relación con la posición económica o el poder adquisitivo. Pero este principio tiene en la norma excepciones precisas: la ley 100 (y el sistema general de salud) "no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", tampoco "a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma"¹⁴³.

Otra excepción es el principio de solidaridad, que señala que "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil". El texto constitucional dice que "toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas"¹⁴⁴ y aclara que,

el principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las que la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados [...] La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir —dentro del marco constitucional— para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud¹⁴⁵.

Según la Corte, "el principio de solidaridad social ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad"¹⁴⁶. Esto implica que: a) el Estado debe garantizar el cum-

¹⁴² Los principios aquí citados corresponden a como se definen en el artículo 2 de la ley 100 de 1993.

¹⁴³ Artículo 279, ley 100 de 1993.

¹⁴⁴ Artículo 95-2, *Constitución Política de Colombia*.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia: T-505, agosto 28 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-533, septiembre 23 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

plimiento de la mutua ayuda. b) El Estado debe fortalecer con sus propios recursos esa ayuda como parte de su función de Estado social de derecho. La Corte Constitucional lo ha definido además de la siguiente manera:

En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización e principios y valores constitucionales. El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidad que han cumplido todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales¹⁴⁷.

De la definición de seguridad social se deduce en tercer lugar que la participación de los particulares se reconoce en el marco del derecho a la salud y los términos que la ley debe establecer no pueden, en modo alguno, ser contrarios al mandato constitucional presentado en los anteriores principios. Estos principios constituyen una guía de desarrollo legal y una atadura a principios constitucionales.

En cuarto lugar, la seguridad social aparece como un derecho irrenunciable. Y como derecho que es, de acuerdo con la misma Constitución,

los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos [...] prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia¹⁴⁸.

Así, el derecho a la salud debe interpretarse a la luz de los pactos internacionales y de la misma Constitución, en aspectos como la no discriminación y la protección a personas en debilidad manifiesta¹⁴⁹. La Constitución también plantea que,

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. Correspon-

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-005, 16 de enero de 1995. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴⁸ Artículo 93, *Constitución Política de Colombia*. Con respecto a derechos no reconocidos en la Carta, la Constitución también es proteccionista, pues "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" [artículo 94].

¹⁴⁹ Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*.

de 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 [...]. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria¹⁵⁰.

Aquí puede afirmarse que: a) se retoma la idea ya presentada de la salud como servicio público. No porque el servicio de la salud se haga a través de instituciones privadas deja de ser un servicio público, ni tampoco deja de ser objeto de regulación estatal. b) Se entiende que el acceso de todas las personas a la salud debe respetar el principio de igualdad y de equidad. c) El Estado no puede delegar a los particulares su deber de regular los servicios de salud. d) La atención básica en salud es gratuita.

En el caso de los niños y a diferencia de lo que ocurre con los adultos la Constitución plantea que la salud es un claro derecho fundamental¹⁵¹ y determina de manera explícita que los niños menores de un año que carezcan de afiliación a la seguridad social tendrán derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado¹⁵².

La Corte Constitucional reconoció en una de sus primeras sentencias en salud el carácter multifacético del derecho a la salud y la forma como se conjugan en su naturaleza elementos fundamentales y prestacionales, no necesariamente opuestos ni excluyentes:

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida, de allí que, conductas que atenten contra el medio ambiente sano (Constitución Nacional, artículo 49, inciso 1º) se tratan de manera concurrente con los problemas de la salud; fuera de que el reconocimiento del derecho a la salud prohíbe las conductas que las personas desarrollen,

¹⁵⁰ Artículo 49, *Constitución Política de Colombia*.

¹⁵¹ Artículo 44, *Constitución Política de Colombia*.

¹⁵² Artículo 50, *Constitución Política de Colombia*. Sin embargo, llama la atención que solo sean las instituciones que reciben aportes del Estado las obligadas a brindar salud gratuita a los menores de una año, pues si el concepto de servicio público cobija por igual a las instituciones privadas y públicas, y si el Estado ha desarrollado tarifas para cubrir con sus recursos gastos médico-quirúrgicos entre población beneficiaria que no tiene capacidad de pago, ¿por qué el derecho a la salud de los menores de un año se limita a la oferta de la red pública de servicios?

con dolo o culpa, que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalario, de laboratorio y farmacéuticos¹⁵³.

Es importante resaltar las dos posturas que ha mantenido la Corte Constitucional colombiana: la primera, desde 1991 hasta 1997, se encuentra en varias sentencias en las que la salud adquiere el reconocimiento de derecho fundamental también en los adultos (en los menores de edad no hay duda por la claridad del texto constitucional)¹⁵⁴. De acuerdo con esta postura, el derecho a la salud comprende,

la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación a la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento. [...] el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal¹⁵⁵.

La Corte Constitucional expidió después una Sentencia de Unificación de jurisprudencia¹⁵⁶ en la que la salud no se ve como un derecho fundamental sino como un derecho fundamental "por conexidad", postura que se mantiene en el año 2000¹⁵⁷. A pesar de este giro, se conservan elementos que no contradicen ni dejan sin piso el presente trabajo: la validez de los tratados internacionales en la interpretación de la Constitución, la salud como derecho fundamental en conexidad con otros derechos y, lo más importante en nuestro caso, una extensa lista de sentencias que han terminado por enfrentar, como se mostrará más adelante, al juez constitucional con las

¹⁵³ Corte Constitucional: Sentencia T-484, agosto 11 de 1992. MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁵⁴ Véanse entre otras sentencias, Corte Constitucional, Sentencia: T-522, septiembre 19 de 1992, MP: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, Sentencia: T-484, agosto 11 de 1992, MP: Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional, Sentencia: T-571, octubre 26 de 1992, MP: Jaime Sanín Greiffeinstein; Corte Constitucional, Sentencia: T-427, junio 24 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia: T-597 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-111 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1204, septiembre 14 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

empresas de salud privadas, por aspectos relacionados con el derecho a la salud, así este se vea sólo como derecho por conexidad con otros derechos.

La Corte explicó la noción de derecho fundamental por conexidad como la categoría de aquellos derechos constitucionales que,

no siendo denominados como tales [como fundamentales] en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos¹⁵⁸.

La Corte también dijo que la acción de tutela (mecanismo de amparo válido sólo para proteger derechos fundamentales) es también válida en aquellas circunstancias en que se trata de proteger la salud sin que necesariamente esté en peligro la vida, pues,

Pretender tal cosa sería negar por completo el objetivo [...] del sistema de salud colombiano en general, cual es el de prevenir las enfermedades y, ante todo, la muerte [pues] el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida¹⁵⁹.

En una extensa lista de sentencias de la Corte sobre el tema, prima una figura: la evaluación del caso específico de que se trata, pues “la frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso”¹⁶⁰. Además, no se requiere que en todos los casos se ponga en peligro la vida para que la salud adquiera valor de derecho fundamental mediante la noción de conexidad, pues el derecho a la salud se trata “no sólo [de] la intervención puntual necesaria para evitar la enfermedad, sino también [de] la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida”¹⁶¹. Sería “un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental y dar a entender que sus partes —derecho a la salud y la integridad física— no lo son”¹⁶².

¹⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. T-499 del 21 de junio de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia: T-260, mayo 27 de 1998. MP: Fabio Morón Díaz

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-484 de 1992. MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-494 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa

Otros artículos constitucionales también relacionan los deberes del Estado con los factores que determinan la salud. Por ejemplo, la atención gratuita a menores de un año no cubiertos por seguridad social (artículo 50), la garantía de trabajo a minusválidos, de acuerdo con su condición de salud (artículo 54); el ingreso a los servicios de salud de los trabajadores agrarios (artículo 64), la regulación por ley del control de calidad de servicios ofrecidos a la comunidad (artículo 78), el deber de la solidaridad social frente a la perturbación de la salud (artículo 95) y el mejoramiento de la calidad de vida como finalidad social del Estado (artículo 366). En una última sentencia de unificación,¹⁶³ la Corte afirmó:

La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP, artículos 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (CP, artículos 48 y 49)¹⁶⁴.

Un debate inicial de interpretación sostenido entre funcionarios y académicos consistía en dirimir si presentar el derecho a la salud sólo como el derecho del usuario en el marco de la ley 100 de 1993 o si entenderlo como un derecho fundamental, a partir de la noción de derechos humanos. En la primera postura, el derecho queda

¹⁶³ La Corte Constitucional ha unificado su jurisprudencia con relación a diferentes aspectos de la salud como derecho; véase Corte Constitucional, sentencias SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero; SU-111 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; y SU-562 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, SU-562 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

supeditado a los alcances que fija la ley y su reclamo, a los mecanismos de participación social¹⁶⁵, es decir, a lo que establece el Plan Obligatorio de Salud, POS, y a las otras reglamentaciones de servicios¹⁶⁶. Sus defensores fueron principalmente, funcionarios del Ministerio de Salud, algunos directores de hospitales y representantes de los servicios de salud de la empresa privada.

La segunda opción consistía en interpretar el derecho a la salud a la luz de las normas constitucionales y de los tratados internacionales que ha firmado Colombia en materia de derechos humanos. En este caso se recordaba lo dicho por la Constitución acerca de que la interpretación de derechos se hará "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"¹⁶⁷ Así lo entendió la Corte Constitucional e inició el ahora largo proceso de interpretación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos¹⁶⁸.

Esa segunda postura –el derecho a la salud es parte de los derechos humanos— se basa en la noción de justicia social, el principio de equidad o el concepto de Estado social¹⁶⁹; en esa interpretación se incluyen como mecanismos de defensa la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y todas las garantías judiciales presentes y se acepta que su materialización es responsabilidad ineludible del Estado¹⁷⁰.

Entre las dos posturas hay posiciones intermedias, especialmente en el gremio médico, que busca un espacio de mayor protección frente a las empresas de salud, pero que se resiste, por razones históricas, a reconocer el derecho a la salud como tal.

165 Decreto 1757 de 1994. Por el cual se organizan y establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 4o. del decreto ley 1298 de 1994.

166 Por ejemplo, el decreto 882 de 1998, para hablar de "la garantía de los derechos de los usuarios" se refiere, explícitamente, tan solo a la libre elección del prestador del servicio.

167 Artículo 93, *Constitución Política de Colombia*.

168 Corte Constitucional, Sentencia T-487, abril 11 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.

169 Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta..."

170 En esta posición se destacan sindicatos como Anthoc y Asmedas y el Movimiento Nacional de Salud Pública, MNSP, organizaciones que coinciden entre sí en los puntos centrales.

Sistema de salud en Colombia

3

GENERALIDADES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La Corte Constitucional ha hecho consideraciones sobre los valores constitucionales como fines y sobre las leyes como medios para desarrollarlos:

La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados¹.

Así pues, corresponde a la ley el desarrollo del mandato constitucional en salud. La ley 100 establece su marco de desarrollo a partir de una definición de seguridad social y de la formulación de unos principios rectores. La ley entiende la seguridad social como,

- el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la

¹ Corte Constitucional: Sentencia T-406, jun. 5 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente de las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de todos los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad².

Según la ley, su objeto es regular el "servicio público esencial de salud" y a la vez, "crear las condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención"³.

Además de los principios contemplados en la Constitución (eficiencia, universalidad y solidaridad), la ley incorpora otros: a) integralidad: implica la cobertura de todas las contingencias que afecta la salud. b) Unidad: implica la articulación de las partes del Sistema de salud, que incluyen tanto el sector público como el privado. c) Participación: implica la participación de la comunidad en el sector salud.

Los fundamentos del servicio de salud son nueve y corresponden a la forma en que el legislador entendió la aplicación de los principios⁴: a) equidad: servicio de salud de igual calidad para todos los habitantes. b) Obligatoriedad en la afiliación. c) Protección integral mediante un Plan Obligatorio de Salud, POS. d) Libertad de escogencia por parte del usuario de los servicios. e) Autonomía administrativa, jurídica y financiera de las instituciones. f) Descentralización administrativa de las regiones. g) Participación social en las juntas directivas de las instituciones de salud de carácter público. h) Concertación. i) Calidad, garantizada mediante mecanismos de control del servicio.

El último fundamento goza de una clara precisión jurídica:

La calidad de la atención en salud está dada por el conjunto de características técnico-científicas, humanas, financieras y materiales que debe tener la seguridad social en salud, bajo la responsabilidad de las personas e instituciones que integran el sistema y la correcta utilización de los servicios por parte de los usuarios. Las características principales de la calidad de la atención en salud son: la accesibilidad, la oportunidad, la seguridad y la racionalidad técnica. La calidad integra características adicionales como idoneidad y competencia profesional, la disponibilidad y suficiencia de recursos, la eficacia, la eficiencia, la integridad, la continuidad, la atención humanizada y la satisfacción del usuario con la atención recibida⁵.

El Estado deja explícito su papel interventor en el servicio de salud, para el logro de ciertos fines precisos. El primero de estos fines es "garantizar la observancia

² Preámbulo, ley 100 de 1993.

³ Artículo 152, ley 100 de 1993.

⁴ Las citas en comillas corresponden al artículo 153 de la ley 100 de 1993.

⁵ Artículo 3, decreto 2174 de 1996.

de los principios consagrados en la Constitución” y los principios y fundamentos ya mencionados de la ley 100 y asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social⁶.

Según la ley, el Sistema se divide en:

- Instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, sean públicas, privadas o mixtas. Ellas atienden básicamente el Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con un régimen de beneficios, para su población afiliada y beneficiaria.
- Organismos de administración y financiación: son las Entidades Promotoras de Salud, EPS; las Direcciones Seccionales y Locales de Salud (de los departamentos y los municipios, respectivamente) y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Existen además unas instituciones para la administración del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POS-S, llamadas Administradoras de Régimen Subsidiado, ARS.
- Organismos de vigilancia: son los ministerios de Salud y de Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y la Superintendencia Nacional en Salud.

El sector público mantiene los tres niveles mencionados en el apartado *El derecho a la salud antes de la Constitución de 1991*: el nacional, en cabeza del Ministerio de Salud; el departamental, guiado por las direcciones seccionales de salud, y el municipal, bajo la orientación de las direcciones locales de salud.

Por ley, los departamentos y los municipios deben dirigir y organizar los servicios de salud para garantizar la salud pública mediante la acción de instituciones públicas o de particulares a los que se contratan servicios. También, a través del otorgamiento de subsidios a la demanda. Para fortalecer el proceso y cumplir la ley, los niveles departamental y municipal deben realizar reestructuraciones y reformas que les permitan, por ejemplo, acceder a los recursos para la salud. Los departamentos certifican a aquellos municipios que hayan cumplido los requisitos de ley. Si los municipios no se descentralizan en salud, es decir, si no desarrollan mecanismos que les permitan hacer un manejo autónomo financiero y administrativo de los recursos y de las entidades en salud que dependan del nivel local, dependerán hasta su descentralización del nivel departamental correspondiente⁷.

El tiempo previsto entre la expedición de la ley y la adecuación de las organizaciones del Sistema fue de un año y se denominó Régimen de Transición⁸. Los

⁶ Artículo 154, ley 100 de 1993.

⁷ Artículo 7, decreto 1290 de 1994.

⁸ Artículo 234, ley 100 de 1993.

Servicios Seccionales de Salud tendrían dos años para organizar el régimen subsidiado, es decir, hasta 1995, de forma que “una parte creciente de los ingresos de las instituciones prestadoras provenga de la venta de servicios de los planes de salud del sistema general de seguridad social en salud”. Para ello,

las direcciones seccionales, distritales y municipales deberán presentar al Ministerio de Salud, como parte del plan de ampliación de coberturas, mejoramiento de calidad y descentralización de que tratan los artículos 13 y 14 de la ley 60 de 1993, las condiciones y términos de transición para la sustitución de transferencias por la contratación de servicios y la implementación de los subsidios a la demanda en salud⁹.

En la ley, poco se dice de la salud como derecho. Más bien se habla de la “garantía de los afiliados”, que se basa en: a) la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162. b) La atención de urgencias en todo el territorio nacional. c) La libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud. d) La escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios. e) La participación de los afiliados¹⁰.

PLANES DE SALUD Y RÉGIMENES DE BENEFICIOS

Régimen Contributivo

Este régimen está destinado a cubrir a las personas de una empresa o entidad con contrato de trabajo y a trabajadores independientes con capacidad de pago, es decir, que devengan más de dos salarios mínimos mensuales.

El monto de la cotización se establece sobre la base del salario del afiliado: se cotizan al sistema 12 puntos (12%), discriminados así: el empleado aporta 4 puntos y el empleador, 8 puntos¹¹. De acuerdo con la ley, esa cotización debe cobrarla la EPS y entregarla al Fondo de Solidaridad y Garantía. El Fondo reconoce una cuantía fija anual por persona (Unidad de Pago por Capitación, UPC) a la EPS, que se calcula independiente del monto en términos absolutos cotizado por el trabajador y su empleador.

Régimen Subsidiado

El régimen subsidiado tiene por destino cubrir a todas las personas sin capacidad de pago. Se define como,

⁹ Artículo 239, ley 100 de 1993.

¹⁰ Artículo 159, ley 100 de 1993.

¹¹ En el anterior modelo de seguridad social, la suma de la cotización obrero-patronal era de 7 puntos.

el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y de su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad¹².

Su nombre obedece, en principio, a que el sistema paga un subsidio de sus gastos en salud. Pero ese subsidio no apunta, como lo mostraremos en la presentación del POS, a subsidiar de tal manera que todas las personas puedan recibir el mismo plan de salud en igualdad de condiciones: subsidia a partir de un plan ya diferenciado.

El régimen subsidiado hace especial énfasis en mujeres embarazadas, madres comunitarias, mujeres cabeza de familia, niños y niñas menores de un año, menores en "situación irregular", personas mayores de 65 años, enfermas de Hansen (lepra) y discapacitadas, indígenas, comunidades campesinas, trabajadores independientes, artistas, "toreros y subalternos", maestros de obra, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y "demás personas sin capacidad de pago"¹³.

El plan subsidiado es proporcional al valor reconocido por el CNSSS para la UPC del régimen subsidiado (UPC-S). Se afilia, entonces, a la población pobre que el sistema de salud reconoce como tal. El CNSSS define la población prioritaria teniendo en cuenta que la afiliación es gradual y que esa gradualidad depende del volumen de recursos¹⁴. Es decir, mientras que el régimen contributivo tiene mecanismos de ingreso inmediato, el régimen subsidiado está supeditado al volumen de recursos.

Plan Obligatorio de Salud, POS

Según la ley,

todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud¹⁵.

El POS, definido en el artículo 162 de la ley 100 de 1993, busca,

la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan¹⁶.

¹² Artículo 2, decreto 2357 de 1995.

¹³ Numeral 2, artículo 157, ley 100 de 1993.

¹⁴ Artículo 29, decreto 806 de 1998.

¹⁵ Literal c, artículo 156, ley 100 de 1993.

¹⁶ Artículo 162, ley 100 de 1993.

El POS es pues la oferta reglamentada de servicios de salud que las instituciones deben ofrecer a sus beneficiarios.

Años después de enunciada la ley, se reemplaza la noción de 'protección integral' por la siguiente: las "actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos y guías de atención" que se incluyan deberán seleccionarse con criterios de costo efectividad. Y se precisa que,

los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema¹⁷.

Ese cambio, de la ley de 1993 al decreto de 1998 muestra una supeditación del POS a "criterios de costo efectividad" y a "condiciones financieras del sistema" que no aparecían en la norma inicial.

El Plan presenta dos modalidades: a) un Plan Obligatorio de Salud completo, para las personas afiliadas al régimen contributivo (POS-C). b) Un Plan Subsidiado (POS-S), diferente al del régimen contributivo y destinado a las personas afiliadas al régimen subsidiado. Mientras el POS-C es claro en la ley, el Plan subsidiado queda a decisión del CNSSS¹⁸.

Se dice que el Plan subsidiado es una obligación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y de las Empresas Solidarias de Salud que estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado¹⁹. No es pues una obligación universal prestar servicios de salud a las personas sin capacidad de pago (pago que haría en todo caso el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía) sino que es deber del sector público y de las EPS que así lo decidan autónomamente. La ley 100 de 1993 proyectó que antes del año 2001 habría una cobertura total y una igualación del POS-C al POS-S²⁰. Esta proyección se confirmó en un Acuerdo del CNSSS años después²¹ sin que se haya cumplido.

¹⁷ Parágrafo, artículo 9, decreto 806 de 1998.

¹⁸ Artículo 13, decreto 806 de 1998.

¹⁹ Artículo 13, decreto 806 de 1998.

²⁰ Artículo 157, ley 100 de 1993.

²¹ "Ampliación de los contenidos del POS-S que le igualen o lo aproximen a lo definido para el POS del régimen contributivo, con el respectivo ajuste del valor del subsidio [artículo 47, acuerdo 77 de 1997].

Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POS-S

El Plan de Salud del régimen subsidiado comprende elementos para la atención básica de primer nivel que son: a) acciones de promoción y educación en salud. b) Acciones de prevención de la enfermedad y protección específica. c) Acciones de recuperación de la salud. d) Transporte de pacientes. e) Medicamentos y ayudas diagnósticas.

En estas acciones se contempla²² la "atención integral médica, odontológica y de enfermería de todos los eventos y problemas de salud susceptibles de ser atendidos en forma ambulatoria". También se incluye la atención hospitalaria que garantiza "la atención integral de los eventos que requieran una menor complejidad". Para la atención ambulatoria de segundo y tercer nivel se habla de "atención integral en ginecobstetricia y pediatría" y "atención integral en traumatología y ortopedia para todos los grupos de edad". El POS-S incluye la "atención integral necesaria en cualquier complejidad de pacientes con quemaduras mayores al 20%", incluso la cirugía plástica reconstructiva o funcional; "la atención integral necesaria en cualquier complejidad, del portador asintomático del VIH y del paciente con diagnóstico de sida" y "la atención integral necesaria en cualquier nivel de complejidad del paciente con cáncer".

Luego se adicionaron al POS-S más beneficios como la "atención necesaria para la rehabilitación funcional de las personas, en cualquier edad, con deficiencia, discapacidad y/o minusvalía, cualquiera que haya sido la patología causante"²³.

La lista de servicios del POS-S parece extensa, pero la posibilidad de garantizarlos depende de los recursos destinados al POS-S: la UPC-S, de acuerdo con la ley 100. Esa circunstancia vuelve inútil cualquier listado mientras la norma no garantice esos recursos.

Para el caso de las comunidades indígenas, El POS-S "podrá ser ajustado y concertado entre las comunidades indígenas, las administradoras del régimen subsidiado y la entidad territorial", eso sí, "dentro del tope máximo de la UPC subsidiado". Igualmente, deberán concertarse las formas de prestación de servicios del POS objeto de la concertación y las IPS que constituyen la red prestadora²⁴.

Plan de Atención Básica, PAB.

El anterior Plan Obligatorio de Salud debe completarse con una serie de acciones de salud pública en prevención de la enfermedad y en promoción de la salud. Esas acciones se conocen en su conjunto como Plan de Atención Básica, PAB. En cuanto

²² Para las siguientes citas véase artículo 1, acuerdo 049 de 1996, CNSSS.

²³ Artículo 1, acuerdo 074 de 1997, CNSSS.

²⁴ Artículo 8, Acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

acciones de salud pública, se dirigen a la colectividad. La prestación de los servicios de este Plan es gratuita y obligatoria y su financiación dependería de los "recursos fiscales del gobierno nacional, complementada con recursos de los entes territoriales"²⁵.

Este Plan comprendería acciones de información pública, educación y fomento de la salud, control al consumo de tabaco y alcohol, complementación nutricional, planificación familiar, desparasitación escolar, control de vectores y control de enfermedades transmisibles como sida, tuberculosis, lepra y malaria.

Planes Adicionales de Salud

Los también llamados Planes de Atención Complementaria, PAC, definidos en los decretos 1938 de 1994 y 806 de 1998, son

aquel conjunto de beneficios que comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Esta definición crea una categoría de actividad "no indispensable/no necesaria" en la que elementos propios del servicio de salud (pero costosos) dejan de entenderse como parte de la atención integral y se asumen como servicios 'suntuosos', pues se definen en la norma como los "no incluidos en el POS."

Así, se reconoce la posibilidad de que existan planes de beneficios adicionales al POS y que pueden ofrecer las EPS a sus afiliados. Estos Planes Adicionales de Salud "son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares"²⁶, con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

AFILIADOS Y BENEFICIARIOS

Las personas afiliadas y beneficiarias del régimen contributivo no entrañan en principio discusión: son afiliados los trabajadores cotizantes a la seguridad social y sus familiares son beneficiarios. Pero para la selección de las personas necesitadas de subsidio estatal hay discusiones sobre los criterios y los mecanismos más idóneos. La ley recurrió al Sistema de Identificación de Beneficiarios para Programas Sociales, Sisbén, para determinar las personas mercedores del subsidio y su magnitud.

El Sisbén es

el conjunto de reglas, normas y procedimientos que permiten obtener información socioeconómica confiable y actualizada para focalizar el gas-

²⁵ Artículo 165, ley 100 de 1993.

²⁶ Artículo 17, decreto 806 de 1998.

to social. Es una herramienta básica que facilita la selección técnica, objetiva de beneficiarios de programas sociales, de acuerdo con su condición socioeconómica particular, representada mediante un indicador resumen de calidad de vida²⁷.

La pobreza medida por el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) implica los siguientes criterios:

- Porcentaje de hogares en viviendas inadecuadas (condiciones físicas de la vivienda).
- Porcentaje de hogares en viviendas sin servicios básicos (fuente adecuada de agua y servicio sanitario).
- Porcentaje de hogares con hacinamiento crítico (más de tres personas por cuarto).
- Porcentaje de hogares con alta dependencia económica (más de tres personas dependientes de un familiar ocupado y simultáneamente, escolaridad del jefe de hogar inferior a tres años).
- Porcentaje de hogares con ausentismo escolar (un niño entre seis y doce años pariente del jefe de hogar que no asiste a un centro de educación formal)²⁸.

El hogar que presenta al menos uno de los anteriores indicadores se considera pobre. Aquel que presenta dos o más indicadores se considera en miseria. Con este mecanismo, el gobierno ha desarrollado la carnetización y afiliación de las personas al régimen subsidiado y en ese proceso han participado las propias comunidades.

Los vinculados

Además de las personas cubiertas por el régimen contributivo y por el régimen subsidiado, existe un tercer grupo: el de aquellas que carecen de recursos pero que por situaciones particulares no han sido incorporadas al sistema y por tanto no tienen ningún servicio de salud; entre ellas se destacan los indigentes, los indígenas y la población de áreas rurales de difícil acceso.

Mientras se termina la incorporación de personas al sistema, las personas que en principio pertenecerían al régimen subsidiado pero

que no hayan podido afiliarse al régimen subsidiado por disponibilidad de recursos para subsidios a la demanda, deberán ser atendidas, en calidad de vinculados, en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública o

²⁷ Minsalud [1995, 204].

²⁸ DNP [1994].

Empresas Sociales del Estado o IPS privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta²⁹.

La ley denomina a esta población *los vinculados* y su situación es, teóricamente, temporal. Se calcula que bajo esta denominación se encuentran 20 millones de colombianos (es decir, paradójicamente, 'no vinculados' al Sistema). De ellos, el 60% (12 millones) no tiene ningún servicio de salud³⁰. Cinco años después de la reforma, se insiste en que la figura de personas vinculadas implica una forma transitoria: "serán vinculadas al sistema general de seguridad social en salud las personas que no tienen capacidad de pago mientras se afilian al régimen subsidiado"³¹.

ENTIDADES DEL SISTEMA

Entidades Promotoras de Salud, EPS

Las EPS son esas instituciones de orden administrativo que actúan como intermediarias entre la persona que necesita y/o cotiza por unos servicios y la entidad que ofrece los servicios, es decir, entre el usuario y la IPS. Estas entidades "tendrán a cargo la afiliación de los usuarios (en principio, solo los del régimen contributivo) y la administración de la prestación de servicios de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS"³². Por cada persona afiliada y beneficiaria, la EPS recibe una UPC (Unidad de Pago por Capitación)³³ de la que toma un porcentaje para sus gastos administrativos. Las EPS son las encargadas del recaudo de cotizaciones, del cual deben dar cuenta al Fondo de Solidaridad y Garantía³⁴.

Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS

Según la ley,

Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas³⁵.

Tienen la función de "prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley"³⁶.

²⁹ Artículo 49, acuerdo 77 de 1997.

³⁰ Guzmán y Redondo [1999, 51].

³¹ Artículo 32, decreto 806 de 1998.

³² Literal e, artículo 156, ley 100 de 1993.

³³ Literal f, artículo 156, y artículo 182, ley 100 de 1993.

³⁴ Artículo 177 y 178, ley 100 de 1993.

³⁵ Literal i, artículo 156, ley 100 de 1993.

³⁶ Artículo 185, ley 100 de 1993.

Es decir, las IPS son las instituciones que brindan servicios de salud (hospitales, centros de salud, asociaciones de profesionales, consultorios)³⁷. Estos sitios son contratados por las EPS³⁸, las ARS o pertenecen a los servicios seccionales o locales de salud (IPS públicas) para que asistan en salud a sus afiliados. Los usuarios podrían, teóricamente, elegir libremente a la IPS que más le convenga.

Antes de 1993, los hospitales públicos recibían recursos del Estado para que ofrecieran servicios de salud, lo que se llamó 'subsidio a la oferta'. Luego de la ley 100, se consideró que los hospitales públicos debían seguir recibiendo durante los tres primeros años de vigencia de la ley (1993-1996),

como mínimo una suma igual en términos reales a la obtenida durante el año fiscal inmediatamente anterior a la fecha de la presente ley. Una vez concluido este término se acogerá el programa de conversión concertado entre el Ministerio de Salud y las entidades territoriales³⁹.

Este programa de conversión consiste en reemplazar el llamado subsidio a la oferta por el 'subsidio a la demanda', con lo cual un hospital recibirá recursos de acuerdo con el número de actos médicos que haya realizado y que pueda comprobar que ha realizado. Este proceso de cambio de subsidio, la organización administrativa y la autonomía financiera permiten a los hospitales públicos cumplir con el mandato legal de convertirse en Empresas Sociales del Estado, ESE, nombre con que la ley designa a las IPS del sector público.

Administradoras de Régimen Subsidiado, ARS

La administración del régimen subsidiado tuvo varias definiciones a lo largo de la década. En principio, la ley 100 contempló que los Servicios Seccionales de Salud podrían celebrar convenios con las EPS para la administración del régimen subsidiado⁴⁰. Posteriormente, se decidió que esos servicios seccionales hagan directamente las veces de EPS del régimen subsidiado, de manera transitoria hasta el 31 de diciembre de 1994. Esto generó dos administraciones paralelas y superpuestas, con tareas poco delimitadas y duplicidad de responsabilidades, por ejemplo, en el área de prevención y promoción.

La primera forma organizativa intentada para el régimen subsidiado fue la de Empresas Solidarias en Salud (ESS), en las que las comunidades pobres adminis-

³⁷ Las IPS han tenido regulación mediante el decreto 2753 de 1997, en relación con su complejidad, modalidades de prestación de servicios y formas de contratación.

³⁸ La regulación de las relaciones IPS-EPS se hizo mediante el decreto 723 de 1997 en aspectos como la contratación y las formas de cobro.

³⁹ Artículo 238, ley 100 de 1993.

⁴⁰ Literal o, artículo 156, ley 100 de 1993.

traban sus recursos, contrataban servicios de salud y recibían un subsidio directo otorgado por el Estado⁴¹. Luego se creó una nueva categoría, las ARS (Administradoras de Régimen Subsidiado), que son, resumiendo, las EPS para el régimen subsidiado.

En resumen,

las empresas solidarias de salud, ESS; las cajas de compensación familiar y las entidades promotoras de salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente decreto y sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud⁴²,

pueden administrar recursos como ARS.

Las ARS tienen el deber de garantizar también la cobertura de las llamadas enfermedades catastróficas, para lo cual se sugiere la contratación de reaseguros⁴³. Es también deber de las ARS realizar las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, en los términos que contempla la ley⁴⁴.

Empresas Solidarias en Salud, ESS

Las ESS eran entidades de origen comunitario por medio de las cuales las mismas comunidades podían organizar la oferta de servicios de salud. Las ESS desarrollaban sus propias administraciones y contrataban servicios para el régimen subsidiado. Así, pequeños colectivos tenían la posibilidad de gestionar sus servicios, incluso comunidades de tan solo 5 mil habitantes⁴⁵.

Las ESS significaban para el sistema una real forma de participación de la comunidad en el desarrollo de la ley 100 de 1993, mucho más que los Comités de Participación Comunitaria, en la medida en que aquellas participaban no sólo de los entes de dirección de los hospitales públicos, como manda la ley, sino en todo el proceso de implantación del sistema: desde la identificación de beneficiarios, la promoción, la afiliación, hasta la contratación de servicios y la supervisión de su calidad.

Pero el Estado desmontó deliberadamente esa forma de participación, con el argumento de la pérdida de recursos del régimen subsidiado y la necesidad de ajustarlo. Si bien esa pérdida y esa necesidad son ciertas, también lo es que las medidas tomadas no servían para evitar los inconvenientes sino para favorecer a los oligopolios en salud, como ilustraremos más adelante.

⁴¹ Véase, entre otros trabajos, VV.AA [1996].

⁴² Artículo 1, decreto 1804 de 1999.

⁴³ Artículo 5, acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

⁴⁴ Artículo 7, acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

⁴⁵ Parágrafo 1, artículo 6, decreto 2357 de 1995. Otras normas para las ESS son: decreto 2357 de 1995 y decreto 1804 de 1999.

FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD

La Constitución de 1991 crea una nueva figura: el Situado Fiscal, como parte de los Ingresos Corrientes de la Nación. Estos ingresos son el conjunto de los recaudos nacionales por concepto de IVA y de impuestos a la renta y al comercio exterior. A partir de los procesos de descentralización⁴⁶, corresponde al municipio la administración última de los recursos de la salud, cuya fuente es el 25% de los Ingresos corrientes de la nación. De ese 25%, 15 puntos se destinan al régimen subsidiado. El monto total recaudado, dividido por el valor de la UPC, da como resultado el número de personas que esos recursos pueden cubrir. Este es el llamado cambio del subsidio a la oferta (dar recursos directamente a los hospitales) al subsidio a la demanda (dar recursos a los entes territoriales para que subsidien los requerimientos en salud de las personas).

El Situado Fiscal se define como el porcentaje de Ingresos Corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos y los distritos para la atención directa o a través de los municipios, de los servicios de educación y salud⁴⁷. Se invertirá de acuerdo con los porcentajes que determina la ley 60 de 1993: el 20%, para salud; el 60%, para educación, y el 20% restante, en salud o educación, según lo estime el municipio. Para la distribución del Situado Fiscal en el departamento debe tenerse en cuenta que el 50% debe destinarse a la atención del primer nivel en salud (que por definición es responsabilidad de los municipios) y que el 5%, tanto del departamento como de los municipios, debe dedicarse al fomento de la salud.

Para el restante paquete de Ingresos Corrientes de la Nación no contemplados en el Situado Fiscal, la Constitución fija unos porcentajes para ser otorgados a los municipios con destinación exclusiva para inversión social y cuya distribución debe ser la siguiente: para educación, 30%; para salud, 25%; para servicio de agua potable y saneamiento básico, 20%; para educación física, recreación y deporte, cultura y aprovechamiento del tiempo libre, 5%, y en libre inversión, 20%. Esta distribución se hace teniendo en cuenta (para el 60%) el nivel de pobreza, el Índice NBI, y (para el 40%) en función de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en la calidad de vida. Finalmente, las rentas cedidas son los recaudos de impuestos que se realizan directamente en los departamentos y que tienen destinación específica para la salud, tales como loterías, cerveza y licores en general.

El Situado Fiscal será un porcentaje creciente que tendrá como mínimo los siguientes porcentajes de participación: para el año de 1994, 23%; para 1995, 23,5%, y para 1996, 24,5%.

⁴⁶ ley 10 de 1990 y ley 60 de 1993.

⁴⁷ Artículo 356, *Constitución Política de Colombia*.

Del total que corresponda a cada departamento, será obligatorio destinar como mínimo el 60% para educación y el 20% para salud. El 20% restante lo deberá destinar el departamento o distrito a salud o educación, según sus metas en coberturas y demás fuentes de financiación de estos sectores⁴⁸.

Fondo de Solidaridad y Garantía

El Fosal es una cuenta cuya dirección y control integral está a cargo del Ministerio de Salud⁴⁹ y que tendrá por objeto, de acuerdo con la ley, "garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema general de seguridad social en salud"⁵⁰. Aunque la norma plantea el control integral en manos del Ministerio, el CNSSS actuará, según la misma norma, como un consejo administrador y sus responsabilidades son, entre otras, definir "los criterios de utilización y distribución de los recursos del Fosal", "aprobar el presupuesto anual de ingresos y gastos" y "aprobar anualmente los criterios de distribución de los excedentes existentes"⁵¹. El Fosal está organizado a su vez en cuatro subcuentas⁵²:

- Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo: con la que se paga una UPC a cada EPS por cada afiliado que tenga. A esta cuenta entran los recursos provenientes de las cotizaciones.
- Subcuenta de solidaridad del régimen de subsidios en salud: un punto de los 12 que cotizan los afiliados al sistema se destina para esta subcuenta. Esta cuenta se alimenta además de los recursos de la nación y los recursos provenientes de diferentes impuestos.
- Subcuenta de la promoción en salud: destinada a la financiación de actividades de promoción de la salud. Se financia con 0,5 puntos de la cotización de cada afiliado del régimen contributivo, para cumplir con la norma:

La prestación de las actividades, intervenciones y procedimientos definidos en el Plan de Atención Básica en Salud será financiada con recursos del Situado Fiscal destinados al fomento de la salud y prevención de la enfermedad, con los recursos fiscales derivados de los programas nacionales del Ministerio de Salud y con recursos que para el efecto destinen los departamentos, distritos y municipios⁵³.

48 Artículo 10, ley 60 de 1993.

49 Artículo 5, decreto 1283 de 1996.

50 Literal l, artículo 156, ley 100 de 1993.

51 Artículo 5, decreto 1283 de 1996.

52 Artículos 218 al 221, ley 100 de 1993.

53 Artículo 6, decreto 806 de 1998.

- Subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito: destinada a la atención de víctimas de desastres y accidentes de tránsito. Financiada con los recursos del Fonsat (Fondo Nacional de Accidentes de Tránsito) principalmente.

“El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema general de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, que delegará en lo pertinente esta función en las entidades promotoras en salud”⁵⁴.

Unidad de Pago por Capacitación, UPC.

La figura de la UPC es una recomendación del Banco Mundial para controlar los gastos en salud. Consiste en promover el pago anticipado (la cotización) de una cantidad fija por persona⁵⁵. El CNSSS⁵⁶ fija cada año el monto de la Unidad de Pago por Capacitación⁵⁷, que es el valor que anualmente reconoce el Fosyga a las EPS por cada uno de sus afiliados. La UPC contiene las actividades de prevención y promoción, la prestación del servicio asistencial y los gastos de administración.

Existen dos tipos de UPC: la del régimen contributivo (UPC-C) y la del régimen subsidiado (UPC-S). Cada uno tiene su propio valor que se calcula sobre la base de que la UPC-S es equivalente a la mitad del valor de la UPC-C. La etapa de transición es el tiempo calculado para que el sistema unifique progresivamente el valor de las UPC y por tanto unifique el Plan de Salud de manera que sea igual para todas las personas; esta etapa debía concluir, según la ley, en el año 2001⁵⁸.

Cuotas moderadoras y copagos

El CNSSS definió el régimen legal de los pagos compartidos y las cuotas moderadoras⁵⁹. Determinó como cuotas moderadoras las que “tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS”. Delimitó como copagos, “los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”. Las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras los copagos lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios. En ambos casos, el soporte es el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Las cuotas moderadoras serán:

54 Literal d, artículo 156, ley 100 de 1993.

55 BM y FMI [1993].

56 Artículo 172 y 182, ley 100 de 1993.

57 Artículo 172 y 182, ley 100 de 1993.

58 Artículo 162, ley 100 de 1993.

59 Acuerdo 030 de 1995 del CNSSS.

- Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos, hasta un 10% de un salario mínimo diario legal vigente.
- Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos, hasta un 40% de un salario mínimo diario legal vigente.
- Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco salarios mínimos, hasta el 105% de un salario mínimo diario legal vigente⁶⁰.

Así, además de la cotización mensual de 12 puntos, las personas deben cancelar algo más por los servicios de salud que, en principio, aparecían integrales en el POS y cubiertos por la cotización de salud. Se pagan cuotas moderadoras en las frecuencias que autónomamente definan las EPS, en caso de⁶¹:

- Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada.
- Consulta externa realizada por médico especialista.
- Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios.
- Exámenes de diagnóstico hechos por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante.
- Exámenes de diagnóstico realizados por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante.
- Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando su utilización no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

Se pagan copagos en caso de todos los servicios contenidos en el POS con excepción de los de promoción y prevención, los programas de control en atención materno-infantil, programas de control en atención de las enfermedades transmisibles (es decir, del PAB, que debe ser gratis por mandato constitucional) y de atención inicial de urgencias. La justificación de tales medidas, para los afiliados cotizantes, es la siguiente: "Las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS". Para los demás beneficiarios, los copagos "tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema"⁶².

⁶⁰ Artículo 8, acuerdo 30 del CNSSS.

⁶¹ Artículo 6, acuerdo 30, CNSSS.

⁶² Artículos 1 y 2, acuerdo 30 de 1996, CNSSS.

Sólo tres años después se precisó un tope para el cobro de copagos:

El valor máximo por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes de la siguiente manera: 1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos: hasta la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. 2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes: hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes: hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁶³.

Financiación del régimen subsidiado

La ley 100 planteó la financiación del régimen subsidiado a partir de

los recursos que ingresan a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, destinados a subsidios a la demanda, Situado Fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y demás rentas ordinarias y de destinación específica, de conformidad con lo establecido en la ley⁶⁴.

Así, las fuentes de financiación del régimen subsidiado son:

- Un punto de la cotización que hacen los afiliados al régimen contributivo (principio de solidaridad).
- El llamado *pari pasu*, que consiste en que el Estado dará un monto al régimen subsidiado teniendo como referente la cantidad que se recaude por el punto inmediatamente anterior.
- Lo recibido por impuestos a armas y a explosivos.
- Cinco a diez puntos de recaudos de las cajas de compensación familiar.
- Aportes de las remesas de explotación de petróleo en Cusiana y Cupiagua.
- Otros aportes de origen fiscal (licores, juegos de azar, etcétera).

Estos recursos, más los destinados para tal fin por parte del Estado, serían los llamados a pagar al sistema de salud los subsidios de las personas sin capacidad de pago. Para su manejo, los entes territoriales (departamentos y municipios) deben crear Fondos Territoriales de Salud que serán, en cada territorio,

⁶³ Artículo 10, acuerdo 30 de 1996 del CNSSS.

⁶⁴ Artículo 14, decreto 806 de 1998.

una cuenta especial de su presupuesto, con unidad de caja, sometida a las normas del régimen presupuestal y fiscal de la entidad territorial, bajo la administración de la dirección seccional o local de salud, cuyo ordenador del gasto será el respectivo jefe de la administración o su delegado. A dicho fondo se deberán girar todas las rentas nacionales cedidas o transferidas, con destinación específica, para la dirección y prestación de servicios de salud; los recursos correspondientes al Situado Fiscal para salud; los recursos libremente asignados para salud y, en general, la totalidad de los recursos recaudados en el ente territorial respectivo, y los recursos directos o provenientes de cofinanciación que se destinen, igualmente, para el sector salud, respetando los recursos de la seguridad, la previsión social y del subsidio familiar⁶⁵.

La división matemática del monto total de recursos en el valor de la UPC-S da el total de personas que serían cubiertas por este régimen, sistema que, como se entiende, hace depender la atención de los pobres de la suma de los aportes de los contribuyentes y los del Estado.

Cuotas de recuperación

Son montos que deben aportar los beneficiarios del régimen subsidiado de acuerdo con el nivel del Sisbén en el que están ubicados (1 es el nivel correspondiente a las personas más pobres y 6, el de las más ricas):

- Nivel 1: deberán pagar el 5% del valor de la cuenta.
- Nivel 2: deberán pagar como máximo el 10% del valor de la cuenta.
- Nivel 3: deberán pagar como máximo el 30% del valor de la cuenta.

Dicho de una manera práctica, las cuotas de recuperación son los "copagos de los pobres", cuya función, teóricamente, es evitar que abusen de los servicios de salud. Su pago se efectúa directamente a los servicios de salud. Según la ley, "para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación"⁶⁶.

VIGILANCIA Y CONTROL DEL SISTEMA DE SALUD

Como se desprende de la Constitución, el Estado tiene la responsabilidad central del servicio esencial de salud pública⁶⁷. Esto lo recoge la ley 100: "el Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de sa-

⁶⁵ Artículo 13, ley 10 de 1990.

⁶⁶ Artículo 18, decreto 2357 de 1995.

⁶⁷ Además de lo ya citado, los deberes del Estado en materia de salud se regulan con la ley 10 de 1990, el decreto-ley 2164 de 1992 y la ley 60 de 1993.

lud que constituye el sistema general de seguridad social en salud"⁶⁸. Hay también decretos posteriores que lo afirman:

el sistema general de seguridad social en salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministro de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud⁶⁹.

En relación con el punto preciso de la calidad del servicio, "la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control dentro del sistema obligatorio de garantía de calidad y aplicará las sanciones de su competencia"⁷⁰. Eso incluye el control de la gestión de las instituciones del sistema, el régimen de tarifas, el presupuesto, la calidad del servicio y transferencias oportunas de recursos⁷¹.

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS

Las decisiones en salud y la interpretación de las normas no dependen del Ministerio de Salud. Para ello se creó, en el marco de la ley 100, el CNSSS, compuesto por los ministros de Salud, Trabajo y Hacienda, representantes de las entidades departamentales y municipales de salud, dos representantes de los empleadores, uno de los cuales representará la pequeña y mediana empresa y otras formas asociativas; dos representantes por los trabajadores, uno de los cuales representará a los pensionados; el representante legal del Instituto de Seguros Sociales, un representante por las EPS, un representante de las IPS, un representante de los profesionales de la salud y uno de las asociaciones de usuarios del sector rural⁷². El CNSSS tendrá las siguientes funciones⁷³:

- Definir el plan obligatorio de salud para los regímenes contributivo y subsidiado.
- Definir el monto de las cotizaciones al sistema.
- Definir periódicamente el valor de la UPC del sistema.
- Definir el valor del subsidio en salud por cada beneficiario.
- Definir el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del POS.

⁶⁸ Artículo 156, ley 100 de 1993.

⁶⁹ Artículo 3, decreto 1152 de 1999.

⁷⁰ Artículo 4, decreto 2174 de 1996.

⁷¹ Artículo 5, decreto 1259 de 1994.

⁷² Artículo 171, ley 100 de 1993.

⁷³ Artículo 172 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 24, del decreto 1152 de 1999.

- Definir los criterios generales para la selección de los beneficiarios del régimen subsidiado.
- Definir el régimen para el pago de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad en el régimen contributivo.
- Definir el régimen de pagos compartidos del sistema de seguridad social en salud.
- Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las EPS y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
- Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el gobierno nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgo catastrófico, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.
- Reglamentar los consejos territoriales de seguridad social en salud.
- Ejercer las funciones del consejo de administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.
- Presentar ante las comisiones séptimas de Senado y Cámara un informe anual sobre la evolución de sistema general de seguridad social en salud.
- Adoptar su propio reglamento.

Es decir, dentro del CNSSS se toman decisiones, llamadas acuerdos, que definen de manera sustancial la ley 100. Así, el CNSSS adquiere un poder de decisión que le permite, proponer normas, interpretar algunas y modificar criterios que, como se verá más adelante, pueden incluso ser contrarios a los principios constitucionales y a los propios fundamentos de la ley 100 de 1993. El CNSSS no contempla un puesto para los usuarios urbanos de los servicios de salud ni para los Comités de Participación Comunitaria. En la práctica, es sintomático que los representantes de las EPS hayan sido ministros de salud o a la inversa y que no se haya concretado la participación de los representantes de la comunidad.

La libre escogencia de EPS y de IPS

El derecho de libre escogencia⁷⁴ de EPS y de IPS, es “la facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes entidades promotoras de salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del plan obligatorio”. Se argumenta que con ese derecho se obligaría a las empresas a mejorar pues actuaría como un mecanismo de control de la calidad de los servicios de salud por parte del usuario, ya que, teóricamente, escogería los de mejor calidad.

74

Artículo 153 de la ley 100 de 1993.

De este derecho podrá hacerse uso una vez por año, contando a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo que se presenten casos de mala prestación o de suspensión del servicio. El llamado régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas⁷⁵: a) obligación de afiliación. b) Configuración familiar de la afiliación. Los beneficiarios de la cobertura familiar podrán acceder a los servicios del sistema de seguridad social en salud, siempre que todos los miembros familiares, cotizantes o no, se encuentren afiliados a la misma EPS. c) Las EPS están “obligadas a garantizar la prestación del plan obligatorio de salud a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización u obtenga el subsidio correspondiente de acuerdo con lo previsto en la ley y sus normas reglamentarias. d) Las EPS “únicamente podrán rechazar una afiliación cuando carezcan de los recursos técnicos que les permitan organizar el servicio en la residencia del afiliado”.

Una vez decidida la EPS, el usuario de los servicios también podrá escoger, dentro de las IPS que contrata su respectiva EPS, la que más le convenga. Para tal efecto, la EPS “garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el plan obligatorio de salud entre un número plural de prestadores”⁷⁶.

Las EPS deberán abstenerse de prácticas no autorizadas en su competencia para captar usuarios; de acuerdo con la ley, dichas prácticas incluyen: a) ofrecer incentivos para lograr la renuncia del afiliado, como tratamientos anticipados o especiales al usuario sobre enfermedades sujetas a períodos mínimos de cotización así como bonificaciones, pagos de cualquier naturaleza o condiciones especiales para parientes en cualquier grado de afinidad o consanguinidad. b) Utilizar mecanismos de afiliación que discriminen a cualquier persona por causa de su estado previo, actual o potencial de salud y utilización de servicios. c) Terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados o negar la afiliación a quien desee afiliarse, siempre que garantice el pago de la cotización o subsidio correspondiente, salvo cuando exista prueba de que el usuario ha utilizado o intentado utilizar los beneficios que le ofrece el sistema general de seguridad social en salud en forma abusiva o de mala fe⁷⁷.

Un último límite al derecho de libre escogencia es el uso de servicios de “alto costo”, es decir, el uso de servicios que significan un gasto importante para la EPS. En tales casos, el afiliado debe permanecer en la misma EPS, “por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva entidad promotora de salud”⁷⁸, con lo que la libre escogencia está supeditada a la recuperación por parte de la EPS del gasto en salud en que incurrió.

⁷⁵ Artículo 14, decreto reglamentario 1485 de 1994.

⁷⁶ Artículo 14, decreto reglamentario 1485 de 1994.

⁷⁷ Numeral 7, artículo 14, decreto reglamentario 1485 de 1994.

⁷⁸ Numeral 9, artículo 14, decreto reglamentario 1485 de 1994.

Con el desarrollo de las ARS se incorpora en 1997 el mismo derecho para las personas del régimen subsidiado:

Todos los afiliados actuales al régimen subsidiado, como los que lleguen a afiliarse tienen el derecho de libre elección de ARS [...] Parágrafo: Los gobernadores indígenas, de común acuerdo con las autoridades legítimamente reconocidas al interior de su comunidad, podrán seleccionar la administradora del régimen subsidiado a la cual se afiliarán todos sus integrantes, buscando mantener la unidad étnica. Lo anterior no obsta para que los indígenas individualmente considerados puedan escoger una administradora diferente⁷⁹.

En síntesis, la estructura del servicio de salud destina la oferta de servicios a unas instituciones (IPS) y crea unos intermediarios encargados de la administración de recursos y la contratación de servicios, intermediarios entre la persona y el hospital, que adquieren diferentes denominaciones y modalidades (EPS, ARS, ESS). Estas diferencias de modalidad dependen fundamentalmente de la capacidad de pago del afiliado; es decir, para cada tipo de afiliado existe una oferta de intermediación, pero esta no depende de sus necesidades, de donde vive, de su composición familiar, ni del padecimiento de una enfermedad en particular: depende del nivel de recursos que tiene para ser de un régimen determinado: contributivo o subsidiado.

79

Artículo 13 y parágrafo, acuerdo 77 de 1997, CNSSS.

Derechos humanos y planes de salud

4

Este capítulo presenta elementos de tensión entre el tema de los derechos humanos y los planes de salud. Se hace sobre la base de sentencias de la Corte Constitucional y de consideraciones de ONG de derechos humanos, con la conciencia de la naturaleza diferente de estas dos fuentes.

Para algunas de las instituciones de salud, la Corte Constitucional representa uno de los principales obstáculos en el desarrollo del sistema de salud. A la vez, según muchas de esas entidades, las reclamaciones de las ONG de derechos humanos en materia de salud, además de no ser posibles desde el punto de vista de las necesidades financieras del sistema (el llamado 'equilibrio financiero'), son reclamaciones que exageran el deber del Estado y están por fuera de las posibilidades del mercado.

Como se sabe, la ley de salud estableció la creación de IPS y EPS privadas, entidades cada vez más y más determinantes en el sistema. Antes de mostrar la tensión entre los planes de salud y los derechos humanos, se requiere precisar el marco de exigibilidad jurídica del derecho a la salud a las instituciones privadas.

ENTIDADES PRIVADAS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Uno de los debates que entraña el derecho a la salud en un sistema de salud mixto con participación de oferentes de salud de la empresa privada se da en torno al marco de exigibilidad. Si el Estado es el único responsable de los derechos humanos, de su garantía y de su oferta de servicios, la prestación de servicios por particulares, prestación por demás prevista en la misma Constitución, estaría exenta de exigencia jurídica alguna en términos del derecho a la salud.

Tenemos tres posibles escenarios. El primero, como solución a la exigencia de una garantía universal e irrenunciable del derecho a la salud, caso en el que el Estado debería entonces, de manera monopólica, prestar y controlar los servicios de salud, como en el caso de Cuba, pero entraría, por lo menos en Colombia, en contradicción con la participación de particulares que contempla la Constitución.

En el segundo escenario se limitaría la exigibilidad del derecho al sector público, con lo que se permite la oferta privada pero se sacrifica el principio de universalidad y de derecho irrenunciable del que también habla la Constitución, pues no se podría exigir a los oferentes privados deberes que son propios del Estado. El tercer escenario es la exigibilidad a particulares de derechos fundamentales cuyo agente responsable es el Estado. En este último escenario se conjugan varias nociones: la universalidad del derecho, la participación del sector privado y el concepto, ya presentado, de la salud como servicio público, cuya naturaleza no cambia ni depende del tipo de oferente del servicio.

La Constitución consagra el derecho de propiedad: "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles"¹. Además, como reconoce la Corte Constitucional,

es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular².

Pero la Corte precisa también que

al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía³.

1 Artículo 58, Constitución Política de 1991.

2 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

3 Corte Constitucional, Sentencia: T-375 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

La forma de juzgar una actividad económica determinada es la misma Constitución:

el marco constitucional otorga a los actores políticos un amplio margen de libertad, al interior del cual es posible diseñar modelos económicos alternativos. Pero dichos modelos deben, en todo caso, estar encaminados a la realización de los valores que consagra la Carta, a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por la efectividad de los derechos constitucionales⁴.

Insiste la Corte en que,

la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en el que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (C.N., artículos 333, 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado. En un Estado social de derecho, dentro del cual el poder público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (C.N., artículo 334). La libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios⁵.

Las competencias del sector privado en materia de derechos humanos, del derecho a la salud, no deben entenderse como una renuncia del Estado a su deber en esta materia, sino como la convicción de que, por un lado, los derechos humanos afectan también el espacio de las relaciones privadas y, por otro, de que los particulares están obligados al acatamiento de ciertos principios constitucionales, como el ya visto de la solidaridad. Según la Corte Constitucional,

el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-074, 25 de febrero de 1993. MP: Ciro Angarita Barón.

⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales. Ahora bien, en última instancia el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen —acorde con los derechos fundamentales— las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente. Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete directamente al Estado. Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder, de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos [...] El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares⁶.

Continúa la Corte Constitucional:

la Carta de Derechos de la Constitución de 1991 y los derechos constitucionales fundamentales en ella contenidos vinculan tanto al Estado como a los particulares [...]. La idea de que los derechos constitucionales también vinculan a los particulares, se refuerza en el artículo cuarto de la Carta, según el cual la Constitución es norma de normas, y es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades. El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares.

Aunque la Corte también precisa que “si bien es cierto, entonces, que los particulares, al igual que el Estado, están obligados a respetar los derechos constitucionales fundamentales, también es cierto que no se trata de una obligación de respeto homogénea o del mismo grado⁷.

⁶ Corte Constitucional: Sentencia C-587, 12 de noviembre de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.

⁷ Corte Constitucional: Sentencia C-587, noviembre de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

La Corte Constitucional da la misma definición de servicio público en el caso en que el prestador es del sector público o cuando es del sector privado.

Resulta claro que la tesis a cuyo amparo era considerada como de servicio público únicamente la actividad realizada por la administración, ha sido superada, razón por la cual lo corriente en la época actual es que se permita a los particulares, o a entidades provenientes del sector privado, acudir a prestar tales servicios, dentro de las prerrogativas que les otorgue el ordenamiento jurídico y, desde luego, sujetándose éstos a los controles especiales que contempla la normatividad en defensa de los intereses colectivos [...]. Nos encontramos, entonces, ante la posibilidad de que los particulares puedan garantizar la prestación del servicio público, lo cual implica la concesión de ciertas prerrogativas, con obligaciones que corresponde cumplir al particular y que al mismo tiempo impone a la administración el deber de inspeccionar tales actividades⁸.

Una vez aclarados estos dos aspectos, la exigibilidad jurídica de derechos humanos a instituciones privadas comprometidas en la oferta de un servicio público y los límites constitucionales a la libertad de empresa, podemos entrar al debate entre el sistema de salud y los derechos humanos.

ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA

El principal problema, a nuestro juicio, es la existencia de dos tipos de población de cara al sistema de salud y de los criterios que hay para su creación y definición. El sistema determina dos segmentos de la población sobre la base de su capacidad de pago al sistema, su capacidad de cotización. Entonces, lo que determina el acceso no es la necesidad. Esto, en un sistema de salud basado fundamentalmente en la cotización sobre el salario, es más grave en un país con un alto nivel de pobreza⁹, desempleo¹⁰, subempleo y empleo informal.

En Colombia, que tiene una población de 44 millones, más de 25 millones de personas viven con menos de 2 dólares diarios, 11 millones sobreviven con la mitad de eso, más de tres millones no tienen empleo y casi 7 millones están subempleadas; 2,5 millones de niños trabajan y un millón de campesinos no tiene tierra¹¹. Esta estructura de franjas poblacionales no sólo viola una noción de igualdad en los

⁸ Corte Constitucional, Sentencia: T-443, 6 de julio de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Se calcula, según fuentes del mismo gobierno, que 26 de los 40 millones de colombianos están por debajo de la línea de pobreza.

¹⁰ El desempleo en Colombia llegó en 2000 al 19,7% [Revista Dinero 2001].

¹¹ "Colombia, un Estado lamentable", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.

planes de salud sino que, por su misma dinámica, genera sesgos que impiden el logro de una cobertura universal del sistema.

La segunda gran crítica al sistema de salud en Colombia es la serie de exclusiones planteadas para el mismo régimen subsidiado, es decir, para la gente sin capacidad de pago. Muchas de esas exclusiones son incompatibles con la noción de integralidad de la atención planteada en el sistema, sin que exista diferencia (si aceptamos las exclusiones como forma de control del gasto o como mecanismo de redistribución de la riqueza) en la exclusión que sufre la persona que recibe un salario mínimo frente a personas que reciben mucho más¹², pues la diferencia salarial no se tiene en cuenta para el régimen de exclusiones.

El tercer problema es la conjugación de los dos anteriores: las exclusiones y su impacto en el régimen subsidiado. Más allá de la lista de exclusiones, que luego detallaremos, el gran inconveniente para la población del régimen subsidiado es la limitación que establece el sistema a unos gastos en salud que no pueden superar el costo de una ya diferenciada Unidad de Pago por Capitación para el régimen subsidiado. Esto se agrava porque el desarrollo del régimen subsidiado se ha aplazado o dejado sin prioridad y cuenta con unos frágiles mecanismos de administración, lo que da la idea de un sistema centrado en la garantía del régimen contributivo.

Esto último se observa, por ejemplo, cuando la norma autoriza a las EPS a no afiliarse a personas en las zonas donde las empresas no tienen servicios contratados. Esta medida hace que las EPS puedan determinar de antemano el perfil de población que quieren cubrir: población urbana, que además cuenta con redes de agua potable y alcantarillado. Tal sesgo también se observa en el posterior desarrollo de las ARS pues si se hubiese contado con iguales mecanismos administrativos desde el comienzo, la misma aplicación de la ley 100 hubiese tenido un mejor desarrollo, como se demostrará luego. También las excepciones del régimen de libre escogencia¹³ tienen un sesgo que refuerza la tendencia de selección adversa de pacientes. Está organizado de tal manera que las EPS que quieran abstenerse de trabajar, a su vez, como ARS pueden no hacerlo, con lo cual concentra sus servicios en una franja de población con capacidad de pago (régimen contributivo) que, por demás, es el mercado de los planes complementarios de salud o planes adicionales.

Por último, preocupa la lógica que predomina en el sistema: la lógica de la eficacia del servicio, entendida en términos de rentabilidad, no de la garantía de la calidad que determina la ley de la manera citada. Este fenómeno permea todo el sistema, no sólo a las instituciones de salud privadas: en la medida en que el nuevo modelo determina que también las instituciones públicas deben ser autónomas en la

¹² En Colombia, la diferencia salarial supera la relación 20/1.

¹³ Véase al respecto el último apartado del capítulo 3: *La libre escogencia de EPS y de IPS*.

gestión de sus recursos y deben ser por tanto capaces de asegurar unos ingresos por venta de servicios de salud que sean, por lo menos, iguales a sus ingresos para garantizar su propio equilibrio financiero.

Esa lógica ha llevado, tal como lo demuestran muchos testimonios cotidianos y además las mismas sentencias de jueces constitucionales, a la violación de varios derechos: la libertad, la intimidad, la dignidad y hasta la vida, por el desarrollo de prácticas que aseguren del cliente el pago de los servicios de salud para garantizar el equilibrio financiero y la supervivencia de los hospitales.

El hospital público queda, dentro de esta lógica del mercado, compitiendo en la venta de servicios con los hospitales privados, pero sin que haya igualdad en los deberes entre los dos: el hospital público debe responder por la atención de las personas del régimen subsidiado y por las llamadas vinculadas al sistema. La norma entonces determina un marco de responsabilidad igual para instituciones de naturaleza y regímenes diferentes cuya competencia no significa, como afirman algunos, una actividad complementaria sino un subsidio del Estado a los servicios privados¹⁴.

PLANES DE SALUD

La igualdad como principio constitucional no significa simplemente una consideración de carácter abstracto para todos los miembros de la sociedad, sino que se acompaña de un criterio de aceptación de diferencias entre ciudadanos, diferencias que requieren un trato disímil, sin que por eso se caiga en un comportamiento injusto para con los no beneficiados. En la Constitución es clara la protección especial del Estado a las personas en condición de "debilidad manifiesta"¹⁵, principio que constituye un elemento central en la discusión sobre la organización de los diferentes planes de salud:

La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los 'términos de comparación'. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad [...] Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas —entre ellas rasgos o circunstancias personales— diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación

¹⁴ Fleury [sin fecha].

¹⁵ Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*.

y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etcétera). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia¹⁶.

Esto implica que no toda desigualdad constituye discriminación, pues aquella podría tener una justificación objetiva, máxime cuando, en el caso colombiano, la Constitución misma plantea la necesidad de un trato desigual para aquellos en "debilidad manifiesta". Mientras tanto, la Carta constitucional proscribió expresamente los criterios universales de trato discriminatorio que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos. Esa interpretación se ha aplicado a casos concretos relacionados con prestaciones estatales:

De acuerdo con lo señalado por el artículo 13 de la Constitución Política y reiterado por el artículo 47 del mismo estatuto, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta¹⁷.

La Corte fue clara en decir que corresponde al legislador definir criterios para fijar los alcances de un tratamiento diferenciado en la ley, pero precisa que "en el seno de un Estado social de derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes, el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional"¹⁸, con lo cual no es omnipotente el legislador para definir tales criterios. A partir de ahí, preocupa la forma como el legislador formuló los planes de salud, pues luego, por medio de sentencias de la Corte Constitucional, se obligó a diferentes instituciones a ir más allá del texto mismo de la ley 100 y se han evidenciado tensiones entre esta ley y la Constitución, como mostraremos enseguida.

Plan Obligatorio de Salud Contributivo, POS-C

Según la ley, "todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud [...] que será denominado el

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia: T-422, 19 de junio de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-401, 3 de junio de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Corte Constitucional: Sentencia C-022, 23 de enero de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz.

plan obligatorio de salud"¹⁹. Pero tal integralidad se desvanece en la misma ley 100, pues no ofrece un servicio en igualdad de condiciones para todas las personas, sino que crea dos formas de administración y dos 'paquetes' de servicios, dos POS: uno para los cotizantes y otro para los que no tienen capacidad de pago. Son parte del régimen contributivo quienes tienen capacidad de pago como cotizantes: empleados, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes. También lo son en calidad de beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante²⁰. Esta condición da derecho al POS. La norma además determina que "cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente"²¹.

El problema es que esta división de servicios basada en las formas de financiación termina creando sistemas con tratos diferentes a sus usuarios, lo que según Isuani implica la formación de ciudadanos de primera y de segunda clase: "mientras que en las políticas de seguridad social el beneficio es un derecho que el individuo posee dada su contribución al financiamiento del mismo, las políticas de asistencia pública revisten un carácter caritativo, una dádiva a los sectores más necesitados"²². Sobre el POS hay varias consideraciones:

- La idea inicial conserva el cubrimiento de 'todas las patologías' que, como veremos más adelante, se diluye en el desarrollo de la ley y de los decretos reglamentarios. Esto constituye una grave discriminación negativa de las personas (por razón de su enfermedad), con la formulación de los "períodos mínimos de cotización" para ciertas patologías, bajo el amparo del costo del servicio y sin reparar en la necesidad del mismo.
- Según la ley 100, el POS debería contener elementos ya reconocidos en el decreto ley 1650 de 1977. Es decir, era ya un paquete ya definido en la norma. Pero en la reglamentación del POS²³ se redujo el número de actividades, intervenciones y procedimientos que inicialmente buscaban incluirse. Con esto ya se viola la disposición, contenida en la ley 100, de contar con un POS integral.
- El Plan no está supeditado en su alcance a las necesidades de las personas sino a la definición que haga la ley, lo que 'legitima' la relativización del derecho a la salud al marco legal (y financiero) que se determine.

¹⁹ Literal c, artículo 156, ley 100 de 1993.

²⁰ Artículo 26, decreto 806 de 1998.

²¹ Párrafo, artículo 28, decreto 806 de 1998.

²² Isuani [1986, 113]; sobre este debate, véanse páginas 113 a 128.

²³ Decreto 1938 de 1994.

Existen pues dos contenidos del POS: uno pleno (pero no total), determinado en la reglamentación para el régimen contributivo y otro, el POS subsidiado, que equivale al 50% del valor del primero. Tanto la reglamentación de la ley 100 como las resoluciones del CNSSS precisaron la lista de exclusiones del POS contributivo²⁴:

- Tratamientos de infertilidad.
- Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial.
- Tratamientos de psicoterapia individual.
- Corsés, sillas de ruedas y zapatos ortopédicos.
- Medicamentos no autorizados o, literalmente, "medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica".
- Transplantes de órganos. Ciertos transplantes quedan autorizados pero supeditados a la "discrecionalidad" del médico. No se excluyen aquellos de reconocida eficacia, como el transplante renal, de médula ósea, de corazón y de córnea, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas guías de atención integral.
- Tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis.
- Tratamientos de enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando de ellas no exista posibilidades de recuperación.
- Várices con fines estéticos.
- Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
- Cirugía estética o con fines de embellecimiento.
- Tratamientos de carácter experimental.
- Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
- Medias elásticas de soporte, fajas, plantillas (para zapatos ortopédicos), lentes y lentes de contacto.
- Tratamientos con drogas (medicamentos) o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.
- Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas.

24

Véanse artículo 15, decreto 1938 de 1994 y artículo 7, acuerdo 8 de 1994, CNSSS.

- Actividades, intervenciones y procedimientos no autorizados expresamente en el respectivo manual.

La reglamentación plantea que “la aplicación del Plan Obligatorio de Salud en sus diferentes fases y niveles de complejidad se desarrollará de acuerdo con el equilibrio financiero del sistema”²⁵. El POS está supeditado no al perfil epidemiológico de las personas ni a las necesidades en salud sino a la viabilidad financiera del Sistema. Y no es total, lo que implica que los servicios de salud, aun para los que cotizan al Sistema, no cubren de manera integral sus requerimientos, pues están excluidos del POS numerosos servicios, lo que ha generado debates desde los derechos humanos:

- Por el derecho a la protección de la familia, sustentado en la Constitución²⁶, y por la negación de los tratamientos de infertilidad²⁷.
- Porque se excluyen las sillas de ruedas, por ejemplo, elementos fundamentales para las personas discapacitadas²⁸ y cuya exclusión no se conduce con el principio constitucional de la protección prioritaria a las personas en debilidad manifiesta²⁹.
- Por la exclusión de medicamentos como los del sida, entre otros, por razones financieras.
- Por la exclusión de tratamientos para “enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando de ellas no exista posibilidades de recuperación”. Eso deja por fuera de la “atención (inicialmente) integral” a muchas personas; con la exclusión del trauma se niega la realidad del país: el mismo Ministerio de Salud acepta que la violencia es el principal problema de salud pública.
- Porque el uso de figuras ambiguas (várices con fines estéticos, cirugías con fines de embellecimiento o tratamientos nutricionales con fines estéticos) es una puerta para la negación de servicios cuando se argumenta que el trasfondo no guarda relación con la salud. Ya ha ocurrido, por ejemplo, con pacientes víctimas de accidentes con quemaduras o deformaciones.

La discusión relacionada con los medicamentos esenciales es específica. Esos medicamentos se definen no sobre la base de la necesidad médica de su uso

²⁵ Artículo 12, decreto 1938 de 1994.

²⁶ Artículos 42 y 43, *Constitución Política de Colombia*.

²⁷ Artículo 15, decreto 1938 de 1994.

²⁸ Véase al respecto la sentencia de la Corte Constitucional citada en el siguiente apartado de este capítulo: *Exclusión de elementos para discapacitados*.

²⁹ Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*.

sino "porque su costo se ajusta a las condiciones de economía del país"³⁰. El Defensor del Pueblo demandó esa primera reglamentación del POS mediante una acción pública de nulidad, alegando la ausencia de elementos de universalidad y de integralidad³¹, que sí aparecen en la ley 100 de 1993. Sin embargo, el Consejo de Estado denegó la demanda.

Posteriormente, el POS sufrió un nuevo ajuste mediante el decreto 806 de 1998, como mostraremos luego. Así la ley ha ido moldeando el POS: se definió en la ley 100, según el decreto ley 1650 de 1977; el decreto 1938 de 1994 lo recortó y tuvo modificaciones posteriores en el decreto 806 de 1998.

Exclusión de elementos para discapacitados

En una sentencia de 1997 se discutió sobre "la necesidad de cumplir con los principios constitucionales y legales en la materia, pero conservando un equilibrio en el sistema del cual depende la supervivencia del mismo". El caso examina la solicitud de silla de ruedas para un paciente menor de edad, citando además en el mismo sentido la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*³², especialmente en lo relacionado con los niños discapacitados³³.

Consecuente con lo anterior, considera la Sala que los niños se encuentran dentro del grupo de personas que requiere especial protección del Estado por su condición física y mental que lo coloca en circunstancias de debilidad manifiesta [...]. Ello determina, que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar: la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida [...]. La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposicio-

³⁰ Parágrafo 1, artículo 23 del decreto 1938 de 1994.

³¹ La Acción Pública de Nulidad fue presentada por el Defensor del Pueblo ante la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 9 de marzo de 1995.

³² Es importante recordar el papel que otorga la Constitución colombiana a los pactos internacionales en el ordenamiento interno. Según la Constitución, éstos hacen parte del llamado "bloque de constitucionalidad" con lo cual reconocen su vigencia y valía, en el mismo nivel de la Constitución, para efectos de la interpretación de las leyes.

³³ "Los Estados partes reconocen el derecho de un niño impedido a recibir cuidados especiales" [artículo 23, párrafo 2, ONU 1989].

nes de carácter reglamentario, como es la que excluye del plan obligatorio de salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados. Si bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el plan obligatorio de salud, cuando se afectan los referidos derechos. La Constitución es norma de normas y cuando se presente la incompatibilidad entre ésta y la ley o cualquier otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales (artículo 40). En el presente caso es evidente, que la disposición del literal f) del artículo 15 del decreto 1938 de 1994, en cuanto consagra como elementos excluidos del plan obligatorio de salud las sillas de ruedas en general, riñe manifiestamente con los artículos 13 inciso final, y 44 de la Constitución, como quedó explicado anteriormente. Más aún, cuando las condiciones económicas de los padres del menor hacen imposible que puedan sufragar los costos que implica la adquisición de la silla de ruedas. En tal virtud, se inaplicará para el caso concreto la referida disposición y se aplicarán las normas constitucionales que reconocen a los niños los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social³⁴.

En el caso de un niño sordo de nacimiento que requería un implante coclear, la Corte Constitucional consideró:

Es cierto que [el paciente] puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? [...] El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana³⁵.

³⁴ Corte Constitucional: Sentencia: T-640 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-236, mayo 21 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

En otra sentencia, la Corte Constitucional se refirió al suministro de pañales para una persona con incontinencia de esfínteres como consecuencia de una enfermedad cerebral y obligó a la EPS al suministro de pañales³⁶. También se ha pronunciado sobre lentes³⁷, zapatos ortopédicos³⁸ y cirugías que la EPS quería presentar como estéticas, cuando realmente tenían fines terapéuticos³⁹.

Exclusión de transplantes

En la ley de salud, los transplantes pueden ser de dos tipos: aquellos que “no se excluyen por su reconocida eficacia”, pero que en todo caso, solo podrían realizarse “con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas guías de atención integral”, y los excluidos. Con respecto a los primeros, más adelante explicaremos la lógica aplicada a las llamadas condiciones de elegibilidad, que los convierten en transplantes excluidos.

En los segundos, aparece como excluido, entre otros, el transplante de hígado. Amparadas en la exclusión legal, las EPS han rehusado la prestación del servicio e incluso han dejado de prestar los demás cuidados como medicamentos y exámenes de laboratorio. Solo entre abril y junio de 2000, la Asociación de Enfermos Hepáticos reportó seis casos de pacientes que fallecieron por la negativa de las empresas⁴⁰. Las EPS se escudan en que este tipo de tratamientos no hace parte del POS, pero, además, tampoco hace parte de las enfermedades llamadas catastróficas o de alto costo, con lo que las personas no tienen ningún mecanismo de cobertura para enfermedades como hepatitis B y C, cirrosis y falla hepática severa.

Sobre casos de solicitud por vía de tutela de asistencia a pacientes con enfermedades hepáticas, la Corte Constitucional dijo:

En determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas [...] la Corte recuerda que la aplicación sin contemplaciones de las limita-

³⁶ Corte Constitucional: Sentencia: T-099 de 1999, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁷ Corte Constitucional: Sentencia: T-645 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

³⁸ Corte Constitucional: Sentencia: T-597 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia: T-102 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁰ “EPS no cubren enfermedades hepáticas severas. Ni se le ocurra enfermarse del hígado” [*El Tiempo*, Bogotá, 27 de junio de 2000].

ciones y exclusiones previstas en las regulaciones que definen el POS vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento⁴¹.

En otro caso relacionado con una solicitud de transplante de hígado, negada por el Instituto de Seguros Sociales por no estar previsto como procedimiento autorizado en el POS, la Corte Constitucional reconoció la íntima relación entre la enfermedad hepática y el derecho a la vida. En el caso concreto, a pesar de la existencia de la exclusión legal, la Corte ordenó a la institución,

que la Junta Médica de Transplantes autorice el transplante hepático que requiere la señora [...] a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia [...] y asumir los cuidados y controles médicos postoperatorios⁴².

La salud mental

La exclusión de la salud mental muestra lo ajena que fue a nuestra realidad la formulación del POS en particular y del modelo de salud en general: según el mismo Ministerio de Salud, alrededor del 40% de las personas tiene condiciones de riesgo para desarrollar una enfermedad mental⁴³. Dice también que una cuarta parte de la comunidad muestra algún grado de depresión clínica asociada con pobreza y prevalencia de ansiedad (9,6%) y también asoció la frecuencia de posible trastorno mental con condiciones de pobreza. En el 4,3% de las familias se encontraron menores maltratados físicamente, el 9,7%, maltratados verbalmente, y el 0,8%, víctimas de abuso sexual. El 16,7% de la población estudiada presentó alto riesgo de alcoholismo.

A pesar de estos datos, el POS excluyó "tratamientos de psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada" que es la que sobrepasa los 30 días después de haber hecho el diagnóstico, tiempo que puede gastarse entre una y otra cita con el especialista. Además, el tratamiento de las enfermedades mentales re-

⁴¹ Corte Constitucional: Sentencia T-1204, 14 de septiembre de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-1221, 20 de septiembre de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁴³ Véase, en general, Minsalud [1994b].

quiere tiempos mayores, no tenidos en cuenta en esta decisión; la norma vulnera otra vez el criterio médico y la misma realidad.

Una paciente que sufrió en un breve lapso de tiempo varias situaciones difíciles (secuestro de dos hermanos, muerte por cáncer de una hermana y su propio divorcio) solicitó a la EPS Colseguros, a la que estaba afiliada, que le prestara atención psicológica. Fue atendida al comienzo, pero después de las primeras consultas se le negó la autorización para continuar el tratamiento pues, según la EPS, no estaba en una fase crítica. En la sentencia de la Corte Constitucional al respecto se ordenó a la EPS Colseguros que le brindara el tratamiento psicológico que venía recibiendo, durante todo el tiempo que requiriera y sin costo adicional para ella:

No es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa. Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y psicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología [...] Carece de sentido, frente a la Constitución, que la persona afectada por los síntomas de un desajuste psicológico sea rechazada en cuanto al acceso a la prestación de los servicios médicos que lo corrijan o morigeren, bajo el argumento de que no se encuentra en la fase crítica y, peor todavía, arguyendo que ya pasó la etapa inicial de dicha fase⁴⁴.

En la parte resolutoria de la misma sentencia (punto 2), la Corte decidió que

Inaplicase, en este caso concreto, el artículo 15 del decreto 1938 de 1994, reglamentario del Plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, invocado por la compañía demandada al negar la continuación del tratamiento psicológico de la accionante, en la parte que excluye de la protección el ‘tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada’ y en la que limita la psicoterapia individual de apoyo a ‘la fase crítica de la enfermedad, y sólo durante la fase inicial’⁴⁵.

⁴⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-248 de 1998. MP: José Gregorio Hernández.

⁴⁵ Es necesario precisar que estas sentencias de tutela no representan la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sino sólo determinan la aplicación o no de una norma en el caso concreto, aunque la jurisprudencia producida sí puede ser invocada en otros casos.

Medicamentos esenciales

La ley estableció que un medicamento esencial es

aquel que reúne características de ser el más costo-efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbilidad de una comunidad y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país⁴⁶.

La lista aprobada de medicamentos esenciales es exhaustiva y los medicamentos recetados deberán ceñirse a tal lista "sin que por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario"⁴⁷.

Luego se creó el Comité Técnico de Medicamentos como organismo asesor del CNSSS, "que tendrá por objeto estudiar y recomendar los criterios que deben regir el proceso de actualización del listado de medicamentos esenciales incluidos en el plan obligatorio de salud"⁴⁸, con funciones como: a) realizar los estudios y análisis que en relación con los medicamentos le solicite el CNSSS; b) estudiar las propuestas de inclusión y exclusión de medicamentos esenciales del POS, c) proponer al CNSSS los ajustes que estime pertinentes en la lista de medicamentos esenciales del POS.

Este Comité está compuesto por un delegado del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, un representante del Colegio Nacional de Químicos Farmacéuticos, un médico internista, un profesional de la salud representante de la asociación mayoritaria de IPS, un profesional de la salud con especialización en ciencias económicas, representante de la asociación mayoritaria de EPS; El director de estudios económicos e inversión pública del Ministerio de Salud y el subdirector de servicios farmacéuticos y de laboratorios del Ministerio de Salud⁴⁹.

Para la vigilancia de la producción y distribución de medicamentos, la ley 100 crea el Invima,

como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos mé-

⁴⁶ Parágrafo 1, artículo 23, decreto 1938 de 1994.

⁴⁷ Artículo 13, Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud.

⁴⁸ Artículo 1, acuerdo 51 de 1997.

⁴⁹ Artículo 1, acuerdo 129 de 1999.

dico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva⁵⁰.

El proceso de toma de decisiones en materia de medicamentos, en cuanto parte del POS, deja de ser un asunto del Ministerio para convertirse en un asunto del CNSSS, que a su vez delega tal función en un Comité Técnico. Este Comité formula un listado de medicamentos para racionalizar el gasto y priorizar unas opciones terapéuticas. Para Francisco Rossi, experto en farmacoeconomía, "en Colombia debemos tener alrededor de unos ocho o diez mil medicamentos disponibles en el mercado, pero en el Plan Obligatorio de Salud se han incluido cerca de 600 productos" que sirven para resolver la mayoría de los problemas de salud⁵¹.

El problema se sitúa en lo que ocurre con los medicamentos: a) ellos representan una alternativa terapéutica pero están excluidos del POS y son esenciales para un tratamiento determinado. b) Constituyen una segunda elección, por ejemplo en caso de alergia del paciente al medicamento de primera elección c) Son la elección frente a enfermedades poco comunes y por tanto no se contemplan dentro de la lista de medicamentos más usados. A nuestro juicio, la racionalidad de recursos basada en la estadística es una herramienta, pero no una camisa de fuerza que justifique la negación del tratamiento en esos casos que no corresponden a la mayoría de problemas de salud. Solo el hecho de que exista un medicamento en las posibilidades disponibles por la ciencia implica su potencial uso terapéutico, mucho más si el país lo ha reconocido y cumple con los requisitos legales. En palabras de la Corte,

estando la droga (el medicamento) que le fue formulada aprobada por el Ministerio de Salud y a disposición del público, negarla al peticionario, que carece de recursos económicos para proveerse de ella, significa privilegiar la situación del sujeto capaz de adquirirla, quien estaría en mejores posibilidades de defender sus derechos, los mismos que vería vulnerados un afiliado al Instituto de Seguros Sociales que, enfrentando idéntico problema, no podría disponer del tratamiento completo⁵².

Así mismo, el hecho de que exista una lista de medicamentos que se ofrece al paciente cercena tanto el derecho del médico de elegir el medicamento y en general la terapéutica que él considera adecuada, como el derecho del paciente de recibir de manera integral la terapéutica más adecuada para su condición.

⁵⁰ Artículo 245, ley 100 de 1993. La regulación posterior del Invima se hace mediante la ley 1290 de 1994.

⁵¹ Entrevista a Francisco Rossi en *Salud Colombia*, núm. 50 (Bogotá, julio-agosto 2000).

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Con ocasión de una sentencia sobre el suministro o no de medicamentos no incluidos en el POS a pacientes con VIH, la Corte dijo:

La negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes, ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, 'una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance' (Sentencia T-067/94, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. Corresponde, entonces, al Estado aportar los medios adecuados y a su alcance para dar el tratamiento prescrito. Cabe indicar que, según concepto del doctor Jesús Guillermo Prada Trujillo, los medicamentos que el actor pide y que, se repite, hacen parte del tratamiento recomendado por el médico 'han sido aprobados por el Ministerio de Salud y se encuentran disponibles sobre (sic) el mercado en Colombia' (fl. 123)⁵³.

Otro caso interesante es la solicitud de Viagra a un paciente con impotencia sexual derivada de neuropatía diabética. La Corte reafirmó varias posturas: a) a pesar de que la disfunción eréctil no conlleva a la muerte, no por eso la situación es ajena a los derechos humanos. b) Reafirma la protección del derecho a la salud como tal, sin que exista la figura de conexidad con el derecho a la vida. c) A pesar de que el Viagra no se incluye en el listado de medicamentos, la Corte considera tener en cuenta el criterio médico de la utilidad del medicamento sobre la norma. d) La salud como derecho tiene un componente psicológico que guarda relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal; en repetidas ocasiones esta corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno⁵⁴.

La Corte falló a favor del enfermo pues consideró que este “adujo las consecuencias dañinas que la disfunción eréctil viene causando en su salud mental y emocional como razón para impetrar el amparo; éste, que por sí solo es un argumento suficiente para otorgarle la protección judicial”⁵⁵.

Por último,

considera la Sala que para lograr la recuperación de los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad del peticionario, según lo dispuesto por el médico especialista, es necesario que al paciente se le suministre Viagra de 50 mg, no obstante estar excluida de la lista del plan obligatorio de salud, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos cuya protección demanda el actor” [pues] “puede afirmarse que el medicamento requerido y, según lo conceptúa el médico adscrito a la entidad demandada, cumple con el propósito de superar la afección física y psicológica que presenta el peticionario y, a su turno, garantiza la recuperación de la salud del actor⁵⁶.

En 1997 y 1998, el gobierno reglamentó los criterios para la aceptación de medicamentos no incluidos en el POS⁵⁷, con la posibilidad de que las EPS pidan el reembolso al Ministerio de Salud equivalente al costo de los medicamentos. En el período comprendido entre enero de 2000 y agosto de 2001, el Estado recibió 9.322 solicitudes de reembolso por medicamentos, de las cuales 4.030 se respondieron favorablemente, 4.863 se condicionaron y sólo 372 se rechazaron. Las respondidas y las condicionadas valieron al Estado 3.479,6 millones de pesos⁵⁸.

Los medicamentos que son objeto de polémicas se descartan por criterios de costo/beneficio y no por criterios médicos. De allí que el uso de estos últimos

⁵⁴ La Corte Constitucional cita sentencias suyas en este mismo sentido tales como: T-477 de 1995, SU-337 de 1999 y T-551 de 1999. En: Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁷ Acuerdo 83 del CNSSS “por el cual se adopta el Manual de Medicamentos” del SGSSS; y las resoluciones ministeriales 5061 de 1997 y 2312 de 1998.

⁵⁸ Minsalud, Castaño [2001].

haya ayudado a la Corte Constitucional. Pero no siempre es así, pues la orden médica como argumento de la Corte Constitucional encuentra un obstáculo en la falta de autonomía del profesional en el momento de tomar su decisión. Así se produce una de las perversiones derivadas de la aplicación de la ley: los médicos (si además se tiene en cuenta la alta tasa de desempleo que hay en esta profesión en las principales ciudades) no quieren enfrentar de ninguna manera el poder del empleador (llámese EPS, ARS, IPS o medicina prepagada) y aceptan, por defender su puesto de trabajo, decidir 'voluntariamente' por terapéuticas que, dicen bajo presión, no representan su total confianza y/o convicción. Lo que buscan realmente las IPS y las EPS es disminuir costos.

Algo más: las influencias de las empresas farmacéuticas sobre el Invima son de público conocimiento. En agosto de 1999, cuarenta y cinco empleados de ese Instituto viajaron a un balneario "a conocerse a sí mismos y a manejar el estrés", según declaraciones a la prensa, con el patrocinio de casas farmacológicas. Además, estas casas han pagado cursos de inglés a los funcionarios porque, dicen ellos, "quieren trabajar en el desarrollo espiritual de los colombianos para lograr la paz"⁵⁹. En 2000, el nuevo director del Invima manifestó que "no ha pasado un solo día en que no tenga presiones de políticos, ofrecimientos de plata, de viajes y hasta de carros para que apruebe algunas patentes", por una guerra de fármacos que mueve en el país 1,2 billones de dólares al año⁶⁰.

Los precios de los medicamentos siguen registrando aumentos hasta del 175% sin que el Estado haga un control serio. El único control parece ser la propia voluntad de los laboratorios, que en octubre de 1999 consideraron bajar los precios en un 1%⁶¹. En 2002, aunque el gobierno afirma que el alza promedio es sólo del 13%, se denunciaron incrementos hasta de un 700%, facilitados por la libertad de precios determinada por el gobierno en 1999 (de 11.293 medicamentos registrados, el Estado sólo regula el precio de 135, el 1,1%). Ya en 2001, "los analgésicos, anti-tasmáticos, jarabes, anticonceptivos, antibióticos, reguladores para la presión, broncodilatadores y pediátricos tuvieron alzas que superaron el 200%"⁶².

Planes de fertilidad

Según la Constitución, "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad [...] El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia" y reconoce que

⁵⁹ "En Invima, dádivas colectivas", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 1999.

⁶⁰ Testimonios de Miguel Rueda, director del Invima, en "Me han ofrecido plata y he tenido presiones políticas", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2000.

⁶¹ "Costos de medicinas: un corto circuito", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 1999.

⁶² "Denuncian alzas desmedidas en los medicamentos" *El Tiempo*, Bogotá, 11 de septiembre de 2002.

“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”⁶³. En el caso de la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”⁶⁴.

Puesto que la familia es una prioridad del Estado social de derecho, que es un derecho de la pareja decidir sobre el número de hijos y establecida la protección a la mujer durante la gestación y el parto, preocupa la forma como se excluyen del POS los tratamientos contra la infertilidad⁶⁵, máxime cuando (si el problema es de números) medio millón de parejas sufren esta enfermedad⁶⁶. Algunas fuentes hablan de dos millones de colombianos que tienen problemas de fertilidad debidos, en el 45% de los casos, a fallas en la salud reproductiva de la mujer y en el 55%, del hombre⁶⁷.

En otra sentencia relacionada con la salud, la Corte Constitucional afirmó:

debe resaltarse que lo comprometido en este caso no es sólo una afección psicológica que merma la autoestima del actor; su padecimiento pone en juego su capacidad de relación, en uno de los aspectos esenciales de la misma: la vida de pareja, y compromete el ejercicio de otros derechos indudablemente fundamentales, como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre la procreación de los hijos⁶⁸.

Pero, contrario a la lógica de esta sentencia, a las argumentaciones presentadas por organizaciones de derechos humanos y por organizaciones de mujeres, la Corte Constitucional excluyó en 1994 los tratamientos para la infertilidad dentro de las reclamaciones del derecho a la salud⁶⁹.

Posteriormente, en 2002, una sentencia obligó a continuar un tratamiento contra la infertilidad y reabrió el debate sobre los alcances del derecho a la salud. Con el argumento de exigir la continuidad del tratamiento ya iniciado por un médico de la misma EPS que rechazó continuarlo, la Corte decidió conceder la tutela pues

⁶³ Artículo 42, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁴ Artículo 43, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁵ Artículo 15, decreto 1938 de 1994.

⁶⁶ “Los derechos de la mujer que olvidó la Ley 100”. *El Espectador*, Bogotá, 29 de diciembre de 1996.

⁶⁷ “Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad” *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2002.

⁶⁸ La Corte cita sentencias suyas en este sentido: T-477 de 1995, SU-337 de 1999 y T-551 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero. En: Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁹ Corte Constitucional: Sentencia T-341, marzo 18 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz.

“de esta manera, el alto tribunal ampara el derecho a desarrollarse libremente como mujer y a lograr la maternidad”⁷⁰.

Según Carlos Mario Ramírez, director de Aseguramiento del Ministerio de Salud,

con los dos millones de pesos mensuales que vale el tratamiento [de una paciente específica], podrían afiliarse al régimen subsidiado 143 pobres y ofrecerles más que un tratamiento de fertilidad. En el momento hay más de siete millones de colombianos que no tienen acceso a la atención básica en salud.

Para Oscar Emilio Guerra, presidente de Acemi, el gremio de las EPS,

los jueces de la República están actuando con una indiferencia asombrosa frente al futuro de la seguridad social, pasando por encima del bienestar general para proteger intereses particulares, con el argumento de que ese es el alcance de la Constitución.

Pero según Jorge Ramírez, experto en fertilidad, el alto costo es un sofisma:

En Colombia, el recurso humano está disponible, hay que coordinar el recurso técnico y tener una red de especialistas para manejar el 80% de los casos de infertilidad en etapas iniciales y con costos mínimos. Solo el 20% de casos requiere reproducción asistida⁷¹.

Aunque el cálculo de 143 personas hecho por el vocero del Ministerio de Salud no es correcto, el debate central es sobre si el derecho puede extenderse *ad infinitum* y sobre si los derechos de los individuos tienen como límite la decisión de las mayorías o son derechos a pesar de las mayorías.

Exclusión de pruebas diagnósticas

La formulación de un Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS genera dos inconvenientes: una limitación directa al ejercicio médico y una limitación a las posibilidades diagnósticas y terapéuticas de las personas. Las listas que aparecen en el manual, cerradas, sin ninguna flexibilidad, se han convertido en la argumentación de las EPS para negar servicios y/o limitar sus responsabilidades con las personas a su cargo.

Un caso que ilustra tales prácticas es la solicitud de pruebas diagnósticas de alta complejidad (ph métrica de 24 horas y un vídeo de la estroboscopia laringea)

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2002. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷¹ “Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad”, *El Tiempo*, Bogotá, 6 de abril de 2002.

para determinar una enfermedad que una persona padece en la garganta y que, por falta de tales exámenes, durante tres años no se había podido precisar el diagnóstico. Cuando se solicitaron dichos exámenes, la EPS argumentó su exclusión del POS, de acuerdo con el artículo 18 de la resolución número 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud y de acuerdo con la ley 100 de 1993 y el decreto 1292 de 1994. La Corte fue clara en entender las preocupaciones del legislador en materia de recursos para la seguridad social en salud:

Aunque exista decisión política de llevar a la práctica tales disposiciones constitucionales, la verdad es que, si no existen los recursos humanos, económicos y tecnológicos que la prestación de los servicios de salud y seguridad social supone, pues no hay forma de hacerla realidad [...], el plan obligatorio de salud creado por la mencionada disposición, tiene una serie de exclusiones y limitaciones que busca que los recursos que actualmente se puede recaudar, cubran un mayor número de personas y, a éstas, en un mayor número de problemas de salud, pues, de lo contrario, esos mismos recursos se agotarían en atender una pocas enfermedades de alto costo. Es precisamente esto lo que el legislador quiso evitar, para empezar a cumplir con esa cobertura universal, sometiéndolo, en primer lugar, las enfermedades que supongan alto costo a un número mínimo determinado de aportes o cotizaciones al sistema y, en segundo lugar, excluyendo ciertos tratamientos y medicamentos que no contribuyan al diagnóstico de enfermedades o que sean puramente estéticos, para no nombrar más que dos de los criterios utilizados por el legislador en ese sentido⁷².

Sin embargo, continúa la Corte en la misma sentencia,

es claro para la Sala que en la presente oportunidad deben inaplicarse las disposiciones de carácter reglamentario que excluyen los exámenes cuya práctica se ordenó a la demandante, en vista de que se presentan todas las circunstancias que la jurisprudencia constitucional ha considerado necesarias para ello.

Entre esas circunstancias se destaca que no se le ha diagnosticado la enfermedad que padece, sabiéndose que "ningún otro examen puede conducir a su determinación con exactitud y de ahí que sean no solamente insustituibles la ph métrica 24 horas y la vídeo estroboscopia, sino absolutamente necesarias en este caso". Dice además la Corte:

Ahora bien, ¿cómo puede afectar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad física de la demandante, la falta de los

72

Corte Constitucional: Sentencia T-560, 6 de octubre de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

exámenes requeridos? Pues en que la enfermedad sigue latente en su organismo, porque los síntomas y la preocupación del médico sugieren que algo extraño sucede en su cuerpo y no le ha podido ser descubierta ni tratada por la misma razón, ignorándose por completo si esa enfermedad puede traerle consecuencias graves. Como esta Corporación lo reconoció en pronunciamiento anterior, esa incertidumbre sobre lo que puede ocurrirle a Margarita María, supone una amenaza grave para los derechos constitucionales fundamentales mencionados, por el simple hecho de que una lesión grave no está ciertamente descartada y, por tal razón, es posible [...] no comparte la Sala el argumento esgrimido por el 'a quo' en el sentido de que no es viable la tutela en este caso porque los exámenes no se requieren con urgencia, pues esperar que el estado de la demandante sea grave para que se vuelvan urgentes e inaplazables tales exámenes es, a todas luces, un despropósito, pues si se puede evitar el lamentable estado de encontrarse al filo de la muerte o de verse obligado a perder un órgano para sobrevivir, no hay razón válida para esperar a que ello suceda y derivar de tan lamentables circunstancias la procedencia de la tutela⁷³.

Por esta vía, la demandante pudo obtener las pruebas diagnósticas que el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS y otras normas infraconstitucionales le negaban.

Plan Obligatorio de Salud Subsidiado

El POS-S es el plan de salud para quienes no tienen capacidad de cotización: es decir, para millones de personas que no pertenecen al régimen contributivo porque no tienen posibilidad de pagar. Estas personas reciben un paquete llamado POS subsidiado, cuyo punto de partida es el POS del régimen contributivo. Este POS-C tiene un sinnúmero de limitaciones, ya explicadas, que además de mantenerse para la población más pobre, se agravan con el límite impuesto en la ley a los costes del POS-S (POS para los pobres), que no pueden exceder el valor de la mitad del POS contributivo⁷⁴. Es un problema central cuando se habla de equidad en el sistema, pues los dos sistemas (contributivo y subsidiado) corresponden a lógicas diferentes, no complementarias, pero de las que se espera la misma garantía jurídica, lo cual genera problemas de fondo.

Las personas más pobres, con ingresos menores a dos salarios mínimos, con condiciones físicas inadecuadas de vivienda, sin fuentes de agua potable o sin servicios sanitarios (es decir, con riesgo de enfermedades de transmisión hídrica),

⁷³ Corte Constitucional: Sentencia T-560, 6 de octubre de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁴ Artículo 162, ley 100 de 1993 y artículo 9, decreto 1895 de 1994.

de hacinamiento crítico (es decir, con riesgo infecciones respiratorias y enfermedades de la piel), con alta dependencia económica (es decir, bajos ingreso y por tanto, alto riesgo de desnutrición), son las personas a las que se les da un plan de servicios de salud cuyo costo es sólo el 50% del de las personas del régimen contributivo (cuya calidad de vida es mejor y cuyo riesgo de enfermarse menor). En resumen, los pobres, que en Colombia suman alrededor de 25 millones⁷⁵, tienen un entorno con condiciones que aumentan su vulnerabilidad, disponen de menos recursos para comprar salud y tienen un acceso restringido a los servicios, porque eso es lo que dispone el Estado para ellos.

La misma ley 100 dice que el CNSSS,

diseñará [para el régimen subsidiado] un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo, en forma progresiva, antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la Unidad de Pago por Capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan, de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables⁷⁶.

A pesar de este mandato legal, no se ha logrado la igualación entre ambos planes, en buena parte porque el CNSSS no ha considerado el POS-S dentro de sus prioridades.

Resulta interesante ver el contenido del POS-S y la curiosa lista de temas para la "educación y promoción de la salud", con diferencias para hombres y mujeres. Dos ejemplos: para hombres, y no para mujeres, se contempla la hemorragia digestiva. Al contrario ocurre con la coleditiasis, incluida en la lista de mujeres y excluida en la de los hombres. Estas listas muestran el afán de hacer numeraciones exhaustivas buscando controlar el fenómeno salud-enfermedad y de aplicarles cálculos de costos y estudios de rentabilidad.

Preocupa que sólo cinco años después de puesta en marcha la ley 100, la norma dio alguna respuesta sobre las necesidades de salud que no hacen parte del POS-S y que la persona no puede comprar:

cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta.

⁷⁵ DNP [1998].

⁷⁶ Artículo 162, ley 100 de 1993.

Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes⁷⁷.

Pero esta solución legal no tiene en cuenta que, precisamente, las personas sin "capacidad de pago" lo son porque no tienen recursos, pero la norma mantiene la figura de la cuota de recuperación⁷⁸.

Se entiende que el tiempo de desigualdad de los POS es tan solo una "etapa de transición" (hasta el 2001), etapa en la que las direcciones seccionales, distritales y locales de salud garantizarán la celebración de contratos de compraventa de servicios con los hospitales para atender las patologías no previstas en el POS-S, de acuerdo con el programa de conversión gradual de subsidios a la oferta a subsidios a la demanda.

Frente a esta situación, la Corte reconoció que en los casos no previstos en el POS-S, el Estado debe garantizar los servicios a través de su propia red o de los hospitales o a través de las entidades privadas:

aquellos beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayudas de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios de una complejidad mayor que la brindada por la institución prestadora de servicios que los haya atendido, deberán ser referidos por ésta, de acuerdo con los protocolos vigentes, a los hospitales públicos del subsector oficial de salud o a los privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Esto quiere decir que existirán casos en los cuales por las condiciones de salud y las necesidades de diagnóstico y tratamiento que necesita el afiliado, la cobertura señalada por el decreto 1895 de 1994 puede ser superada, en atención a la situación excepcional del mencionado afiliado⁷⁹.

Pero tal mandato no siempre es posible a través de los hospitales públicos precisamente porque estos carecen de recursos por el desmonte de subsidios del Estado, que ha llevado incluso a su cierre⁸⁰.

Un último comentario que encierra todo lo visto en el plan de salud se relaciona con la nueva tendencia del legislador. En 1998, en un intento por reorien-

⁷⁷ Artículo 31, decreto 806 de 1998.

⁷⁸ Véase al respecto el apartado *Cuotas de recuperación* del capítulo 3.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia: T-478, Exp. 73893, 25 de octubre de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁰ Sobre la crisis de los hospitales públicos, véase el primer apartado del capítulo siguiente y sobre los recursos del régimen subsidiado para los hospitales públicos, véase el primer apartado del capítulo 6.

tar el sistema hacia las necesidades del mercado, se expidió una nueva norma sobre el POS que precisa que,

Las actividades, intervenciones, medicamentos y procedimientos médicos incluidos deberán cumplir con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad, para evitar o reducir el riesgo a los pacientes, a su familia, al personal de la salud y a la comunidad en general⁸¹.

Esta norma incluye en la atención sólo las acciones que resuelven o mejoran las condiciones de salud y reducen riesgos al colectivo. Este tipo de figuras, como el proyecto de ley estatutaria del Ministerio de Salud (véase en el capítulo siguiente el apartado *Tendencias de regulación del derecho a la salud*), permite pensar que las interpretaciones tienden a hacerse en forma sesgada para excluir a los pacientes con enfermedades cuyo pronóstico no es de mejoría o cuya atención significa un costo que, desde el punto de vista colectivo, podría afectar el derecho a la salud de otros:

Plan de Atención Básica, PAB

El PAB es el 'paquete' de servicios de salud pública (prevención de la enfermedad y promoción de la salud). Por ley, su naturaleza es servir de complemento al POS-S mediante acciones de salud pública. La Corte ha entendido el derecho a la salud no sólo como la oferta de servicios de salud sino también, por ejemplo, como el suministro adecuado de agua potable o la disposición de servicios de alcantarillado que pueden, incluso, ser objeto de acción de tutela por parte de los ciudadanos⁸². Esto desmiente la histórica tendencia de ver los factores medio ambientales relacionados con la aparición de las enfermedades como condiciones naturales inevitables y no como responsabilidades estatales.

Desde el punto de vista del análisis de costos para un sistema de salud, las acciones de prevención de la enfermedad y promoción de la salud significan una real posibilidad de ahorro de recursos en cuanto se podría evitar, de manera sustancial, la presentación de enfermedades costosas y no costosas⁸³.

El PAB integra tales responsabilidades relacionadas, como ya dijimos, con educación y fomento de la salud, control del consumo de tabaco y alcohol, comple-

⁸¹ Artículo 9, decreto 806 de 1998.

⁸² "El derecho al servicio alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela" [Corte Constitucional: Sentencia T-406, junio 5 de 1992. MP: Ciro Angarita Varón].

⁸³ Castaño [2001, 5].

mentación nutricional, planificación familiar, desparasitación escolar, control de vectores y el control de enfermedades transmisibles como sida, tuberculosis, lepra y malaria. El Plan es de carácter gratuito y obligatorio y su financiación dependería de los recursos del Estado. Pero ese PAB ha ido de más a menos, de tal suerte que, para algunos, "hasta el control de las epidemias se convirtió en un desastre durante los últimos años"⁸⁴.

Mostrábamos ya que el POS-S no significa una oferta integral y se busca completar su integralidad con el PAB, complementariedad que es imposible por la misma naturaleza y limitaciones del PAB, como mostraremos enseguida. A este plan se le asignan actividades diversas, sin metodologías definidas, sin muchas posibilidades de seguimiento y evaluación del impacto y, lo más importante, con un sobredimensionamiento de sus reales alcances. Un estudio de la Universidad de los Andes encontró que la mayoría de estas acciones sólo llega al 30% de las personas⁸⁵.

El problema más sentido es que el POS y el PAB tienen lógicas diferentes: mientras el primero está pensado para individuos afiliados a una empresa, el segundo se diseñó para colectivos, para grupos sociales y su ganancia, en términos financieros, no se percibe si no se producen reales transformaciones en el entorno de las personas; estas dos lógicas no se han podido articular. Es decir, el PAB no produce ganancias a corto plazo, lo que genera el desinterés de las instituciones del sistema. Aunque las EPS disponían de 31.875 millones para planes de prevención en salud, sólo gastaron 3.712 millones⁸⁶.

Este plan centró su desarrollo inicial en el paradigma de la educación a la comunidad, a través de cursos y talleres relacionados con la salud⁸⁷. Priman figuras como la información y la educación en salud, programas de educación e información pública, programas de educación para la mujer, programas de educación para la salud a través de medios masivos, programas de educación interpersonal⁸⁸, que muestran el claro sobredimensionamiento de la educación en las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Son, por demás, actividades más baratas que las transformaciones reales a la infraestructura sanitaria y las condiciones de vida de las personas.

Según el Ministerio de Salud, en 1997, sólo 423 municipios del país (de los 1.082 que había en ese momento) formularon el Plan de Atención Básica y de estos, sólo 62 lo ejecutaron en concordancia con las directrices locales existentes⁸⁹.

⁸⁴ "La salud pública sigue en retroceso", *Salud Colombia*, núm. 37 (Bogotá, junio - julio 1999).

⁸⁵ Jaramillo [1999, 7].

⁸⁶ "La salud pública sigue en retroceso", *Salud Colombia*, núm. 37 (Bogotá, junio - julio 1999).

⁸⁷ Artículo 11, del decreto 1895 de 1994.

⁸⁸ Artículos 4 y 6 del decreto 1891 de 1994.

⁸⁹ Minsalud [1998].

Por ejemplo, un eje central de la prevención en salud lo forman los programas de vacunación. En principio, la responsabilidad del Plan Ampliado de Inmunización (PAI) es del Ministerio de Salud⁹⁰, el derecho a la salud de los niños es fundamental, según la Constitución y la ley 100 plantea que la atención materno-infantil⁹¹, lo que incluye para menores de un año los programas de inmunización. Pero, lo cierto es que vacunas como la de la hepatitis B, entre otras, son vendidas a los usuarios, incluso siendo menores de edad⁹². Si el PAB es realmente gratuito y obligatorio, como dice la norma, el Estado debería también dar cuenta de los programas de planificación familiar y de control prenatal, cosa que no sucede.

En 1999, se gastó el 96,9% de los recursos asignados a prevención y promoción y ese porcentaje se distribuyó entre los 11 programas que la ley obliga. Entre ellos, el 23% se invirtió en salud oral, el 15,5%, en prevención de enfermedades cardiovasculares, y el 15,1%, en prevención de enfermedades relacionadas con la gestación, el parto y el puerperio, es decir, el 54% de los gastos en prevención y promoción⁹³ se dirigió a esos tres programas. Lo que preocupa es que sus desarrollos se centran en actividades asistenciales propias de personal profesional, pero se muestra una mínima ejecución de otros programas relacionados con el hábitat, por lo que algunos sospechan que realmente se han hecho consultas odontológicas y médicas con recursos de promoción y prevención⁹⁴.

Se observa un descuido por las enfermedades que no generan ganancias, como la tuberculosis, la malaria, el cólera y el dengue. Son preocupantes los reportes que hay sobre ellas, que muestran lo relegadas que están en la agenda del mercado de la salud:

La incidencia del dengue hemorrágico en 1990 fue de 0,1 por 100.000 habitantes, mientras que en 1998 alcanzó el 13,9. En el caso de la malaria, la incidencia en 1990 fue de 445,5 por 100.000 habitantes, mientras que en 1997 ascendió a 712,2. En cuanto al cólera, la tasa en 1995 fue de 3,9 por 100.000 habitantes y en 1997 fue de 11,3. En 1997 fueron reportados 8.042 casos nuevos de tuberculosis, con una tasa de incidencia para ese año de 21,5 por 100.000 habitantes⁹⁵.

Un reporte del Ministerio de Salud, de 1999, muestra un estancamiento en la reducción de patologías infecciosas que venía presentándose en la década anterior y

⁹⁰ Parágrafo, artículo 5, decreto 1938 de 1994.

⁹¹ Artículo 166, ley 100 de 1993.

⁹² "Mercado negro de vacunas: Contralor", *El Heraldo*, Barraquilla, 21 de mayo de 1999.

⁹³ CNSSS [2000].

⁹⁴ Véase el análisis al Informe anual del CNSSS 1999 – 2000, en *Salud Colombia* julio-agosto 2000.

⁹⁵ DNP [2000, 147-191].

una tendencia al aumento de enfermedades de transmisión vectorial a lo largo de la década⁹⁶.

A principios de 2001, hubo en Nariño una epidemia de malaria que, al final de ese año, superaba los 25.000 casos. El hospital de referencia se cerró por problemas económicos; había 120 microscopistas de la red de malaria sin cobrar su salario, sin láminas ni reactivos; 29 lanchas estaban dañadas y no había dinero para combustible; además, no se había hecho fumigación por falta de productos químicos y de repuestos⁹⁷. Es decir, las patologías no rentables han sido ampliamente descuidadas por el Estado.

Otros indicadores relacionados con la garantía de la salud y/o las causas de la enfermedad, materia de los programas de prevención y promoción, son también preocupantes: falta de acceso a saneamiento básico (entre 6 y 10 millones de personas no cuentan con acueducto y alcantarillado), y desprotección alimentaria (hay un 8,4% de desnutrición global en el país)⁹⁸.

A pesar del *boom* de la prevención como una de las banderas de la ley 100, los niveles de morbilidad de enfermedades típicas de la pobreza, como la enfermedad diarreica aguda y la infección respiratoria aguda, muestran cifras en aumento en los últimos años. Además, se evidencia el fracaso del PAB para contener dichas patologías y aún más, para disminuirlas.

Planes Adicionales de Salud

Estos planes serán ofrecidos por "las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras"⁹⁹. Allí se ofrecen, para resumir, las exclusiones del POS, los servicios para los que se requieren períodos mínimos de cotización (cuando el paciente tiene un número inferior de semanas cotizadas) y algunos servicios de hotelería hospitalaria. Es decir, las posibilidades de adquirir servicios de salud por fuera del POS quedan supeditadas a las leyes de la oferta y la demanda y la relación médico-paciente, a la relación contractual¹⁰⁰. En los procesos de mercadeo, las EPS buscan desacreditar el POS para favorecer la venta de planes adicionales de salud.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse los siguientes planes adicionales: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en

⁹⁶ Minsalud / Oficina de Epidemiología [1999].

⁹⁷ Quintana [2002, 35].

⁹⁸ OPS [1999].

⁹⁹ Artículo 17, decreto 806 de 1998.

¹⁰⁰ Artículo 24, decreto 806 de 1998.

su régimen general, y pólizas de salud, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Estos planes son de "exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado"¹⁰¹. Consideramos que esta norma desconoce el deber del Estado de supervisar el servicio y, además, que la salud es, de acuerdo con la Constitución, un servicio público y no un "servicio privado". Es decir, en este decreto, pero no en la Constitución, la salud pasa al ámbito de las relaciones contractuales privadas y en ellas el Estado, además de abstenerse de cumplir sus deberes de organizador y director de los servicios de salud, determina que ese margen de servicios no incluido en el POS no hace parte al derecho a la salud y su acceso no es un problema del ámbito de los derechos humanos o del Estado social de derecho, sino del mercado¹⁰².

Los usuarios sólo podrán ser "personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios", es decir que los pobres, además, ni real (por falta de recursos) ni legalmente (porque la ley lo prohíbe) podrían acceder a servicios que no provengan del recortado POS-S o del subsidio a la demanda que prestan los hospitales públicos. Esa norma es la selección de clientes, la organización de una clientela cautiva por vía legal. Estos usuarios, además, podrán ser sometidos a exámenes con el objeto de "excluir algunas patologías existentes"¹⁰³. Es decir, con esto se legitima la selección adversa de pacientes.

Pero, además de lo anterior, las EPS no ofrecen planes complementarios:

lo que realmente ofrecen los vendedores de las EPS son pólizas de medicina prepagada o de seguros privados que tienen el doble problema de mantener el régimen de preexistencias y exclusiones de riesgos costosos y cobrar dos veces el costo de los mismos servicios, y así, los planes complementarios [...] no cumplen entonces el papel de complementar el plan obligatorio sino de sustituirlo, duplicando los costos del sistema¹⁰⁴.

¹⁰¹ Artículo 18, decreto 806 de 1998.

¹⁰² "*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*" (el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados) Digesto [38,2,14], citado por Bobbio [1989, 14]. Si aceptamos la salud como regulada por el derecho público, no pueden ser los contratos privados, en materia de prestación de servicios de salud, los que estén por encima y/o por fuera del derecho público aceptado.

¹⁰³ Artículo 21, decreto 806 de 1998.

¹⁰⁴ Jaramillo [1997, 17].

Derechos humanos, acceso y cobertura

5

Hemos hablado de la primera tensión que existe entre el sistema de salud y los derechos humanos, que se refiere a los planes de salud. La segunda tensión gira en torno a la cobertura universal lograda por el modelo. En este apartado, además de los problemas de afiliación general, principalmente de la población pobre, interesa tratar lo que ocurre con varios grupos especiales de personas que por sus condiciones de salud y/o de debilidad manifiesta requieren aún más de los servicios y paradójicamente su acceso se dificulta porque hay más filtros. Se trata de los discapacitados, los pacientes con VIH, los pacientes terminales y/o víctimas de enfermedades catastróficas y los desplazados por violencia. En esos casos dedicaremos apartados especiales.

La cobertura es la razón de ser de la ley 100, pues su objeto es “crear las condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. La ley establece una meta clara: “El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”¹.

Ya desde el proceso iniciado por la ley 10 de 1990 y con las reformas al Ministerio de Salud y al Sistema Nacional de Salud, se planteó que la meta de cobertura del 100% dependía de garantizar sistemas de subsidios para la población pobre, a la que habría que identificar previamente mediante la aplicación de algún modelo. La determinación de pobreza y de pobreza absoluta es discutible y las poblaciones

¹ Artículo 162, ley 100 de 1993.

en los límites de los conceptos fluctúan con una gran facilidad. La determinación de la línea de pobreza en cada país se hace mediante la estimación del costo de la canasta básica, que ha generado dudas en el caso colombiano.

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, de la ONU recomendó al gobierno colombiano,

mejorar el sistema de estadísticas sociales basado en los indicadores pertinentes, para lograr que el gobierno y todas las instituciones interesadas puedan evaluar objetivamente los problemas y los progresos efectuados en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales².

A pesar de ese tipo de recomendaciones, en 1996, al Departamento Nacional de Planeación (DNP) de Colombia, a través de cambio de criterios y ajuste de variables, le "fue posible reducir la población pobre [...] y anunciar que en Colombia había ahora 500.000 pobres menos"³. Cosa similar sucedió en 2000 con el informe del CNSSS al Congreso, que reportó un aumento de 55,2% a 59,68% en la cobertura de las personas necesitadas de subsidios: en este caso, realmente se trató, más que del aumento de cobertura, de la disminución del número de pobres, consecuencia lógica de bajar el número absoluto de personas con un alto índice NBI, precisamente en el año de mayor recesión en la historia reciente de Colombia⁴.

Según Garay,⁵ Colombia ha mantenido durante muchos años una imagen de estabilidad y crecimiento económico y en las últimas tres décadas no ha tenido grandes recesiones abruptas, ni crisis cambiarias serias. A pesar de ese crecimiento progresivo, el país no ha incorporado a la población de una manera suficiente y eficiente a la producción, ha mantenido la misma estructura de distribución de la riqueza y ha perpetuado condiciones importantes de desigualdad. Según el gobierno colombiano, para 1998, el 20% de la población tuvo ingresos inferiores a los de la línea de indigencia y el 54% tuvo ingresos inferiores a los de la línea de pobreza⁶. Otros autores cifran en 60% los niveles de pobreza⁷.

² Comité de DESC [1995].

³ Ahumada [1998, 17].

⁴ Véase el análisis al Informe anual del CNSSS 1999 – 2000, en *Salud Colombia* (julio-agosto 2000).

⁵ Para este tema, nos apoyamos en Luis Jorge Garay, por su experiencia académica y profesional. Garay ha sido asesor de varios gobiernos en sus relaciones con la banca internacional. Véase Garay [1999, especialmente el capítulo 5, 143-203].

⁶ DNP [1998].

⁷ Dice el economista Eduardo Sarmiento que "de tener un 54 por ciento de pobreza comenzando los 90, pasamos a un 60 por ciento hoy; los ingresos salariales se redujeron en una quinta parte en los dos últimos años. Y de un 10 por ciento de desem-

En general, se consideran indigentes (extremadamente pobres o en pobreza absoluta) las personas que viven en hogares cuyos ingresos son tan bajos que, aunque los destinaran íntegramente a comprar alimentos, no lograrían satisfacer adecuadamente las necesidades nutricionales de todos sus miembros. Los estratos medio-bajos, cercanos a la línea de pobreza, son altamente vulnerables a cambios mínimos en la tasa de crecimiento económico o de desempleo, lo que implica un número real de pobres aún más alto.

Ya desde 1990, se consideraba que con la aplicación de la ley 10 de ese año, el país lograría una cobertura del 90%⁸. Para otros, la posibilidad de lograr una cobertura del 100% para el año 2000 "no parece una meta irrealizable"⁹. Pero no fue una prioridad del legislador ni del Ministerio de Salud establecer los mecanismos para lograr tal fin. Incluso preocupan algunas tendencias de desafiliación y de selección adversa de afiliados, que mostraremos más adelante.

La ley 100, en su comienzo, aceptó la existencia de regímenes especiales que no hacen parte del sistema general de salud, casos de los militares y de los empleados del petróleo. Estos tratos preferenciales se observan en otros países y obedecen a la lógica del uso clientelar de los derechos sociales para captar ciertos sectores que un Estado considera prioritarios¹⁰.

Antes de la ley 100 de 1993, existía el subsidio a la oferta. Con él, los hospitales públicos recibían recursos sin que mediaran, para la oferta de servicios, formas de vinculación o carnetización previa de los potenciales usuarios. Según un informe del DNP,

En 1992, uno de cada cinco colombianos enfermos no fue atendido. El resto financió su atención de diversas formas: uno de cada cinco, por medio de seguro de salud -social o privado-; una cuarta parte, de su bolsillo, y una tercera parte, del Subsistema de Atención Pública -SAP-. Tanto los no atendidos como los que acuden al SAP pertenecen mayoritariamente a los grupos de bajos ingresos y, en contraste, los que cuentan con seguros de salud provienen de los grupos de ingresos medios y altos¹¹.

Es decir, sí había algún tipo de servicio previo, con muchos errores pero existía y lograba una cobertura no despreciable, si hablamos de un tercio del 80% de la po-

pleo hace una década, pasamos a 20,5" ["Colombia, un Estado lamentable", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002]. El mismo Garay [2000] cita cifras del 60% de pobreza.

⁸ Minsalud/Acomsap [1990, I, 117].

⁹ Minsalud y DNP [1990b, 51].

¹⁰ Sobre el uso clientelar del Estado social véase Cotarelo [1990a].

¹¹ Vélez [1996, 16]. Sobre el gasto social en salud, véanse páginas 154 a 195.

blación total. Los mencionados errores justificaron precisamente la necesidad de reformar el sistema: inequidad y falta de cobertura universal, las dos grandes promesas de la ley 100.

Ahora, en ese sistema, los registros de pacientes no daban cuenta de la cobertura potencial sino de la real, que se evaluaba con el número de actos asistenciales realizados, medidos en las planillas de registro de pacientes atendidos. Con la ley 100 aparece la necesidad de contar a los derechohabientes, potenciales y reales, con lo que se crea la figura del carnetizado. Este es una persona que para la prestación de servicios cuenta no ya con los recursos del Estado en los hospitales (subsidio a la oferta), sino con un carné que es, en principio, certificado del acceso a unos derechos. Según los actos asistenciales que hayan tenido los hospitales en relación con esos derechos, el Estado reconoce a los hospitales un subsidio (subsidio a la demanda).

Si las personas que usaban servicios públicos de salud no tenían carné con la misma lógica de carnetización de después de promulgada la ley 100, antes de la ley 100 de 1993 es imposible evaluar la cobertura por el número de personas carnetizadas y mucho menos comparar períodos en los que se usaron estrategias de registro de cobertura diferentes.

Con la ley 100, el gobierno desarrolló una importante estrategia de carnetización para el régimen subsidiado, cuyos resultados sólo pueden verse en términos de personas con carné del Sisbén y no, como se presentan, en cuanto personas con cobertura en salud garantizada.

Para algunos autores, el hecho de que 16 millones se encuentren bajo el régimen subsidiado es un avance. Según ellos, antes “no estaban cubiertos y dependían del sistema público de asistencia”¹², lo que, además de ser una contradicción en los términos, demuestra el deseo de desconocer que había alguna cobertura antes de 1993. Según ese análisis, el gran logro de la ley 100 ha sido pasar del 28% de cobertura en 1992, al 53% en 1997. Pero ese cálculo es inexacto pues el registro de afiliados previo a 1993, que era de 28%, no refleja la cobertura¹³, en la medida en que la atención que se brindaba, que era muy importante, no estaba mediada por el registro ni mucho menos por el carné¹⁴.

En general, las cifras sobre el nivel real de afiliación son un debate *per se*¹⁵, porque no se cuenta con un sistema de información nacional en salud que permita

¹² Véase Esguerra, Acosta y Nigrinis [2001, 8].

¹³ Presentación de la revista *Debates de Coyuntura Social* 11 [Bogotá, noviembre de 1998, 5].

¹⁴ En el mismo sentido, Gallardo [1998, 16] y VV.AA [2001a, 8-34].

¹⁵ Citamos solo algunas de las fuentes sobre cobertura lograda, debido a la gran cantidad que existe de ellas y de cifras contradictorias.

emitir cifras consolidadas y las cifras con que se cuenta son solo la suma de las disponibles, muchas veces parciales, o el resultado de aproximaciones. Por ejemplo, un presidente del ISS pregonaba una afiliación de 13 millones que, a la postre, no resultó cierto, pues la afiliación pareció ser escasamente de 7 millones¹⁶. Esa misma inexactitud de cifras con el ISS se dio en los informes del CNSSS al Congreso, pues el Consejo reportó 10.023.634 afiliados en 1999, pero en 2000 reconoció solo 4.838.377¹⁷.

Para 1995, en el régimen subsidiado, las EPS lograron afiliar casi un millón de personas, cantidad que, al adicionar la probable aunque no cuantificada afiliación al ISS, arroja una cobertura del 22% de la población con capacidad de pago. En 1996, la cobertura aumenta del 22% al 27% de la población en el régimen contributivo. En 1997, la EPS más grande, el ISS, seguía sin presentar cuentas ni número de afiliados, con lo cual la información del sistema seguía distorsionada o, en el mejor de los casos, basada sólo en proyecciones. En el caso del régimen subsidiado, en 1995, sucede el gran proceso del Sisbén que permite una identificación masiva de personas que serían beneficiarias de los subsidios del Estado. En 1996, se calcula que la cobertura alcanzó el 13% (5 millones de personas). El gobierno del período 1994-1998 prometió llegar a 12 millones de afiliados en el régimen subsidiado, pero termina el período con 8 millones. El año 1999 se cierra con 9 millones de afiliados y luego se produce un estancamiento en las afiliaciones¹⁸.

Los consolidados de cobertura demuestran que en 1998, el 38,59% de los no pobres no estaban afiliados al sistema, ni tampoco el 53,9% de los pobres, con grandes diferencias entre el área rural y el área urbana¹⁹. El mismo porcentaje de población pobre sin cobertura, 53%, se mantiene en los años siguientes²⁰. Según un informe del CNSSS de 1999, el 61% de la población (25 millones) estaba afiliada. De ese porcentaje, el 20,74% (8,5 millones) estaba en el régimen subsidiado y el 40,5% (16,6 millones), en el régimen contributivo, sobre un total de 40,9 millones de habitantes²¹. Dos años después, las cifras son: 14,5 millones de personas en el régimen contributivo; 9,5 millones, en el régimen subsidiado (para un total de 24 millones de afiliados)²². De 1999 a 2001, llama la atención el descenso en el número absoluto

¹⁶ Patiño [1999, 15].

¹⁷ Véase el análisis al Informe anual del CNSSS 1999 - 2000, en *Salud Colombia* (julio-agosto 2000).

¹⁸ Para un análisis año tras año sobre el proceso, véase "La Reforma", en *Salud Colombia*, Informe Especial (octubre de 2000).

¹⁹ Jaramillo [1999, 8].

²⁰ Véase Esquerre, Acosta y Nigrinis [2001, 8].

²¹ CNSSS [1999].

²² "La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.

de afiliados (1 millón), especialmente a expensas de la caída en el número de personas afiliadas al régimen contributivo (2 millones menos), explicable, en parte, por los altos índices de desempleo (19,7%) de esos años²³.

Según Profamilia, en 2000, el 58% de la población estaba afiliada al sistema, con diferencias por regiones: Bogotá registró un 72% de afiliación al sistema, mientras la región Atlántica registra sólo un 45%. La afiliación es más baja entre menores de edad y tiende a aumentar con los años: 49% de los menores de 5 años no están incorporados en el sistema. Las personas con menos escolaridad están más desprotegidas. Hay un nivel alto de afiliación entre pensionados y uno muy bajo entre desempleados²⁴.

Otras fuentes señalan que en noviembre de 2000, el 54% de la población estaba afiliada al sistema; 61% de ella, en el régimen contributivo, y 39%, en el régimen subsidiado. En el análisis de la afiliación por estrato, se encuentra que²⁵:

- En el estrato alto, la cobertura es del 84%, con un 16% de evasores que, por ley y por su condición económica, deberían contribuir con el sistema. Se calcula que un 3% estaría recibiendo servicios del régimen subsidiado.
- Para el estrato medio, la cobertura es de 63%: un 56% está en el régimen contributivo y un 7%, en el régimen subsidiado. Esto implica una evasión de 37% de las personas que, teóricamente, deberían cotizar al sistema.
- Para el estrato bajo, la cobertura es sólo del 47% de la población: por falta de recursos, por el subsidio otorgado a personas que no lo necesitan y por el estancamiento mismo del sistema. Aquí está la población que, formada por trabajadores independientes, gana más de un salario mínimo pero menos de los dos salarios mínimos que la ley pide para ser parte del régimen contributivo, llamada por algunos autores población 'sanduche'.

Según el CNSSS, en su informe de 2000 al Congreso²⁶, en 1999 se tenía un total aproximado de 13.652.878 afiliados al régimen contributivo (5.631.268 eran cotizantes y 8.021.610, beneficiarios), sobre un total de población correspondiente al régimen de 16.596.676 [véase anexo 4].

Se calcula que en el régimen subsidiado había en ese año 9.325.832 personas (59,68% de la población con NBI), que sumadas a las del régimen contributi-

²³ Se calcula que 1999 fue el peor año de la economía colombiana en todo el siglo veinte, con la mayor tasa de desempleo y una caída de 30% en los ingresos reales de los hogares (*Debates de Coyuntura Social*, 14, (2001, 5 y 6). Véase además "Desempleo. Los expertos opinan", *Revista Dinero*, núm. 130 (Bogotá, 9 de abril, 2001).

²⁴ Profamilia [2000, XIII, 189-197].

²⁵ Esguerra, Acosta y Nigrinis [2001, 8].

²⁶ CNSSS [2000].

vo daban un total de 22.978.710, equivalentes al 55,3% de la población colombiana, estimada para 1999 en 41.548.835 (véase anexo 2).

De acuerdo con lo anterior, al régimen contributivo le corresponde proteger a algo menos del 40% de la población y queda en manos del régimen subsidiado el cubrimiento de algo más del 60%. Sin embargo, vemos también que dentro de la población que le corresponde cubrir al régimen contributivo, habría un 15% sin cobertura, mientras que en relación con la población que corresponde al régimen subsidiado, el 84% de ella no está afiliada al sistema (véase anexo 1).

Esta inequidad afecta de manera sustancial a la población pobre, a la campesina y a la indígena. El CNSSS reconoce que para el año 2000, la población indígena, que representa el 2% de la población colombiana (800 mil personas), no estaba incorporada al sistema y por tanto promovió,

la realización de un proceso intensivo de registro e identificación [...] que respetando sus particularidades étnicas y culturales, permita que para el 1º de octubre del 2000, se pueda contar con una población identificada como mínimo con el registro civil²⁷.

Entre los indígenas preocupa que patologías que prevalecen en sus comunidades están excluidas del POS, como la atención odontológica²⁸.

Pero aun en el área urbana de las grandes ciudades, hay dificultades para la asistencia, ya no por problemas de acceso geográfico a los servicios de salud, sino por las posibilidades reales de esos servicios de atender a las personas, obviamente a las pobres y en los hospitales públicos.

Juan Carlos Giraldo, director de la Asociación Nacional de Hospitales y Clínicas; José Félix Patiño, presidente de la Academia Nacional de Medicina, y Yesid Camacho, presidente de la Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales y Clínicas, Anthoc, coincidieron en afirmar que en el año 2002 el sistema sólo logró vincular a la mitad de los colombianos. El Ministerio de Salud fue más optimista en sus cifras, pues calculó que el 68,5% de la gente en el país (24'405.114 personas) ya estaba cobijado por una ARS o una EPS. Para Camacho, el problema radica en la existencia de intermediarios (EPS), instituciones que deben a los hospitales (IPS) alrededor de un billón de pesos. Patiño y Giraldo agregan a esto la falta de sistemas de información adecuados y herramientas de vigilancia y control por parte del Estado²⁹. La Ministra de Salud de entonces, Sara Ordóñez, reconoció que el pago no oportuno del

²⁷ Parágrafo único, artículo 3, acuerdo 166 de 2000 del CNSSS.

²⁸ Entrevista con el senador indígena Jesús Piñacué, en: *Salud Colombia* agosto-septiembre 2000.

²⁹ Para estas declaraciones, véase "Salud: cobertura sigue baja", *El Espectador*, Bogotá, 14 de julio de 2002.

Estado a la subcuenta de solidaridad, deuda que sumaba 531.000 millones de pesos en 1998, "significó un atraso en las metas de afiliación al régimen subsidiado"³⁰.

Además, dentro de la población ya asegurada se presentan variaciones importantes. En el caso del régimen contributivo, a final del tercer trimestre de 1997, el 26% de los afiliados no había pagado sus cuotas mensuales de cotización y, por tanto, el número de cubiertos era inferior en más de la cuarta parte a la cifra reportada³¹. Esto representa además un impacto directo al régimen subsidiado porque parte de sus recursos vienen del punto de cotización que se transfiere del régimen contributivo al régimen subsidiado. Se calcula que llegan a dos millones las personas que han perdido su seguro desde 1998; un millón de ellas, porque quedaron sin patrono o por caída en el ingreso familiar y otro millón, por el ajuste fiscal que generó desempleo, lo que significa que un grupo muy numeroso de habitantes "queda por fuera del sistema de salud al no contar con los ingresos suficientes para afiliarse al régimen contributivo, pero su condición socioeconómica tampoco les permite ser beneficiarios del régimen subsidiado"³².

Existen además áreas de población, de sectores específicos, que no hallan un claro sitio en el sistema, entre ellas, los trabajadores informales, los vendedores ambulantes, las trabajadoras del servicio doméstico y los llamados vinculados. En el caso de las personas que trabajan en el llamado sector informal, la situación es preocupante. Su falta de afiliación representa tanto su desprotección como la pérdida de potenciales aportes financieros al sistema. En 1992, la economía informal representó el 52% del empleo urbano en Colombia³³, porcentaje que creció en la década. Se calcula que hay por lo menos un millón de vendedores callejeros en los centros urbanos³⁴, no vinculado en su mayoría al sistema. Para el análisis de la cobertura de esta población se requiere tener en cuenta que: a) los antecedentes de la cobertura para este tipo de trabajadores son pésimos, pues en 1992, el 76% de ellos carecía de afiliación³⁵; b) con las reformas económicas aumenta el número de vendedores ambulantes y de trabajadores informales, por el desempleo derivado de la disminución de gasto público y de la desindustrialización que sufre el país³⁶.

En particular, las personas que trabajan en el servicio doméstico han sufrido trabas para acceder al sistema de salud, por el establecimiento de nuevos requi-

30 Ordóñez [2001, 40].

31 Jaramillo [1999, 10].

32 *Debates de Coyuntura Social* 14 [2001, 6].

33 González [1994, 9].

34 González [1994, 10].

35 González [1994, 18].

36 Sobre el impacto de las medidas globalizadoras y su impacto en Colombia, véase Garay [1999, especialmente el capítulo 5, páginas 143 a 181].

sitos, inexistentes en la legislación, por parte de las EPS³⁷, con lo que se busca desanimar la afiliación obligatoria por parte de los patronos, al punto que en mayo de 1999, el 57% de las empleadas domésticas en Colombia no estaba afiliado al sistema de seguridad social³⁸. La Corte Constitucional se pronunció ante la negativa de una EPS de reconocer como beneficiaria a la pareja estable de un afiliado. La EPS alegaba que se trataba de una pareja homosexual y no de una familia y, por tanto, no se configuraba la figura de cobertura familiar³⁹.

Estas personas, vinculadas, tienen como único recurso para la asistencia en salud los hospitales públicos, pues la misma estructura del sistema no les permite entrar a él como subsidiadas, pero compiten con las subsidiadas en el uso de recursos de los hospitales públicos. Esta competencia en el mismo régimen subsidiado se expresa también entre éste y el llamado sector vinculado:

A pesar del énfasis que se ha hecho en el avance de la asistencia pública al derecho a la salud mediante el nuevo sistema, el subsidio a la demanda no alcanza a generar la idea de derecho. Por el contrario, tiende a verse como una asistencia caritativa del Estado. El usuario del régimen subsidiado tratará de parecer pobre y de competir con sus vecinos en este propósito, para 'merecer' el subsidio⁴⁰.

A esto se suman la doble afiliación y los llamados 'colados'. Sobre la doble afiliación, varios coinciden en señalar que existen en el régimen subsidiado más carnés (personas registradas) que beneficiarios (personas reales). En el régimen contributivo, algunas veces las parejas afilian a su cónyuge que también trabaja, con lo que una persona aparece dos veces en el sistema. Luego de la consolidación de listados de salud, sólo en Medellín y Bogotá se registraron, en un primer cruce de información, más de 90 mil dobles afiliaciones, lo que implica que el Estado reconoce dos UPC por una misma persona, es decir, 13 mil millones de pesos para estas 90 mil personas; se calcula que en el régimen subsidiado se pueden estar haciendo pagos, por esta ra-

³⁷ Es usual que las EPS exijan copias del contrato de trabajo, declaración extrajuicio de que no existe parentesco alguno entre el empleador y la empleada, fotocopia de la cédula del empleador, constancia de la afiliación a un fondo de pensiones, entre otros requisitos que la ley no contempla. Sin embargo es cierto que una de las formas de evasión de los aportes al Sistema, haciendo sólo aportes temporales durante la enfermedad o la necesidad de servicios (por ejemplo, atención de partos) es la de afiliar a los familiares como empleados domésticos, razón por la cual varias EPS piden la certificación de que no existe vínculo entre empleado y empleador, cosa que es ilegal pero entendible.

³⁸ "Domésticas, sin seguridad social", *El Espectador*, Bogotá, 30 de mayo de 1999.

³⁹ Corte Constitucional: Sentencia de Unificación: SU-623 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁰ Hernández [2000, 154].

zón, por 140 mil millones de pesos⁴¹. En el ISS se calcula que existen 453.000 dobles afiliaciones⁴².

Sobre los 'colados', como ya citamos arriba, el 3% de la población de estrato alto y el 7% de la población de estrato medio, favorecidos por las dinámicas clientelares que acompañaron los procesos de sisbenización, ingresaron al régimen subsidiado y se benefician de los recursos estatales cuando su obligación es participar del régimen contributivo y aportar al sistema de salud, por su condición socioeconómica. Pero además de no aportar, privan a personas del estrato bajo de ingresar al sistema. La ministra de Salud, Sara Ordóñez, del gobierno de Pastrana reconoció que "hay municipios en los que no hay nadie en el régimen contributivo" y se calcula que hay por lo menos 30.000 empleados públicos inscritos en el régimen subsidiado, sin tener derecho a ello⁴³.

Un último problema se relaciona con aquellas medidas tomadas por el legislador que permiten desafiliar personas del sistema por falta de pago. Ya la Corte Constitucional había sido clara en decir que cuando un empleador deja de pagar las cotizaciones⁴⁴, corresponde a éste el pago de los servicios de salud que sean requeridos por los empleados y que el derecho a tales servicios no se pierde por la omisión del empleador. Pero la tendencia del legislador ha sido trasladar la omisión del empleador a los empleados. "La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso"⁴⁵.

Luego, el legislador precisó que en caso de tal omisión se pierde el derecho a los servicios y, además, se pierde la antigüedad, tan determinante para los períodos mínimos de cotización:

en aquellos eventos en los que el trabajador independiente o el empleador, según sea el caso, incumplan con las obligaciones establecidas en los acuerdos de pago, la entidad promotora de salud deberá proceder a la suspensión inmediata de la prestación de los servicios de salud de los afiliados comprendidos en dicho acuerdo, aun cuando se cancele en forma oportuna e íntegra la cotización correspondiente al mes en curso. De igual manera, se entiende que la persona pierde en forma automática los perio-

41 "Listo censo de la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 3 de julio de 2000.

42 Quintana [2002, 15].

43 "La salud en Bancarrota", *El Tiempo*, Bogotá, 8 de octubre de 2001.

44 Es necesario recordar que la cotización será de 12% del salario base, de los cuales 8 puntos debe pagarlos el empleador y 4, el empleado. Estos 4 puntos son tomados por el empleador del salario del empleado.

45 Artículo 57, decreto 806 de 1998.

dos de antigüedad que fueron habilitados temporalmente mediante el acuerdo de pago⁴⁶.

Otra medida legal es que "el afiliado cotizante que incurra en mora frente a los pagos continuos de su afiliado adicional, no podrá afiliarse a nuevas personas adicionales durante los dos (2) años siguientes a la verificación de la conducta"⁴⁷. Esta decisión hace que el "derecho irrenunciable" quede supeditado al pago y además al pago oportuno y afecta el derecho de terceros a ser incorporados en el sistema.

LA CRISIS DEL HOSPITAL PÚBLICO

Los hospitales están en crisis, se observa a diario. Pero esa crisis es aún mayor si se toma en cuenta que la tendencia consiste en manejarlos con la misma lógica que a una empresa de otro sector productivo, de modo que se desconocen las particularidades de la salud⁴⁸.

Como el paciente no sabe qué tipo de bienes pedir en el hospital, espera que el médico lo haga por él. Delega en el profesional la elección del tratamiento más adecuado y eso conduce al médico a demandar del hospital los medios materiales adecuados para prestar sus servicios. A su vez, la interdependencia entre un área hospitalaria y otra hace muy difícil fabricar el llamado por los economistas 'producto salud' dentro de la mayor eficacia económica. Esta lógica de oferta disponible de bienes genera, necesariamente, subutilización de recursos: por ejemplo, las salas de cirugía no pueden usarse el 100% del tiempo porque, entre otras cosas, se requiere tener algunas disponibles para urgencias; es decir, en la demanda de servicios de salud hay tendencias que se pueden identificar pero, en todo caso, ella se mueve en un terreno de incertidumbre que obliga, inevitablemente, a la subutilización de servicios. Y esa subutilización de recursos produce ineficiencia económica:

La teoría económica clásica indica que las entidades deben producir sobre la frontera óptima de producción y alcanzar además los niveles de eficiencia económica. Dada la incertidumbre de los servicios hospitalarios, combinada con la dificultad de rechazar un paciente en caso de urgencia, los hospitales casi nunca pueden trabajar sobre la frontera óptima de producción⁴⁹.

Esto sucede más claramente en los hospitales de zonas rurales, que existen para cubrir unas necesidades de población dispersa cuya demanda de salud no será tan

⁴⁶ Artículo 11, decreto 783 de 2000.

⁴⁷ Artículo 7, decreto 783 de 2000.

⁴⁸ Observación hecha al análisis de hospitales en Bogotá y extendible a todo el país en Giedión y otros [1999, 29].

⁴⁹ Gaynor y Anderson [1995, 219-317].

alta como para utilizar el 100% de la capacidad hospitalaria ni para garantizar su autofinanciación, pero esa incapacidad no sería suficiente argumento como para cerrarlos. Como dicen Giedion y otros,

los servicios prestados no son (no deberían ser) el resultado de la búsqueda de la máxima productividad sino de una conjugación de agentes que tratan de maximizar objetivos distintos: la productividad, el prestigio del hospital y el bienestar del paciente⁵⁰.

Si se aceptan estas consideraciones, podemos acercarnos a la complejidad de evaluar la efectividad de un servicio hospitalario y de buscar la mayor productividad posible. Esta última implica, como eje de la administración hospitalaria, la racionalización de recursos y el ahorro en los insumos del proceso (salarios⁵¹, recursos hospitalarios), en los procedimientos (tanto médicos como quirúrgicos).

Volvamos al sistema colombiano y precisemos que la norma, como ya mostramos, responsabiliza al hospital público (la llamada IPS pública) de la prestación de servicios de salud a los siguientes grupos de población:

- Los afiliados que les corresponden en virtud de los contratos de ofertas de servicios realizadas entre la IPS y alguna EPS o ARS.
- Los afiliados al régimen subsidiado que no tengan la capacidad de pago de ciertos procedimientos:

en la etapa de transición⁵², mientras se unifican los contenidos del POS-S con los del POS del régimen contributivo, aquellos beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POS-S tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta⁵³ [véase anexo 3].

- Las personas pobres (estratos 1, 2 y 3 del Sisbén) que pertenecerían al régimen subsidiado pero que todavía no están inscritos:

⁵⁰ Giedión y otros [1999, 33].

⁵¹ Se observa en Colombia una práctica que consiste en contratar médicos especialistas con salarios de médicos generales o en contratar médicos generales para que cumplan funciones y responsabilidades de especialistas, obviamente, con salarios de médico general.

⁵² Etapa de transición es el tiempo de nivelación de las UPC y, por tanto, de los POS. No debe confundirse con "periodo de transición", que es el tiempo en el que las instituciones públicas de salud se adaptan al sistema de la ley 100 de 1993.

⁵³ Artículo 3, acuerdo 049 de 1996, CNSSS, modificado por el artículo 4, acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

en el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios⁵⁴.

- La población vinculada. La atención de colombianos en la categoría de vinculados y la de las personas del régimen subsidiado durante la etapa de transición se remiten a la red de hospitales públicos:

mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes⁵⁵.

Esta asistencia debe garantizarla el hospital público con los recursos que reciba por pacientes atendidos, por los contratos que tenga con EPS y ARS y por los pagos adicionales que permite el sistema, como son los copagos y las cuotas moderadoras; estos últimos ingresos adicionales equivalen a un 3% de la UPC para las EPS privadas, pero sólo a un 0,1% para las EPS públicas⁵⁶.

Las instituciones que prestan servicios de salud (hospitales públicos, centros y puestos de salud, también llamados coloquialmente 'IPS públicas') y que hacen la transformación administrativa ordenada por la ley, se convierten en Empresas Sociales del Estado (ESE). La transformación consiste en desarrollar adecuaciones administrativas como su descentralización, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa⁵⁷. Los requisitos para esta transformación persiguen la eficiencia y la eficacia: es decir, garantizar su supervivencia financiera a partir de la venta y facturación de servicios de salud. Pero tal proceso ha sido muy pobre: a junio de 1999, sólo se había transformado el 10% de los hospitales públicos⁵⁸. En Bogotá, que tiene el mayor porcentaje de entidades convertidas en ESE, se reconoce que "la tan mencionada autonomía de la gestión hospitalaria que se persigue con su conversión en ESE, sigue siendo muy distante", por la alta injerencia que mantienen las instituciones centrales del sistema en la administración de los hospitales⁵⁹.

⁵⁴ Parágrafo 1, artículo 162, ley 100 de 1993.

⁵⁵ Artículo 33, decreto 806 de 1998.

⁵⁶ "EPS: la intermediación y su costo", *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, diciembre 1999, enero 2000).

⁵⁷ Artículo 1, decreto 1876 de 1994.

⁵⁸ Superintendencia Nacional de Salud [1999].

⁵⁹ Giedión y otros [1999, 182].

A pesar del mandato legal, la asistencia presenta un problema de acceso, ya no normativo sino material: la crisis hospitalaria del sector público y un problema de inequidad en la distribución geográfica de los recursos de salud, pues el 53,6% de las IPS está en Bogotá, Antioquia y Valle del Cauca⁶⁰. Esta inequidad geográfica implica una injusta distribución de servicios de salud entre las grandes y las pequeñas ciudades, así como entre las zonas rurales y el área urbana. La distribución inequitativa de servicios se favorece por la decisión legal de que sean las propias EPS las que determinen las áreas geográficas de su interés, razón por la que su oferta de servicios se centra en las zonas urbanas y especialmente en las grandes capitales⁶¹.

En el área rural (y en las pequeñas cabeceras municipales) se accede poco a los servicios de salud por dificultades materiales, politización de la oferta de servicios y bajo recaudo de cotizaciones por ausencia de sistemas de recolección de las contribuciones. En estas zonas, la cobertura está principalmente en manos de la deficitaria red pública, que además no logra los niveles esperados. Un estudio de caso sobre el régimen subsidiado mostró que mientras en Bogotá se reporta una cobertura cercana al 88,4%, en el municipio de Soledad, departamento del Atlántico, apenas se llega al 16%⁶².

El problema es que la dinámica del sistema ha incrementado la crisis de los hospitales. La reglamentación producida en 1996 permite la retirada progresiva del Estado⁶³, planeada a lo largo de los siguientes cuatro años. Los cambios que impone la ley significan la transformación de la tendencia histórica de dar subsidio a la oferta (subsidio que se paga directamente a los hospitales públicos, principalmente, por la prestación de servicios a la población pobre) por el subsidio a la demanda, lo que en la práctica significa que los recursos dejan de llegar directamente a los hospitales y que estos deberán obtenerlos por venta de servicios.

La disminución del subsidio ha sido progresiva: en 1997, el 15% del Situado Fiscal; en 1998, el 25% del Situado Fiscal y el 15% de las Rentas Cedidas y en 1999, el 35% del Situado Fiscal y el 25% de las Rentas Cedidas. En 1997, ya se sintieron los efectos de la reducción del 15% de los aportes nacionales a los hospitales públicos, pues no se compensó con facturación por venta de servicios a las ARS. Este efecto fue más notorio en los hospitales especializados y universitarios, cuyos gas-

⁶⁰ Cardona y otros [1999, 70] y Esguerra y otros [2001, 12].

⁶¹ Como reconocen Esguerra y otros [2001, 9], el aseguramiento en las grandes ciudades es cercano al 60% pero disminuye en relación con ciudades intermedias. En el mismo sentido, véase Cardona y otros [1999, 63].

⁶² Plaza y Barona [1999, 85-93].

⁶³ Nos referimos a la ley 344 de 1996, cuyos otros efectos en los recursos para la salud se explicarán también en el capítulo 6.

tos son mayores y su capacidad de venta de servicios y recaudo de dinero es menor, puesto que atienden población pobre.

Los recursos para el aseguramiento de la población pobre no significan ni un 30% de los recursos por venta de servicios a las ARS. La demanda de servicios por parte de los afiliados resulta inferior a la calculada. Tanto el Estado, con el recorte de recursos, como los municipios demoran largos períodos en pagar a las ARS el dinero correspondiente a la atención de población sin recursos. Estas a su vez demoran el pago a los hospitales y los hospitales aplazan el pago a proveedores y empleados, de manera que se afecta la calidad se impone el cierre parcial de áreas y la negación de atención a población sin capacidad de pago.

Según Uribe y Paredes,

durante los meses de septiembre y octubre de 1998, los hospitales públicos de todo el país entraron en crisis. En esa fecha, el déficit hospitalario era de 500.000 millones de pesos. En el mes de abril de este año (1999) volvió a estallar la crisis hospitalaria y el déficit ascendió a 700.000 millones. A septiembre, el déficit aumentó; 26 hospitales de tercer nivel tenían un faltante de 390.000 millones y 134 de segundo nivel sobrepasaban los 804.000 millones, para un total de 1,2 billones⁶⁴.

Los hospitales pequeños, cuyo fin social es muy importante, especialmente en regiones apartadas, no tienen una demanda permanente de servicios y no cuentan con una población concentrada y grande que les reporte ingresos equivalentes a sus gastos. Allí la economía de escala no puede ser posible. En el caso de los hospitales grandes, ellos prestan servicios especializados y costosos cuyas cuantías no pueden cubrir los usuarios o simplemente ocurre que el valor de la UPC-S es insuficiente para compensar los servicios prestados.

Un estudio de la Superintendencia Nacional de Salud revela que en 1998 los hospitales generales (IPS de primer nivel) lograron un 39% de sus ingresos por venta de servicios; los especializados (IPS de segundo nivel), un 18%, y los universitarios (IPS de tercer nivel), tan sólo un 12%. Para 1999, el 35% de los recursos de oferta que financiaban los hospitales públicos debía convertirse en subsidios y esto se decidía al margen del estancamiento en la afiliación del régimen subsidiado, hecho que suponía por lo tanto un estancamiento en la demanda de servicios. Finalmente, hospitales y sindicatos lograron mediante presiones que se congelara esta medida en el Plan de Desarrollo de entonces; lo que sí contenía el Plan era la obligación legal de los hospitales públicos de reestructurar sus plantas de personal y modificar su sistema de contratación (léase flexibilización laboral) y adecuar sus servicios para que pudieran ser competitivos.

64

Uribe y Paredes [1999].

En 1999, las medidas coincidieron con la reducción de aportes del Estado al régimen subsidiado y el congelamiento de la UPC-S en el 53,2% de la UPC-C. Una última medida que frenaría aún más el régimen subsidiado y afectaría principalmente a los hospitales públicos fue la decisión gubernamental de no pagar UPC-S por personas beneficiarias sin documento de identidad, lo que afectaría a desplazados, indígenas y a muchas personas pobres. Esta cadena de hechos generó el cierre de algunos hospitales por falta de dinero o fuertes reformas en otros, que incluyeron despidos, recorte en gastos y nuevas formas de contratación de personal⁶⁵.

A pesar de esas deudas, los hospitales han sobrevivido, como lo dice el Presidente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, trasladando la deuda a los proveedores⁶⁶, o a los médicos "mediante retraso o suspensión de pagos de honorarios, que en algunos casos ya se acercan a los 180 días"⁶⁷.

Hospitales públicos como el Federico Lleras Acosta (Ibagué), el Ramón González Valencia (Bucaramanga), el Universitario de Cartagena, el Universitario del Valle Evaristo García (Cali), o La Victoria (Bogotá) están próximos al cierre. Otros ya cerraron: el hospital de pediatría más importante de Bogotá, el Hospital Infantil Lorencita Villegas de Santos, y el hospital universitario emblemático, el San Juan de Dios en Bogotá. Estos cierres significan aproximadamente 400 camas menos de pediatría y 800 camas menos de personas adultas en la oferta de servicios para una población definida: las personas que no tienen recursos para pagar la atención en otros hospitales. Así mismo, cerraron sus puertas el Instituto Neurológico Colombiano, la Clínica *Assistir*, la Clínica Santa Rosa de Lima, la Clínica Fray Bartolomé de las Casas y el Hospital de Sevilla, Valle. En el caso del Hospital San Juan de Dios de Bogotá, se argumenta que el problema fundamental que origina el cierre es la carga prestacional, con lo que se enfrenta a los usuarios con los trabajadores.

Otros hospitales han tenido cierres parciales, como el Universitario de Cartagena; en Bogotá, los trabajadores han realizado paros para presionar el pago de sus salarios⁶⁸. En el caso del Hospital Universitario del Valle, aunque se han desarrollado nuevas formas administrativas para paliar la crisis, el recurso no ha sido del todo efectivo. A la solución por la falta de materiales la llaman 'flexibilidad en los

⁶⁵ Para una historia de la crisis del sistema, véanse entre otros trabajos, Jaramillo [1999, especialmente, 271-357] y Cardona y otros [1999].

⁶⁶ "Según la Asociación de Proveedores de Insumos médicos no medicamentos, Aspromed, reportó el tamaño de su cartera con corte a junio 30 de 1998: la deuda de los hospitales con los proveedores aumentó de enero a junio en un 31% [...] la cartera pasó de 153 días, en promedio, en enero de 1998, a 191 días a junio del mismo año" [Esguerra 1998, 26].

⁶⁷ Esguerra [1998, 26].

⁶⁸ "Recaen' hospitales", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de agosto de 2000.

insumos' y "consiste en que la gente trae la dextrosa y los antibióticos" y demás elementos que necesita para su propia atención. Otro aspecto de esa flexibilidad es lo que ocurre con el mantenimiento preventivo, que

dejó de existir hace rato. Hay diez monitores para hacer el seguimiento al paciente postquirúrgico y nos dieron tres nuevos hace un año. Yo suplicaba que no me dieran 200 millones [de pesos] para comprar equipos, sino 80 millones para arreglar los que tenemos. Hoy tenemos 30 de 50 equipos fuera de servicio. Y este año vamos a recibir cerca de 2.000 millones que son de destinación exclusiva para inversión, mantenimiento y renovación de equipos, a través de la Estampilla Pro Hospital⁶⁹.

Es decir, se intenta salvar a los hospitales de la crisis estructural recurriendo a estrategias como la compra de los insumos por parte de los usuarios (independientemente de que sean poseedores de un derecho, un subsidio del Estado, un carné del Sisbén o de que paguen puntualmente las cuotas a una EPS) o con las colectas públicas, como la Estampilla Pro Hospital.

La aplicación de la reforma en salud implicó un aumento en la contratación de personal administrativo que, sumado a la disminución de los ingresos de los hospitales públicos (por cambio en el régimen de subsidio estatal), generó un aumento en el porcentaje de recursos destinados al pago de salarios y de prestaciones. Tal fenómeno, presentado sin el contexto debido, permite argumentar que la crisis hospitalaria es, ante todo, responsabilidad de los sindicatos de trabajadores de la salud⁷⁰.

Son muchas las prácticas que las EPS utilizan para garantizar su rentabilidad y que se ejercen a expensas de los hospitales. Una es el envío de pacientes costosos, que son su responsabilidad, para que los atienda la red pública. Esa es una forma en que el sector público subsidia al sector privado. También fuerzan la celebración de contratos lesivos con las IPS, utilizando posición dominante en el mercado; se trata de contratos

sin ningún equilibrio financiero o de las obligaciones de las partes. La imposición de tarifas y otras condiciones es una característica, o la congelación de las tarifas al acomodo de las EPS, sin ninguna relación con el valor y el crecimiento de la UPC que las EPS reciben por afiliado⁷¹.

⁶⁹ Entrevista con el director del Hospital Universitario del Valle, en "El HUV no se puede cerrar", *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.

⁷⁰ "Se agudiza crisis de los hospitales públicos", *Salud Colombia*, núm. 44 (Bogotá, febrero-marzo 2000).

⁷¹ "EPS privadas: ¿capital salvaje o debilidad ética de los funcionarios?", *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, dic. 1999 - ene. 2000).

También existen “cláusulas de confidencialidad” en los contratos entre IPS y EPS, cuestión grave, máxime cuando se trata de la prestación de un servicio público.

Entre los contratos abusivos y la demora en el pago por los servicios hospitalarios se genera un hueco financiero que, sumado a la deuda estatal, coloca a los hospitales, especialmente a los públicos, en una situación ya crónica que algunos llaman ‘crisis permanente’. Las EPS deben a los hospitales y clínicas 1,5 billones de pesos. En 1998, el 62% de la cartera de los hospitales estaba por recaudar y durante el primer semestre de 1999 aumentó en un 37%⁷².

En vez de contratar servicios públicos a precios justos, las EPS han optado, en otros casos, por crear sus propias IPS, de tal suerte que la competencia de las IPS públicas es, si puede decirse, más difícil. En San Gil, Santander, a pesar de existir un hospital público del departamento y otro de la alcaldía, la EPS Saludcoop creó su propia IPS, con lo que los hospitales perdieron la esperada contratación de servicios por parte de la EPS y están viviendo una grave situación financiera⁷³. Otra práctica consiste en que las EPS solo aceptan exámenes que se practiquen en sus propios laboratorios⁷⁴.

Por lo anterior, el director del ISS, Jaime Arias, propuso prohibir a las EPS la construcción de más clínicas, con el argumento de que el problema de la salud en Colombia es más que de construcción de nuevas camas, de organización de las ya existentes. Acemi consideró ilegal la propuesta dentro de la lógica de la libertad de empresas⁷⁵. Otra medida de las EPS fue “realizar alianzas con otras EPS para invertir en IPS dotadas para diferentes niveles de atención”⁷⁶, lo que deja por fuera a las IPS públicas por su bajo índice de recursos de mantenimiento.

La presidenta de Acemi, Nelsy Paredes, sostiene que “el país debe reflexionar si quiere atención oportuna con eficiencia y calidad [...] o si, por el contrario, quiere mantener las instituciones públicas por su historia, sin importar si realmente prestan un servicio adecuado a la población pobre”⁷⁷. Esta es una falsa dicotomía entre calidad y hospital público, cuando lo que subyace es un debate de concepción del modelo de salud. Otros consideran que “los hospitales públicos podrían llegar a ser inclusive más eficientes que los hospitales con ánimo de lucro, como parece suceder en los Estados Unidos”⁷⁸, país en el que hay más de 40 millones de personas sin acceso a la salud por falta de capacidad de pago.

⁷² “El colapso de la salud”, *El Tiempo*, editorial. Bogotá, 5 de septiembre de 1999.

⁷³ “La debacle hospitalaria”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de octubre de 2001.

⁷⁴ “Médicos y usuarios denuncian”, *El Tiempo*, Bogotá, 13 de octubre de 2001.

⁷⁵ “Prohibirles a EPS comprar más clínicas”, *El Tiempo*, Bogotá, 26 de diciembre de 2000.

⁷⁶ “La salud se consolida”, *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, abril 28, 2000).

⁷⁷ Paredes [2001, 29].

⁷⁸ Pérez [1997, 8].

El gobierno habló de la gravedad de la crisis hospitalaria en la exposición de motivos del proyecto de ley 35 de 1999: "en la actualidad, el sector salud atraviesa la peor crisis de su historia [...] hasta el punto que hoy la viabilidad del sector salud colombiano es dudosa [sic]"⁷⁹. Y agrega: "la situación de los hospitales de mayor importancia y trascendencia en el país es calamitosa". Pero debe matizarse que tal crisis no nació con la expedición de la ley 100 de 1993, sino que arrastra tras de sí una historia de ineficiencia y de iliquidez. Lo que ocurre ahora es que la ley 100, además de no proteger a la población de la crisis ni de dar elementos para superarla, establece un sistema que la vuelve crónica.

Por eso, los únicos recursos para sobrevivir son los del Estado o los del sistema mismo, pero, incluso para los defensores de la ley 100. "¿Acaso hemos cambiado la caridad o la asistencia pública hacia los ciudadanos por la caridad hacia las instituciones?", pregunta una publicación especializada. Y agrega:

Lo anterior no sería un problema si, como estaba programado, se hubiera incrementado el plan de beneficios del POS subsidiado para 1999, de modo que los hospitales de mayor complejidad pudieran recuperar por venta de servicios la reducción del presupuesto. Pero con la congelación del POS, sus servicios especializados continúan sin ser pagados por demanda y la reducción de recursos de oferta deja de ser transformación, para convertirse en el medio de financiar lo que el Estado dejó de aportar al Fondo de Solidaridad⁸⁰.

Un inventario de problemas que condujeron a los hospitales a tal situación incluye: exceso de gastos de personal⁸¹, reducción de los aportes tradicionales del Estado, incumplimiento de los nuevos recursos previstos en la ley 100, transición de recursos de la oferta a la demanda, sin crédito; baja cobertura, bajo nivel de desarrollo administrativo e iliquidez⁸².

⁷⁹ Frase desafortunada y absurda, pues podrá ser dudoso el futuro del modelo actual de prestación de servicios, pero no es de ninguna manera dudosa la viabilidad misma del sistema pues, en el panorama actual, con pocos o muchos recursos, mediante el pago, el derecho o la caridad, los médicos seguirán atendiendo personas y eso es, en esencia, el sector salud, diferente, como ya se precisó del sistema de salud.

⁸⁰ "¿Un salvavidas para los hospitales", *Salud Colombia*, núm. 34, (marzo - abril 1999).

⁸¹ Es cierto que hubo un incremento salarial entre 1995 y 1997 (decreto 439 de 1995), pero no sólo aumentaron los gastos por el aumento salarial, sino que también influyó, como se dijo, el aumento en la contratación de personal para realizar labores administrativas que la ley imponía.

⁸² "La crisis hospitalaria: muchas causas y pocas soluciones", *Salud Colombia*, núm. 42 (Bogotá, noviembre - diciembre 1999).

Así, la única alternativa que tienen realmente los hospitales públicos es financiarse a través de sus usuarios: la población subsidiada y la población vinculada. Y en ambos casos, los recursos son insuficientes, tanto para atender de manera íntegra como para pagar proveedores y personal, lo que genera un déficit y produce, además, prácticas de todo tipo tendientes a forzar el pago o, si se quiere decir en otras palabras, a garantizar la recaudación por los servicios prestados. Pero esto no es eficaz porque, en general, los clientes de los hospitales públicos carecen de dinero.

EL SISBÉN

En cuanto mecanismo de selección de beneficiarios, el Sisbén recoge la noción de focalización, recomendada por los organismos financieros internacionales y que apunta a la disminución o amortiguación del impacto de las reformas en los más pobres. En 1990, la pobreza creció a niveles críticos, acompañada de tensiones sociales que llevaron a que el Banco Mundial y los Estados desarrollaran prácticas focalizadas de subsidio a la población pobre y excluida⁸³. Eso se hizo mediante planes específicos – fondos estatales contra la pobreza— recomendados para tal fin por el Fondo Monetario Internacional y por el mismo Banco Mundial: Pronasol en México, Red de Solidaridad Social en Colombia, Fondo de Emergencia Social en Bolivia y Fondo de Solidaridad e Inversión Social en Chile⁸⁴. Salvo estos subsidios, puntuales y escasos, el modelo propuesto tiende a eliminar todo tipo de subvención y/o subsidio por parte del Estado⁸⁵.

Para seleccionar las personas merecedoras de tal ayuda, se crearon mecanismos o se usaron los ya existentes. Pero este sistema de identificación ha presentado varios problemas, entre ellos, dudas sobre la metodología de formulación misma del modelo de evaluación, inconvenientes en la aplicación del formulario, ya que familias sin capacidad de pago pero que no vivían en barrios marcadamente pobres han sido excluidas del subsidio; corrupción en la aplicación de formularios, congelamiento del proceso durante un buen tiempo, con lo que se congeló el crecimiento mismo del sistema y, además, confusión acerca de qué estar en el Sisbén implica automáticamente ser receptor de beneficios, idea alimentada desde el gobierno o, por lo menos, no desmentida,

Los recursos destinados a los pobres no llegaron precisamente a ellos, pues el manejo de los formularios y la selección de personas pobres ha generado serias irregularidades en el Sisbén, denunciadas por la Personería Distrital de Bogotá y por la Procuraduría General de la Nación. Por lo menos, 50 mil personas han sido priva-

⁸³ Mesa-Lago [1997], 32-34.

⁸⁴ Cepal [1995, 112-114].

⁸⁵ Sobre el papel del Banco Mundial, véase Sanahúja [2001].

das del derecho de pertenecer al régimen subsidiado. Además, unos 10 mil afiliados a Cajanal recibieron beneficios del régimen subsidiado sin tener derecho a ellos⁸⁶ y según otros datos⁸⁷, al menos la mitad de los subsidios se están asignando a población no pobre (a los llamados 'colados'). En Antioquia hay 24.530 no pobres beneficiados por el Sisbén⁸⁸. En el Chocó, los carnés fueron repartidos por concejales y líderes populares y no mediante la aplicación de los criterios de selección de beneficiarios⁸⁹. De acuerdo con una investigación realizada para el gobierno de Bogotá, el Sisbén excluyó a cerca de un millón y medio de personas como beneficiarias de subsidios, sin que ellas tuvieran capacidad de pagar las cotizaciones del régimen contributivo⁹⁰.

En forma contraria a la tendencia oficial de presentación de cifras, precisemos que tener un carné no es igual a tener cobertura. En el caso del régimen subsidiado, un grupo se compone de personas a las que se aplicó el formulario del Sisbén para saber el estrato social al que pertenecen (llamados comúnmente los 'sisbenizados'); otro, de los poseedores del carné que legaliza su pertenencia al régimen subsidiado, y uno tercero, compuesto por los realmente afiliados a las ARS. De estos tres grupos, realmente son sólo derechohabientes los del tercero, pues los dos primeros son, como dice Jaramillo, "simples procesos previos"⁹¹. Así, en el caso de la población pobre, si se acepta que los potenciales derechohabientes de los subsidios son 24 millones de personas, por lo menos 15 millones no están cubiertas por el sistema (véase anexo 1).

Los tres problemas fundamentales del Sisbén son⁹²: a) el nivel de cobertura alcanzado en la población pobre, pues se excluyó a personas que, siendo pobres, no habitan en los barrios cuyo nivel de pobreza es generalizado y se dejaron de cubrir zonas rurales y urbanas que en su momento se consideraron sin pobres. A esto se suma que los municipios frenaron el proceso de sisbenización aduciendo que el proceso mismo generaba unas expectativas que el Estado era incapaz de cumplir. Así, hay una población pobre no sisbenizada que no puede acceder a los subsidios porque el mismo mecanismo de selección la excluyó, incluso sin realizar la encuesta de pobreza. b) La base de datos del Sisbén no se ha actualizado por lo menos desde 1997 debido a los costos que acarrea esa tarea. Mientras tanto, la urbanización ace-

86 "Cuestionan listas de afiliados al Sisbén", *El Espectador*, Bogotá, 3 de junio de 1999.

87 DANE, Encuesta Nacional de Vida, citada por Jaramillo [1999, 14].

88 "Caos en la salud subsidiada", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de septiembre de 1999.

89 "Caos en la salud subsidiada" *El Tiempo*, Bogotá, 10 de septiembre de 1999.

90 Estadística S. A. [1997].

91 Jaramillo [1997, 10].

92 Tomado del análisis al Informe anual del CNSSS 1999 - 2000, en *Salud Colombia* julio-agosto 2000.

lerada y el desplazamiento forzado hacen que esa base de datos esté cada vez más desactualizada. c) La calidad del registro y por tanto, de la misma base de datos. Los encuestadores no estaban suficientemente preparados cuando se aplicó el sistema.

En Bogotá, el gobierno local decidió no pagar a los hospitales por los servicios de salud que presten a las personas pobres sin carné del Sisbén y sacar del sistema a los que aparecen cruzados en las bases de datos. Así, la cobertura se estanca en el mismo porcentaje de 1997 (10%). El sistema también decidió no dar servicios a personas sin documento de identidad. Esas personas son, entre las más pobres, una cantidad considerable y especialmente, menores de edad.

En esa dinámica, los subsidios terminaron en manos de personas con documento de identidad y que viven en barrios considerados pobres y no de las más necesitadas que quedan excluidas de cualquier tipo de protección en salud. Cuando una persona consigue un trabajo temporal, de dos meses, por ejemplo, tiene que dejar el régimen subsidiado pues debe cotizar, pero el reingreso, una vez vuelve a su condición de desempleo, puede demorar hasta un año. "El sistema parece ser más eficiente para expulsar a la gente que para incluirla"⁹³. Hay reportes de demoras hasta de dos años entre el certificado que acredita el derecho al subsidio y la consecución del carné para acceder a los servicios de salud.

PERSONAS CON PROBLEMAS DE INCLUSIÓN EN EL SISTEMA

Incorporación de los discapacitados al sistema de salud

Según la Corte Constitucional,

los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una 'diferenciación positiva justificada' en favor de sus titulares. Ésta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta⁹⁴.

En Colombia, hay siete millones de personas discapacitadas. La ley 361 de 1997 establece las políticas del Estado en relación con la población "con limitación" (discapacitada). Esta ley reconoce algo ya incluido en la ley 100: "Los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social [...]"⁹⁵, sin que esto represente ningún avance. Aunque luego se plantea que,

Con el fin de ampliar la oferta de servicios a la población con limitación beneficiaria de dicho régimen [el subsidiado], el Consejo Nacional de Se-

⁹³ "La lucha por tener acceso al Sisbén", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.

⁹⁴ Corte Constitucional: Sala Quinta, Revisión, Sentencia T-288, julio 5 de 1995. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁵ Artículos 19 y 29, ley 361 de 1997.

guridad Social en Salud establecido en la ley 100 de 1993 deberá incluir en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, los servicios de tratamiento y rehabilitación de la población con limitación, lo cual deberá ser plasmado en un decreto expedido por el Ministerio de Salud.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinarán los beneficios a los que tendrán acceso los limitados de escasos recursos no afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud establecido en la ley 100 de 1993, hasta el año 2001, fecha en que la cobertura será universal.

En principio, se busca ampliar la oferta en número pero no en calidad, pues no afecta elementos centrales de la ley 100, como lo es la exclusión en el POS de las sillas de ruedas y los elementos de ortesis y prótesis⁹⁶, y ni siquiera mira la posibilidad de ampliar el valor de la UPC subsidiada para efectos de personas discapacitadas. Luego dice que los municipios "podrán destinar"⁹⁷ recursos para subsidiar este tipo de elementos, pero no hace de esta norma algo obligatorio del rango de un deber del Estado (artículo 13 de la Constitución) sino que queda a discrecionalidad de la autoridad municipal.

La reglamentación de la ley dice que se excluyen del POS,

actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas⁹⁸.

Así, elementos necesarios para la rehabilitación médica y también social quedan excluidos del POS, desde la visión reduccionista de la rehabilitación y de la atención médica, que es común a las EPS. Con esa noción, varias EPS han negado la terapia de lenguaje y aparatos necesarios como los audífonos⁹⁹. La Corte ha entendido que la atención en salud debe ser integral y que la asistencia a un menor discapacitado compete a su familia¹⁰⁰, a la sociedad y al Estado:

En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le co-

⁹⁶ Artículo 15, decreto 1938 de 1994.

⁹⁷ Artículo 20, ley 361 de 1997.

⁹⁸ Literal n, artículo 15, decreto 1938 de 1994.

⁹⁹ Corte Constitucional: Sentencia T-159 de abril de 1995. MP: Hernando Herrera Vergara.

¹⁰⁰ En sentencia anterior, la Corte, a través del mismo Magistrado, ya había precisado el deber constitucional que tienen las familias para con sus miembros discapacitados. Véase: Corte Constitucional, Sentencia: T-174 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero.

rresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad. La atención a un niño discapacitado incluye la atención casera de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado¹⁰¹.

Ante el texto reduccionista de la norma y la interpretación hecha por las EPS, la única posibilidad ha sido acudir a los recursos judiciales. Un grupo de niños con diferentes tipos de discapacidad y cuyas madres estaban afiliadas a la EPS Instituto de los Seguros Sociales pudo obtener atención integral por medio de la Corte. Estos niños venían usando servicios de rehabilitación, pero el jefe del departamento de contratación de la EPS consideró que "el Seguro Social venía asumiendo una serie de servicios que no le corresponden como EPS del régimen contributivo y actualmente por su estado financiero se debe circunscribir a prestar el Plan Obligatorio de Salud [...]"¹⁰².

La Corte, citando las mismas palabras de la ley 100, recordó que "todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud"¹⁰³. Y luego ordenó la continuación de la terapia argumentando que:

A los niños discapacitados hay que darles un servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejoren las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrecen perspectiva de derrotarlas. [...] son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales, como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno)¹⁰⁴.

Tratamiento a pacientes con VIH / sida

Según la Asociación Colombiana Onusida, en 1999 se reportaron 71.000 personas con VIH, pero el Ministerio de Salud considera que el total de población afectada es 10

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰² Citado en: Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰³ Literal C, artículo 156, ley 100 de 1993.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

veces mayor que el registrado¹⁰⁵. Un estudio reciente cifra en 450.00 personas los portadores del VIH en Colombia¹⁰⁶. En el caso de los pacientes con VIH / sida, se juntan, en contra de la asistencia de este tipo de pacientes, los prejuicios sociales, la noción de enfermedad como castigo, los costos de la terapéutica, la iglesia, la ignorancia frente al VIH, aspectos que de ninguna manera justifican tal discriminación.

La discriminación se observa en el ingreso a la educación, el trabajo y en general en la cotidianidad de los colombianos¹⁰⁷. Bajo múltiples pretextos, empresarios y educadores piden exámenes de VIH a sus empleados y estudiantes e incluso se solicitan para acceder a las instituciones de salud. Igualmente, las aseguradoras rechazan incluir entre sus clientes a personas portadoras del VIH, lo que les imposibilita adquirir créditos bancarios, para vivienda, vehículos o negocios en general¹⁰⁸.

Solo después de varias sentencias de la Corte, el gobierno expidió una norma para limitar la solicitud del examen de VIH:

La exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el virus de inmunodeficiencia humana, VIH, queda prohibida como requisito obligatorio para: a) admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación; b) acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma; c) ingresar o residenciarse en el país; d) acceder a servicios de salud y e) ingresar, permanecer o realizar cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica o religiosa¹⁰⁹.

En el sector salud, donde debería brindarse aún más ayuda a las personas con VIH, también suceden desafortunadamente tales actos de discriminación. Más que referirnos a eventuales acciones del personal de salud, aludimos al diseño mismo de la ley 100, de sus decretos y a la actitud de las instituciones del sistema para con estas personas.

El debate inicial se centró en si los medicamentos para el tratamiento eran o no parte del POS. Era claro para las EPS que los medicamentos para el tratamiento

¹⁰⁵ Quintana [2002, 42].

¹⁰⁶ "450 mil colombianos podrían ser portadores del VIH (sida), dice estudio", *El Tiempo*, Bogotá, 20 de septiembre de 2002. El Estudio llamado "Consenso VIH - sida" fue realizado por la Asociación Colombiana de Infectología, con el respaldo de la Universidad Javeriana.

¹⁰⁷ Sobre la discriminación en los lugares del trabajo, véase Corte Constitucional, Sentencia de Unificación: SU-256 de mayo 30 de 1996. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁸ La Corte Constitucional obligó a una empresa aseguradora a aceptar a dos personas con VIH para que pudieran hacer uso de la casa que habían comprado, ya que para el pago de la vivienda por sistema de crédito les exigieron, entre otros requisitos, seguro de vida, seguro negado cuando las personas reconocieron ser portadoras del VIH.

¹⁰⁹ Artículo 21, decreto 1543 de 1997.

del VIH / sida estaban excluidos del paquete de medicamentos reconocidos en las normas que regulan el POS, pero también era claro para la Corte Constitucional que la exclusión legal no por ser legal es necesariamente legítima:

se discute es si el derecho que asiste al peticionario tiene el alcance suficiente para pedir un tratamiento paliativo determinado que deba serle suministrado por el Instituto de Seguros Sociales o sí, por el contrario, la prestación del servicio se limita a brindar la atención dentro de los supuestos autorizados por normas infraconstitucionales (ley 100) que excluyen el tratamiento pedido¹¹⁰.

En la misma sentencia, la Corte señala que,

la droga [el medicamento] solicitada hace parte del tratamiento que el médico del Instituto de Seguros Sociales, que atiende al actor, considera conveniente seguir. Sobre la base del criterio científico del profesional de la salud, la Sala estima pertinente acotar que el peticionario tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento en la forma prescrita, porque un tratamiento incompleto o que no se ciña a las recomendaciones médicas desconoce las prerrogativas del paciente que, según lo indicado, voluntariamente ha querido someterse a las prescripciones del galeno. La Sala se limitará, entonces, a ordenar que se realice el tratamiento tal como fue dispuesto; de manera que su orden no interfiere las decisiones del médico ni la prestación misma del servicio.

Fruto de sentencias similares, el CNSSS decidió incluir en el POS los medicamentos para el tratamiento del sida, pero no por convicción propia sino por mandato de la Corte Constitucional¹¹¹. Eso fue posible tan solo porque se entendió que el derecho a la salud debe trascender normas infraconstitucionales, manuales de actividades y procedimientos que violen principios fundamentales. Luego se trató de aplazar la asistencia a este tipo de personas mediante la figura de los períodos mínimos de cotización¹¹². Pero se precisó que este criterio tampoco podría ser válido:

La infección con el virus de inmunodeficiencia humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del orga-

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹¹ En 1994, se consiguió la inclusión en el POS de los inhibidores de la transcriptasa inversa y posteriormente se consiguió la inclusión, vía tutela, de los inhibidores de la proteasa y del examen de carga viral.

¹¹² Véase al respecto el segundo apartado del capítulo 6 titulado *Períodos mínimos de cotización*.

nismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmente, causa la muerte. No se precisa recurrir a más argumentos para concluir que el peticionario de la presente acción de tutela efectivamente encuentra amenazado su derecho a la vida a consecuencia de una enfermedad incurable y mortal y que es evidente el progresivo desmejoramiento de su salud; según el informe que el gerente de la Clínica San Pedro Claver del ISS envió al juez de primera instancia, 'el paciente en mención ha presentado esta evolución clínica pues al ingreso se encontraba como portador asintomático y 10 meses más tarde presenta algunas entidades asociadas a una disminución moderada de su estado inmunitario como son la candidiasis oral o el compromiso diarreico crónico'¹¹³.

Luego de los debates anteriores, las EPS intentaron una última medida para no tener que asumir responsabilidad alguna frente a los pacientes con VIH / sida: no afiliarlos al sistema, filtrarlos mediante la exigencia de examen de VIH a personas que solicitaran la afiliación. Esta medida obligó al gobierno a expedir un decreto prohibiendo ese tipo de medidas:

Por ser la salud un bien de interés público y un derecho fundamental, las entidades de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras o prestadoras de servicios de salud, sean públicas o privadas, no podrán exigir pruebas diagnósticas de laboratorio para el virus de inmunodeficiencia humana, VIH, como requisito para acceder a la cobertura respectiva de protección. La condición de persona infectada, por no corresponder a la noción de enferma, no podrá considerarse como una condición patológica preexistente y tampoco se podrán incluir cláusulas de exclusión¹¹⁴.

Representantes de las EPS demandaron esta norma ante el Consejo de Estado argumentando que la norma viola la propia Constitución Nacional¹¹⁵. Esta ley, 1.543 de 1997, reglamentó la atención integral a las personas con VIH. En ella, el Estado tuvo que precisar que,

las personas y entidades de carácter público y privado que promuevan o presten servicios de salud, están obligadas a dar atención integral a las personas infectadas por el virus de inmunodeficiencia humana [...] en condiciones de respeto por su dignidad, sin discriminarlas¹¹⁶.

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁴ Artículo 40, decreto 1543 de 1997.

¹¹⁵ La norma demandada fue exactamente el artículo 40, citado arriba. Véase: "Prueba de VIH no es requisito", *El Tiempo*, Bogotá, 30 de junio de 2000.

¹¹⁶ Artículo 41, decreto 1543 de 1997.

El uso de servicios que hace este tipo de pacientes presenta la siguiente distribución: el 27% se brinda a afiliados al régimen contributivo (de 6.500 casos, 6.100 se atienden en el Instituto de los Seguros Sociales; la red pública atiende 300 casos y las 20 EPS privadas atienden 50); el 2%, a afiliados al régimen subsidiado y el 66%, a vinculados¹¹⁷. Estas últimas personas no tienen acceso a tratamiento alguno, por lo cual se creó el Fondo Nacional de Medicamentos para Enfermedades de Alto Impacto Social.

Por último, un anterior ministro de Salud, Virgilio Galvis, planteó la necesidad de replantear los gastos en salud derivados de la asistencia de los pacientes con sida¹¹⁸, bajo la argumentación de que un país en vías de desarrollo no podía, so pretexto de garantizar la vida de una persona, gastar los recursos que podrían salvar más personas con otro tipo de patologías menos costosas. El ministro dijo: “el Estado no puede destinar la mayoría de recursos a tratar enfermedades incurables”¹¹⁹. Esta noción de oferta de servicios de salud afectaría todas las demás patologías incurables como la hipertensión y la diabetes.

Hay varias cosas interesantes en esta discusión: involucra un concepto no compartido, el de ‘mérito’, en el debate sobre el derecho a la salud; plantea el debate del criterio ‘interés general’ para el ejercicio de los derechos humanos, especialmente en la argumentación instrumental de que el cumplimiento o ejercicio de los derechos humanos depende de la voluntad de la mayoría (democracia *versus* derechos humanos)¹²⁰ y muestra la serie de medidas progresivamente buscadas por las EPS para desentenderse de sus responsabilidades con los pacientes con VIH/sida.

Pacientes terminales y enfermedades catastróficas

La ley 100 no precisa lo relacionado con las enfermedades catastróficas. Su texto habla del cubrimiento de “diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías”¹²¹. Pero una norma posterior crea una categoría de enfermedades sobre la base del alto costo de su atención y las denomina patologías catastróficas¹²² o ruinosas y las excluye del POS. Estas son¹²³:

¹¹⁷ Datos citados en Quintana [2002, 42-43].

¹¹⁸ “Debate por costo del tratamiento del sida”, *Portafolio*, Bogotá, 1º de diciembre de 1998, 11.

¹¹⁹ Citado por Duzán [1998].

¹²⁰ Sobre un proyecto de ley del Ministerio de Salud diseñado bajo esta lógica instrumental, véase más adelante el cuarto y último apartado de este capítulo, titulado *Tendencias de regulación del derecho a la salud*.

¹²¹ Artículo 162, ley 100 de 1993.

¹²² Este término, no guarda ninguna relación con las patologías derivadas de la atención de desastres o catástrofes, como se interpreta incorrectamente algunas veces.

¹²³ Acuerdo 8 de 1994, CNSSS.

- Tratamiento con quimioterapia o radioterapia para cáncer.
- Transplantes de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica.
- Tratamiento para el sida y sus complicaciones.
- Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor.
- Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos.
- Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito.
- Reemplazos articulares.

Luego, el Manual de Intervenciones añade nuevas exclusiones al POS: transplantes de riñón, de corazón, de médula ósea y de córnea y modifica el texto de la atención de cuidados intensivos para extenderlo a los cuidados de esta naturaleza incluso fuera de una unidad de cuidados intensivos propiamente dicha¹²⁴ (cambia de "tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos" a "terapia en unidad de cuidados intensivos")¹²⁵.

Como se puede deducir, se excluyen patologías costosas pero además procedimientos que son centrales en la supervivencia y en la recuperación de los pacientes. Esta norma, elaborada con sentido de racionalidad económica, reduce el POS a patologías temporales (agudas) de bajo costo y de fácil recuperación, con lo cual se excluyen enfermedades crónicas, costosas y de difícil recuperación. Así, los pacientes que las padecen son víctimas de una selección adversa que tiene origen en la misma norma, pues se les niega el acceso a estos servicios, salvo que los puedan comprar mediante un paquete de salud privado. En relación con esta situación, conviene citar una sentencia de la Corte:

El ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de enfermedades incurables y mortales afecta esos niveles, poniendo en peligro la propia subsistencia, no resulta válido pensar que el enfermo esté ineluctablemente abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento,

¹²⁴ Si bien es cierto los cuidados intensivos requieren, por definición, de un esfuerzo especial, este tipo de esfuerzo no siempre ocurre en una unidad, sino que puede ser desarrollado en una unidad de cuidados intermedios, en un servicio de urgencias, en un servicio de cuidados postoperatorios, entre otros.

¹²⁵ Artículo 17, Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud, 1994.

por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, el paciente tiene derecho, mientras tanto, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la prolongación de la vida amenazada, si así lo desea [...] ¹²⁶.

Mediante la norma y con el criterio del costo de la atención, no mediante el pronóstico o la decisión médica, se definen las enfermedades que puede atender una unidad de cuidados intensivos y las que se excluyen. Las exclusiones son: pacientes terminales, pacientes descerebrados y pacientes politraumatizados mientras no se les defina el tratamiento ¹²⁷. Esa "no definición de tratamiento" es una figura que recae en la discrecionalidad del médico, quien no siempre decide sobre la base de su propio criterio y muchas veces sí a partir de las presiones ejercidas por los representantes de las empresas de salud.

Esta reflexión no significa un rechazo a la regulación de la actividad médica por medio de normas. Sólo llamamos la atención sobre los criterios de regulación. Por supuesto, nuestra reivindicación de la autonomía médica no contradice, en modo alguno, la defensa de la salud por vía de la tutela sino que la complementa: una cosa es la discusión de un caso concreto en el que el juez constitucional con la ayuda de peritos puede tomar decisiones y otra muy diferente es legislar sobre todas las posibilidades futuras desde un marco reduccionista de listados exhaustivos que no permiten excepción alguna. Como la misma Corte lo reconoce, "la actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento" ¹²⁸.

En todo caso, la "terapia en unidad de cuidados intensivos" hace parte de lo que se conoce como enfermedades catastróficas o ruinosas, ya expuestas ¹²⁹ y por tanto su uso requiere cumplimiento de los períodos mínimos de cotización ¹³⁰. Por ambos lados se perpetúa la exclusión.

La Corte Constitucional ha precisado en numerosas oportunidades que los afiliados que deban tratarse por causa de una enfermedad catastrófica y que carez-

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁷ Artículos 29 y 30, *Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud*, Ministerio de Salud, Bogotá, 1994.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁹ Artículo 17, *Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud*.

¹³⁰ Párrafo, artículo 17, *Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud*. Véase el segundo apartado del capítulo 6 sobre períodos mínimos de cotización.

can de los recursos necesarios para pagar el porcentaje que les corresponde tienen el derecho de que las entidades los atiendan. La entidad promotora de salud asumirá los costos del tratamiento y tendrá acción de repetición contra el Estado para recuperar aquellos valores que legalmente no debía sufragar, pero no podrá dejar de prestar el servicio aduciendo la exclusión de este tipo de enfermedades del POS¹³¹.

El ISS había determinado que para la atención de ciertos servicios costosos debía cumplirse el requisito de que "exista desde el principio pronóstico favorable de curación"¹³². Aunque tal acuerdo era de 1974, la EPS del ISS no dudó en usarlo para limitar sus servicios, a pesar de su claro contenido anticonstitucional. Frente a la negación de la asistencia en salud a un niño por tener un mal pronóstico, el Consejo de Estado precisó:

Para la Sala aparece evidente que las normas acusadas en cuanto supeditan la prestación de la asistencia médica por parte del Instituto de Seguros Sociales al menor cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación está estableciendo límites en la protección del derecho a la vida y a la dignidad humana, con claro quebranto de estos derechos que salvaguarda la Carta Política en sus artículos 1º y 11, pues ello equivale a afirmar en forma aberrante e inaudita, que no vacila esta corporación en calificar así, que el menor que no tiene posibilidad en curación está irremediablemente condenado a padecer físicamente hasta que se produzca su deceso, ya que su vida carece de valor alguno para efectos asistenciales. Debe, en conclusión, declararse la nulidad de la expresión acusada por razón de la inconstitucionalidad sobreviniente de los actos administrativos que la contienen, con efectos *erga omnes* a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Fundamental¹³³.

Atención a personas desplazadas

La ley 100 de 1993 no desarrolla elementos explícitos sobre la atención en salud a las personas desplazadas, entre otras razones, porque el fenómeno del desplazamiento sólo se empieza a reconocer en el país desde 1995. Sin embargo, según el Comité de los Estados Unidos para los Refugiados (USCR), cada día se producen 1479 desplazados¹³⁴, lo que da un promedio de 539.835 desplazados nuevos por año. El fenómeno del despla-

¹³¹ Véanse Corte Constitucional, Sentencias: T-685 de 1998, T-60 de 1999, T-398 de 1999, y T-417 de 1999.

¹³² Artículo 26 del acuerdo 536 de 20 de mayo de 1974, del Instituto de Seguros Sociales. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de febrero 10 de 1995, Expediente 2943.

¹³⁴ "La violencia desplaza a un colombiano cada minuto", *El Tiempo*, Bogotá, 19 de julio de 2001.

zamiento no es coyuntural, no es transitorio, sino que se ha vuelto crónico, de tal manera que el CNSSS se pronunció al respecto para declararlo "evento catastrófico"¹³⁵.

Algunas normas posteriores hacen énfasis en la atención de desplazados dentro del régimen subsidiado, sin establecer otros mecanismos especiales que contemplen su situación particular:

la población desplazada por la violencia que se encuentra afiliada al régimen subsidiado deberá ser atendida según los contenidos del POS-S [...]. En caso de que no exista contrato de prestación de servicios entre la ARS y la IPS que atienda a la población desplazada por la violencia, la ARS reconocerá el valor de los servicios según las tarifas establecidas¹³⁶.

Solo hasta 1997, la ley desarrolló mecanismos legales sólidos de atención a los desplazados por la violencia¹³⁷. Se establecieron así mecanismos de ayuda humanitaria por tres meses y la promesa de adelantar programas de retorno. Pero tales programas no dieron los resultados esperados por la superposición de instituciones y la ausencia de recursos financieros.

Luego, en 2000, un nuevo decreto replanteó los requisitos de acreditación de la condición de desplazado¹³⁸. Lo que se observa es lo demorado y complejo que es el proceso de acreditación del desplazado¹³⁹. Un nuevo acuerdo del CNSSS¹⁴⁰ estableció el cobro de los servicios de salud que se les preste a los desplazados directamente a la Subcuenta de Riesgos Catastróficos del Fondo de Solidaridad y Garantía, con lo que las IPS no pueden negar la atención debida a los desplazados. Sin embargo, en declaraciones de directores de hospitales, el problema es la demora excesiva en el pago a las IPS por parte del Fondo:

Contrasta con esto el dato de que el año pasado [2000] se asignaron en el Fosyga 15.000 millones de pesos para la atención en salud a desplazados, de los cuales sólo se gastaron 4.000. Probablemente debido a esta infrutilización de recursos, para el año 2001 el presupuesto asignado se ha reducido a 7.000 millones¹⁴¹.

¹³⁵ Artículo 1, acuerdo 059 de 1997, del CNSSS.

¹³⁶ Artículo 46, acuerdo 77 de 1997, del CNSSS.

¹³⁷ Ley 387 de 1997, "por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización económica de los desplazados por la violencia en la República de Colombia".

¹³⁸ Decreto 2569 de diciembre de 2000.

¹³⁹ Observación personal durante varios años de trabajo en asistencia humanitaria en Colombia. Además, véase González [2001, 49-52].

¹⁴⁰ Acuerdo 185 de 2000, del CNSSS.

¹⁴¹ González [2001, 71].

En ese proceso, algunos desplazados se marginan por la falta de seguridad en relación con el manejo de la información sobre ellos (sus nombres, sus direcciones actuales), fenómeno que también se repite en el sector salud: no hay respeto por el secreto profesional, ni hay confidencialidad para la historia clínica ni por los demás documentos de los pacientes¹⁴². Otros desplazados son rechazados por las mismas trabas establecidas en el sistema para la admisión¹⁴³. Entre el miedo más que justificado, la burocracia y los filtros establecidos, son muchas las personas que quedan excluidas y no tienen más opción que "pagar íntegramente la consulta y los medicamentos en las instituciones sanitarias, con tarifas abusivas"¹⁴⁴.

Si el sistema funcionara, las personas desplazadas serían atendidas, ya carnetizadas, como parte del régimen subsidiado; de no ser así, por lo menos deberían ser atendidas por los mecanismos previstos para la cobertura a los llamados vinculados y sin ninguna necesidad de crear mecanismos nuevos ni complejos. Pero, además de los errores del régimen subsidiado y de la atención a desplazados, estos nuevos mecanismos tampoco funcionan y reproducen los mismos errores por los que estas personas todavía no tienen cobertura en salud: burocracia y falta de recursos. Al llegar los desplazados a las zonas urbanas de medianos o grandes municipios,

no hay capacidad para proveer de alimentos, abrigo, refugio, agua y saneamiento básico, además de atención sanitaria. La salud mental tampoco está garantizada para estas personas, que la mayoría de las veces presentan trastornos de ansiedad, depresiones y estrés postraumático tras haber presenciado masacres¹⁴⁵.

TENDENCIAS DE REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

La discusión general sobre los problemas de la cobertura en salud y la discusión específica, por lo menos sobre los cuatro grupos poblacionales presentados (pacientes con VIH, terminales, discapacitados y desplazados), han motivado debates sobre el derecho a la salud, aun dentro del Estado y dentro de las EPS. Concedores de la fuerza de la noción de los derechos humanos, el Estado, con la asesoría directa de las EPS, formuló un proyecto de ley estatutaria para la regulación del derecho a la salud¹⁴⁶. Este proyecto contenía, entre otros elementos, los siguientes:

¹⁴² De Currea - Lugo [1999]. Sobre las normas –incumplidas— relativas al secreto profesional, véanse páginas 71 a 96; sobre las violaciones al secreto profesional, las páginas 140 y 141.

¹⁴³ Según Médicos Sin Fronteras, el rechazo puede llegar al 50%. Véase González [2001, 71].

¹⁴⁴ Entrevistas a asociaciones de desplazados, en Quintana [2002, 40].

¹⁴⁵ Quintana [2002, 40].

¹⁴⁶ Minsalud [1999].

La prevalencia del interés general: en materia de salud, el interés general prevalece sobre los intereses particulares de los habitantes del territorio nacional. Para el efecto, los derechos de las personas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán limitados por las disposiciones que sobre la misma materia son inherentes a los derechos de la comunidad en general. Cuando al aplicar una norma se encuentren en conflicto los derechos individuales y los derechos de la colectividad, el interés particular cederá al público o social¹⁴⁷.

De esa manera, se coloca el derecho potencial colectivo por encima del derecho real individual, lógica dentro de la que podrían sustraerse del derecho los servicios de salud a aquellas personas con patologías costosas, con el argumento de que los gastos en la atención de sus enfermedades generan un daño en el derecho de otras personas.

El proyecto también incluyó lo siguiente:

Constituyen principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: [...] e) El de solidaridad, que permita diseñar los instrumentos requeridos para el acceso a los servicios de salud de toda la población. Los habitantes del territorio contribuirán, de acuerdo con su capacidad económica, y tendrán derecho a recibir los beneficios definidos, conforme a las normas vigentes¹⁴⁸.

Se elimina así la atención a vinculados, al reglarse que la única población que podrá recibir atención médica gratuita es la población menor de un año y que además no disponga ya de un sistema de salud. Esta medida excluiría de atención a indigentes, trabajadoras sexuales pobres, etcétera.

De otra parte, incluyó: "Deberes correlativos de los habitantes del territorio nacional: [...] m) Cancelar las sanciones pecuniarias que la Superintendencia Nacional de Salud le imponga"¹⁴⁹. Eso crea sanciones pecuniarias que podría aplicar la Superintendencia a cualquier habitante del territorio nacional, pues sería compatible con la lógica del paciente cumplidor-de-deberes antes que con la del paciente reclamador-de-derechos.

"Deberes correlativos de los habitantes del territorio nacional: [...] p) Tomar seguros voluntarios o garantizar con recursos propios la atención en salud que pueda requerir para la realización de actividades que generen un riesgo extraordinario al sistema"¹⁵⁰: el proyecto exige a todos a adquirir "seguros voluntarios o a garantizar con recursos propios la atención en salud [que genere] un riesgo extraordinario al

¹⁴⁷ Artículo 3, c, del proyecto de ley.

¹⁴⁸ Artículo 4, e, del proyecto de ley.

¹⁴⁹ Artículo 7, m, del proyecto de ley.

¹⁵⁰ Artículo 7, p, del proyecto de ley.

sistema", con lo que el Estado se desresponsabiliza de plano de la atención en salud que sea costosa.

La seguridad social en salud como derecho fundamental por conexidad: [...] d) Que su protección no implique disminuir el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás asociados, más allá de las justas proporciones que corresponden a una distribución eficiente de los recursos, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley¹⁵¹.

Lo anterior lesiona el concepto mismo del derecho a la salud, al definir que su conexidad debe, además, respetar la "distribución eficiente de los recursos", con lo que inclusive la conexidad con la vida se relativiza y se sujeta a la viabilidad financiera del sistema.

Interesa ver el proyecto mencionado aunque no tuvo finalmente un curso legal, porque refleja la tendencia mayoritaria de las EPS y del Ministerio de Salud en relación con el derecho a la salud y el uso que se hace de los mecanismos constitucionales para su defensa. Para nosotros, los derechos no pueden ser precisamente argumentos válidos para su propia negación¹⁵², ni para alejar al Estado de su responsabilidad.

En el segundo semestre de 2002 se discutió otro proyecto de ley estatutaria que contenía la misma tendencia¹⁵³:

Para que se considere derecho fundamental el derecho a la salud dentro de la seguridad social, es necesario que se cumplan todos y cada uno de los siguientes supuestos: 1. Que opere en conexión íntima e inescindible con un derecho fundamental. 2. Que se requiera de una protección inmediata por parte del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida. 3. Que sean casos de extrema necesidad. 4. Que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.

Aquí el derecho a la salud desaparece y queda tan solo el derecho a la vida, el que incluso, se limita "a las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado", lo que puede generar interpretaciones que dan pie a todo tipo de restricciones.

¹⁵¹ Artículo 13,d, del proyecto de ley.

¹⁵² "Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración" [*Declaración Universal de los Derechos Humanos*, ONU 1948, artículo 30].

¹⁵³ Los comentarios presentados son tomados de Herman Redondo [2002], miembro del CNSSS.

Planes Adicionales [en relación con el POS subsidiado]. Las entidades autorizadas legalmente estarán en capacidad de ofrecer Planes Adicionales que eleven los estándares de prestación establecidos para el Plan Obligatorio de Salud, o establezcan indemnización o subsidios especiales por incapacidad general o licencia de maternidad, siempre que la persona que adquiera el plan se encuentre afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial.

Como lo sostiene Herman Redondo, el POS subsidiado no debe tener planes adicionales que estén a cargo del usuario, pues se supone que este régimen cubre al sector más pobre, vulnerable y, por definición, sin capacidad de pago. Ambos proyectos significan y representan la mayor propuesta reformista contra la ley 100, emanada de las empresa de salud en estos años.

Financiación y derechos humanos: la equidad

6

El tercer núcleo de tensión entre el derecho a la salud y el sistema de salud colombiano se centra en el debate sobre los recursos financieros, su uso, la búsqueda de la equidad y la coparticipación del usuario en el pago de los servicios.

Decíamos en el capítulo que entrega el marco conceptual de este estudio que es posible hallarnos ante cuatro escenarios: a) el reconocimiento del derecho y su garantía, b) el reconocimiento del derecho y su difícil garantía ante problemas de disponibilidad de recursos materiales, c) el reconocimiento del derecho, una relativa disposición de recursos y una distribución injusta de tales recursos y d) la negación del derecho.

En el escenario colombiano, existe claramente el derecho. En relación con los recursos, el gasto en salud se ha incrementado en los últimos años. La ejecución del gasto social en salud con respecto al PIB evolucionó de la siguiente manera: 2,37 (1990), 2,57 (1993) y 4,74 (1997)¹. Este gasto permitió aumentar los servicios: se pasó de 2,5 millones de consultas en 1993, a 5,4 millones en 1994, y de cerca de un millón de hospitalizaciones en 1993, a 1,4 millones en 1997².

Es decir, afirmar que no hay recursos con el propósito de evadir el derecho a la salud sería simplista, algo no aplicable a Colombia, pues estamos ante el primero de los cuatro posibles escenarios. Ahora bien, esos dineros del PIB no han aumentado principalmente por recursos provenientes del Estado, que más bien han

¹ DNP [1999, 4].

² DNP [1999, 13].

disminuido, como precisaremos luego. El gasto en salud se ha incrementado por la participación del sector privado en la oferta de servicios de salud, la integración a un único sistema de los trabajadores cotizantes y la creación de figuras de recaudación de recursos (copagos y cuotas moderadoras) entre los usuarios de los servicios. Se calcula que,

las actividades relacionadas con la salud (administración, intermediación, seguros, servicios médicos y hospitalarios, aportes, medicamentos y exámenes, entre otras) mueven más de 15 billones de pesos anuales. Ese volumen de recursos representa alrededor de 8,6% del Producto Interno Bruto (PIB). [Y] el gran peso lo están soportando las familias, que aportaron el 47,8% de la billonaria cifra³ [...],

a través de cotizaciones y pagos de cofinanciación (copagos y cuotas moderadoras).

Con respecto a las cotizaciones y las figuras de recaudación adicional, como copagos y cuotas moderadoras, la Corte Constitucional precisó su naturaleza luego de casos de corrupción⁴ y de desvío de recursos:

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter parafiscal. Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa", por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos⁵.

³ "La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.

⁴ Véase el tercer apartado del capítulo 7 titulado *Evasión y corrupción*.

⁵ Corte Constitucional: Sentencia de Unificación SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero.

En el sistema colombiano, desde 1993, los recursos provienen del aporte de 12 puntos, calculados sobre la base del salario del trabajador como fuente de financiación del régimen contributivo. Para el régimen subsidiado, los recursos provienen de: a) los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, b) los recursos de los Ingresos Corrientes de la Nación, c) los recursos de Situado Fiscal y las rentas cedidas a los departamentos, d) recursos provenientes, a partir de 1997, de la renta sobre la producción de la industria petrolera de Cusiana y Cupiagua y e) las Rentas Cedidas.

Los recursos tienen una medida en el sistema de salud llamada la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Esa unidad económica determina el valor del paquete de salud (POS) y es una para cada régimen. Según un estudio de Fedesarrollo, la UPC debe revisarse periódicamente y ajustarse de acuerdo con las variables que afectan al sistema, incluidos los pacientes. La misma investigación demostró que "la disponibilidad de recursos no parece ser el obstáculo fundamental en la implementación del sistema", sino que lo ha sido la captación de las personas trabajadoras sin vínculo formal (trabajadores informales que devenguen más de dos salarios mínimos). Se precisa además que, si bien es cierto la UPC equivale al valor del POS, no significa que la persona vaya a usar efectivamente esos recursos y no significa por tanto que el sistema deba disponer de esos recursos, sino únicamente del valor promedio por persona beneficiaria⁶.

En relación con el sistema de precios, debe recordarse que, en la actualidad, lo que se refiere a la atención médica está bajo la regulación del gobierno a través de la ley 100 y complementarias. El mercado de la salud, más que mediado por la oferta y la demanda, está regulado por el Estado con un marco de gastos definido en el costo de la UPC, lo que obliga a las EPS a reducir costos mediante el concepto de volúmenes de producción, márgenes de rentabilidad, tablas de rendimiento del personal y estándares de manejo (protocolos de manejo). Es decir, el sistema con regulación estatal, UPC estable y general y participación privada, hace que se establezca una competencia basada en el diseño y la aplicación de indicadores de productividad y formas de administración que tienden a garantizar, ante todo, la supervivencia financiera del Sistema y, en el caso del capital privado, las ganancias correspondientes.

Luego de la ley 100, la tendencia ha consistido en disminuir los aportes de la Nación al sistema de salud y a la vez, paradójicamente, presionar a los hospitales desde el gobierno, para que los pocos recursos sean suficientes gracias tan solo a innovaciones administrativas. En este sentido, se expidieron nuevas leyes que buscan racionalizar y disminuir el gasto público⁷.

⁶ Para una explicación más detallada de la UPC, véase Giedión y Wüllner [1996].

⁷ Ley 344 de 1996.

La ley 100 de 1993 contempló que el aporte del presupuesto nacional entre 1994 y 1996 sería igual a la cuantía recogida por: a) un punto de la cotización del régimen contributivo, más b) el monto aportado por las cajas de compensación⁸. Para el año siguiente, 1997, se planteó reducir los aportes del Estado únicamente al equivalente de los que se recogiesen por concepto del punto que aporta el régimen contributivo a la subcuenta de solidaridad.

En la práctica, la entrega de dineros ha sido inferior a la ya recortada en la ley. El Estado no giró 760.000 millones de pesos que debía girar al Fondo entre 1994 y 1996⁹. Y en la vigencia presupuestal de 1996, el gobierno debió aportar, por ley, cerca de 240.000 millones para el régimen subsidiado, pero sólo liquidó 15.000 millones¹⁰ (lo que produjo un déficit de 225.000 millones de pesos al sistema) En 1997, el aporte fue nulo.

Según la Contraloría General de la República, para la subcuenta de solidaridad,

el Gobierno Nacional no ha cumplido con su obligación de girar oportunamente lo que corre a su cargo, al punto que a 31 de diciembre de 1998 adeudaba la suma de 531.314.5 millones, por lo que el Ministerio de Hacienda se comprometió a efectuar pagos anuales entre 1999 y 2005, actualizando el saldo por el IPC proyectado para esas vigencias¹¹.

O sea, el Estado incumple y además reconoce prolongar el pago debido hasta el 2005.

A la par con la reducción de los recursos del Estado, se giraron durante el periodo comprendido entre 1994 y 1999 millonarias cuantías en dinero a las EPS por pago de la UPC por cada afiliado, cuando esas empresas lo solicitaban, sin que hubiera un control real del número de afiliados y sin hacer verificaciones de los datos presentados por las EPS.

Para aminorar el derecho a la salud se juntaron esta tendencia normativa de reducir los aportes del Estado, las políticas específicas que afectan el desarrollo del régimen subsidiado y otros mecanismos financieros establecidos, útiles a la selección adversa de pacientes: los períodos mínimos de cotización, los copagos y las cuotas de recuperación, como mostraremos enseguida.

LOS RECURSOS PARA EL RÉGIMEN SUBSIDIADO

La ley 100 de 1993 fijaba inicialmente la financiación de la subcuenta de solidaridad con recursos del Estado, que no serían inferiores a "un punto de la cotización del

⁸ Ley 100 de 1993, artículo 221, literal c.

⁹ "Caos en la salud subsidiada", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de septiembre de 1999.

¹⁰ Jaramillo [1999, 17].

¹¹ CGR [2000].

régimen contributivo" (el *pari pasu*)¹² para las vigencias entre 1994 y 1996. Sin embargo, el Estado decidió modificar la ley 100 mediante la ley 344 de 1996 y bajar en un 75% los aportes que debía hacer el Estado¹³.

La nueva medida dispuso que el literal c, del artículo 221 de la ley 100 de 1993 quedará así: "A partir de 1997 [el aporte del Estado] podrá llegar a ser igual a medio punto de la cotización del régimen contributivo. A partir de 1998 no podrá ser inferior a un cuarto de punto de la cotización del régimen contributivo"¹⁴. Esta reforma, coherente con las políticas de recorte de la inversión social, reduce de 1 punto a 0,25 los aportes del Estado por cada peso que aporte el régimen contributivo al régimen subsidiado¹⁵.

Por eso en 2000, el Movimiento Nacional por la Salud Pública, la Asociación Médica Colombiana, Asmedas Seccional Antioquia y otras organizaciones demandaron la norma alegando su inconstitucionalidad, pues la Constitución ordena que "el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley"¹⁶. Los demandantes encuentran que, en vez de ampliarse, se disminuyeron los recursos presupuestales para la seguridad social y que esa disminución obra en sentido contrario, lo que resulta violatorio del concepto mismo de Estado social de derecho que se consagra en el artículo 1 y en el preámbulo de la Constitución. La Corte Constitucional sentenció:

el Constituyente, en desarrollo del concepto de Estado Social de Derecho, dispuso que salvo los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, conforme a los mandatos contenidos en los artículos 350, inciso 1º y 366 de la Carta Política, como quiera que el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el bienestar general 'son finalidades sociales del Estado'¹⁷.

La Corte Constitucional precisó, retomando una sentencia en relación con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la noción de "aplicación progresiva" de tales derechos, que:

¹² Literal c, artículo 221, ley 100 de 1993.

¹³ Ley "por el cual [sic] se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público". Se conoció también como Ley de racionalización del gasto público.

¹⁴ Artículo 34, ley 344 de 1996.

¹⁵ Curiosamente el Ministerio de Hacienda considera que, fruto de sus propias cuentas y análisis, el Estado no adeuda nada al sector salud. "A la salud no le cuadran las cifras", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2001.

¹⁶ Artículo 48, *Constitución Política de Colombia*.

¹⁷ Corte Constitucional: Sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

El hecho de que esta afirmación sea abierta y los medios utilizables por parte de los Estados [sean] laxos, no implica que los esfuerzos puedan ser mínimos: esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos¹⁸.

Finalmente, la Corte declaró inexecutable la reforma hecha por el legislador a la ley 100 de 1993 en relación con los recursos para la subcuenta de solidaridad,¹⁹ lo que obliga al Estado a aportar al Fosyga el equivalente al aporte por solidaridad (1 punto) que hacen los afiliados al régimen contributivo.

No es admisible la explicación de que para aplicar la ley 100 sea necesario sacrificar una generación de personas:

del mismo modo es que no es admisible que se imponga una tiranía con el pretexto de preparar a la población para disfrutar en el futuro de instituciones democráticas, es insostenible que se someta deliberadamente a la miseria a la mayoría de la población con la excusa de que ello garantiza el bienestar futuro o la supervivencia de un sector de la economía²⁰.

Recordemos que la ley 100 ordena la unificación de los valores de las UPC de los regímenes contributivo y subsidiado con el fin de garantizar el mismo plan de salud a todas las personas a partir de 2001. Para 1999, se aumentó la UPC-C con el criterio de la inflación (16,5%), mientras que la UPC-S se mantuvo en la misma cuantía del año anterior (1998), so pretexto del mal manejo que los recursos del régimen subsidiado habían tenido por parte de las ARS: la UPC-C fue de 241.577 pesos y la UPC-S, de 128.530 pesos²¹. Este estancamiento de la UPC Contributiva según la inflación significó una disminución del 15% de su valor real en pesos constantes.

La UPC-C para el año 2000 fue de 265.734 pesos y la UPC-S de 141.480²², aumento que únicamente compensa la inflación del año anterior pero no significa

¹⁸ Corte Constitucional: Sentencia T-568 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹ Corte Constitucional: Sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ Nikken [1988, 87-88].

²¹ Acuerdo 119 de 1998 del CNSSS.

²² Acuerdos 159 y 161 de 2000, CNSSS.

ningún avance en el valor de la UPC ni ningún paso hacia la nivelación del valor de las dos UPC. Es decir, seis años después de iniciar un sistema cuyo pilar era buscar la confluencia progresiva de las dos UPC (de los dos POS), la UPC-S se mantiene en solo el 53,2% de la UPC-C, tanto en 1999 como en 2000. Parte de ese estancamiento se debe a la falta de aportes del Estado al sistema de salud, de acuerdo con los términos establecidos en la ley 100²³. La proyección hecha por el CNSSS, en 2000, fue aumentar la UPC-S en sólo el 8% para 2001 y en el 6% para el año 2002²⁴.

Además de este aplazamiento, contrario a la norma, en unificar el valor de la UPC-S con el de la UPC-C, la administración del régimen subsidiado ha tenido diferentes tendencias. El régimen subsidiado empezó en el país como un espacio de participación social y de solidaridad. Las comunidades, a través de grupos de usuarios, comunidades indígenas y asociaciones de vecinos, integradas en Empresas Solidarias en Salud, ESS, generaron procesos mediante los que organizaban la contratación de servicios de salud, la administración de los recursos y actuaban como interlocutoras ante el Fosyga para recibir de este fondo el pago de las UPC-S correspondientes a las personas asistidas por las organizaciones llamadas, precisamente, solidarias en salud²⁵.

La atención en salud de la población subsidiada no fue una prioridad del gobierno. Al comienzo, la mayoría de esfuerzos se centraron en la regulación y organización del régimen subsidiado. Posteriormente, el desarrollo de las ESS mostró que, incluso para el mercado de la salud, el régimen subsidiado era un espacio interesante. Luego, el Estado reguló la creación de las ARS, administradoras del régimen de subsidiado, y las EPS privadas empezaron a mostrar un interés progresivo en el tema.

Luego, no aparecieron alrededor de 2 billones de pesos de los recursos del régimen subsidiado. Para entender la magnitud de la pérdida, digamos que el pago de toda la crisis hospitalaria del sector salud en Colombia vale alrededor de 1 billón y medio de pesos. Con el pretexto de evitar pérdidas de recursos similares, la política del gobierno consistió en implantar nuevas reglas para las ARS, reglas que no servían para controlar los recursos, pero sí favorecían abiertamente la participación de las EPS privadas, como ARS, en el manejo de subsidios estatales, al desplazar las ESS. Esto se puede afirmar luego de analizar el tipo de medidas tomadas por el Estado para regular las ARS:

Para su permanencia deberán acreditar como mínimo un número de 200.000 personas afiliadas [...] Para efecto del número mínimo de afiliados se

²³ Ruiz [2001, 20].

²⁴ CNSSS [2000].

²⁵ Sobre la participación y organización de la comunidad, véase VV.AA [1996]. Este documento recoge las memorias del "Foro Nacional: Avances en el desarrollo del Sistema General de Seguridad Social en Salud", evento en el que participaron más de 100 representantes de instituciones relacionadas con el sector salud.

computará hasta en un 20% el número de afiliados que se tenga en el ramo del régimen contributivo²⁶.

Además, debían presentar una solvencia financiera (2.360 millones de pesos) imposible de cumplir por las pequeñas ESS²⁷. El Estado aprovechó la crisis del régimen subsidiado para aniquilarlo congelando el valor de la UPC-S.

El panorama de las ESS en 1999 era el siguiente: de 176 que participaban en el régimen contributivo, 77 tenían menos de 10.000 afiliados, 63, entre 10.001 y 25.000; 26 tenían entre 25.001 y 50.000, 8 tenían entre 50.001 y 100.000 y sólo 2 tenían más de 100.000 afiliados²⁸.

Es decir, sólo las que tengan una buena capacidad financiera y de aseguramiento podrán ofrecer servicios en el régimen subsidiado, con lo cual las ARS pequeñas, las ESS, desaparecen, independientemente de su honestidad, el proyecto social que encarnen o sus características rurales o indígenas. Se calcula que sólo sobrevivirán el 15% de las ARS²⁹. Pero el Estado permitió a las EPS privadas que se adentraron en el régimen subsidiado, contabilizar sus afiliados en el régimen contributivo hasta en 40.000, para completar el requisito legal. El Estado legisló para lograr el pago oportuno por parte de municipios y departamentos a las ARS de las UPC-S equivalentes a su número de afiliados: Los pagos de las entidades territoriales a las administradoras del régimen subsidiado deberán efectuarse por anticipado. En consecuencia, las entidades territoriales no podrán dilatar el pago so pretexto de incumplimiento de la ARS³⁰. Pero informaciones de prensa dicen, citando documentos de la Defensoría del Pueblo, que "se han detectado incumplimientos de hasta de 1.530 días (más de cuatro años)"³¹.

Hay una medida que obliga a las ARS a contratar hospitales públicos: "las administradoras del régimen subsidiado deberán contratar con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas el 40% del valor de la UPC efectivamente destinada a la prestación de servicios de salud"³². Resaltemos que esta medida que busca favorecer la oferta pública sólo existe en el régimen subsidiado y no en el régimen contributivo.

²⁶ Numeral 2, artículo 16, decreto 1804 de 1999.

²⁷ Las ESS, como ARS que son, deben cumplir con estas normas, sin embargo, las ESS tienen una reglamentación particular para estos requisitos, más tiempo y menos exigencias que a las grandes ARS. Véase el decreto 1804 de 1999, "por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones".

²⁸ Cardona y otros [1999, 66].

²⁹ "Drástico ajuste a la salud subsidiada", *El Tiempo*, Bogotá, 18 de septiembre de 1999.

³⁰ Artículo 37, acuerdo 77 de 1997, CNSSS.

³¹ "Salud busca sus derechos", *El Espectador*, Bogotá, 27 de agosto de 2001.

³² Artículo 39, acuerdo 77 de 1997, CNSSS.

Según Roberto Esguerra, presidente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas,

hay importantes montos de dinero que las secretarías de salud de los municipios y departamentos adeudan o no han reconocido a diferentes instituciones públicas o privadas por la atención de pacientes llamados "vinculados" es decir, por aquellos que aún no están afiliados al régimen subsidiado³³.

En 1996, la Defensoría del Pueblo ya advertía sobre las prácticas excluyentes, los recortes y la mala calidad de los servicios de salud. En una comparación entre los servicios prestados antes de la ley 100 y los ofrecidos después, la Defensoría concluyó que

el decreto 1895 de 1994 [reglamentario del régimen subsidiado] no ofrece ninguna ventaja adicional a los servicios que la misma gente ha estado recibiendo como subsidio a la oferta [antes de 1993] y se le niega la posibilidad de acceder a servicios básicos fundamentales, como el aporte de medicamentos, la atención de mejor calidad, la referencia y contrarreferencia, los servicios de 2o. y 3er. nivel y aun en el 1er. nivel de atención se queda corto³⁴.

Un análisis comparativo sobre la equidad y la utilización de servicios antes de 1993 y después de 1997 muestra que

los indicadores de concentración correspondientes a la utilización de servicios variaron muy poco [...] a excepción de la cobertura de aseguramiento, que se incrementó dramáticamente, los demás indicadores no mostraron grandes cambios³⁵.

Según la Contraloría General,

los recursos que debe percibir el Fosyga, 'Subcuenta Solidaridad', principal fuente de financiación del régimen [subsidiado], no son encontrados en la cantidad u oportunidad establecidas, debido especialmente a deficientes controles de verificación del ingreso base de captación del régimen contributivo, no giro de la obligación del Gobierno Nacional e indefinición en la forma de calcular el impuesto de remesas de las compañías petroleras en Cusiana y Cupiagua³⁶.

³³ Esguerra [1998, 3].

³⁴ Si aceptamos este análisis, vemos que la cobertura a la población no ha significado el avance que se pretende mostrar con los avances en la carnetización. Véase Defensoría [1996, II, 216].

³⁵ VV.AA [2001a, 8 y 21].

³⁶ CGR [2000].

Por esa indefinición y aun con la bonanza petrolera de esos dos yacimientos, los recursos nunca han ingresado al sistema.

En 2001, Asmedas comunicó la intención del legislador de reducir la parte de los Ingresos Corrientes de la Nación que se destinan a salud y educación por medio de transferencias de la Nación a los municipios y departamentos (el llamado Situado Fiscal). Según Asmedas,

La tesis del Gobierno es el ajuste fiscal para poder cumplir el acuerdo con el Fondo Monetario Internacional y el pago del servicio e intereses de la deuda externa, tanto pública como privada, la que está cerca del 40% de nuestro presupuesto nacional. ¿Qué se pretende reformar de la Constitución? Precisamente Artículos tales como el 350, 356, 366 y otros que plantean claramente, y como orientación del Estado Social de Derecho, la prioridad del gasto social y mandato perentorio de que estos en lugar de disminuir deben aumentar progresivamente. Serán derogados, entonces, artículos como "el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación", "el presupuesto de inversiones no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el año anterior respecto del gasto total" (artículo 350 de la Constitución Política); "el situado fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado" (artículo 356). O sea, salud y educación³⁷.

Finalmente, esta reforma constitucional a las transferencias de recursos a los departamentos y a los municipios se aprobó en junio de 2001,

en el marco de un acuerdo sobre saneamiento fiscal suscrito con el Fondo Monetario Internacional [...] La medida oficial implicará recortarle el equivalente a 4.000 millones de dólares a los sectores de la educación y la salud, por lo que más de 1,5 millones de niños y jóvenes no podrán recibir clases y 2,5 millones de personas pobres serán excluidas del régimen subsidiado de salubridad³⁸.

Así, mediante una conjugación de estrategias (congelamiento del valor de la UPC-S, disminución de los aportes del Estado al régimen contributivo, reforma a las transferencias de recursos a los municipios para salud y educación, y desmonte de las ESS) se puede concluir que no es prioridad del Estado, en materia de salud, la cobertura integral para las personas pobres.

³⁷ "El Congreso cocina nuevo golpe a las finanzas de la salud y educación", *Momento Médico*, núm. 59, marzo - abril, 2001.

³⁸ "Comisión aprobó ley de transferencias; paro nacional este jueves", *El Tiempo*, Bogotá, 7 de junio de 2001.

PERIODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN

Se entiende como preexistencia,

toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar que existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas. La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia³⁹.

Ya la ley 100 había establecido que no es posible excluir de la asistencia médica tales enfermedades⁴⁰, pues las preexistencias son incompatibles con el principio de integralidad del servicio. Aunque la Corte aceptó su vigencia para efectos de contratos de salud diferentes al POS, como los contratos de medicina prepagada⁴¹, también entendió que las preexistencias lesionarían la noción de la salud como derecho.

Sin embargo, la ley sí establece una nueva figura denominada 'períodos mínimos de cotización': "el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo [...] podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización"⁴². Y para un período mínimo de cotización inferior a 100 semanas, "el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario"⁴³.

La norma los define como,

aquellos períodos mínimos de cotización al sistema general de seguridad social en salud, que pueden ser exigidos por las entidades promotoras de salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese período el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado⁴⁴.

El régimen subsidiado no contempla períodos mínimos de cotización para la atención⁴⁵.

³⁹ Artículo 1, decreto 1222 de 1994.

⁴⁰ Artículo 164, ley 100 de 1993.

⁴¹ Al respecto de la medicina prepagada, véase el último apartado de este capítulo titulado *Planes complementarios y medicina prepagada*.

⁴² Artículo 164, ley 100 de 1993.

⁴³ Artículo 164, ley 100 de 1993.

⁴⁴ Artículo 60, decreto 806 de 1998.

⁴⁵ Artículo 6, acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

De allí se derivan dos cosas: a) la selección de demandas en salud costosas y b) el sometimiento de esa selección a un régimen especial de pago que recae enteramente en el usuario. Estas dos medidas dejan la atención de las patologías más graves en manos, precisamente, de las posibilidades de compra de servicios de salud. Cuando más imprescindible es el servicio, más está sometido a las leyes del mercado.

Las patologías que no aparecen cubiertas son las consideradas patologías catastróficas o ruinosas, de las que se habló anteriormente⁴⁶. De esto se deduce que:

- Se excluyen la atención a órganos vitales (corazón, sistema nervioso central) y patologías altamente costosas y que necesitan para la supervivencia del paciente de los servicios de salud (cáncer, sida, insuficiencia renal crónica), con el argumento del costo financiero que tiene que asumir el sistema. La Corte obligó a una EPS a suministrar un medicamento para tratar a un paciente con cáncer, ya que la EPS se había negado argumentando precisamente la falta de semanas de cotización necesarias⁴⁷.
- Los servicios de salud que deriven de estas enfermedades sólo se atenderán si la persona cotizó un mínimo de 100 semanas (casi dos años). En este tiempo, enfermedades de deterioro progresivo como el sida y el cáncer alcanzan un estado avanzado en el que las posibilidades de mejoría son mucho menores. Así, las personas cotizantes que quieran ser atendidas en salud para este tipo de enfermedades deberán comprar los servicios de salud mediante las leyes del mercado.
- Las complicaciones del sida conllevan a una clara violación al principio de igualdad, pues mientras un paciente VIH (-) con una patología cubierta por el POS se atiende sin problema, un paciente VIH (+), con la misma patología, podría ser excluido, so pretexto de que no es una entidad cubierta por el POS, sino una complicación del sida.

⁴⁶ Al respecto, véase en el capítulo quinto el apartado *Pacientes terminales y enfermedades catastróficas*.

⁴⁷ "No hay duda de que la falta de sometimiento del paciente a las sesiones de quimioterapia ordenadas por el médico tratante constituye una enorme amenaza contra su derecho a la vida, entendido como simple existencia, pues permitiría el avance veloz e inclemente de la enfermedad y, por consiguiente, sería tanto como adelantar impasiblemente su desaparecimiento. Pero no solamente eso, sino que es una evidente vulneración del mismo (derecho a la vida), entendido como una existencia en condiciones dignas, pues el tiempo que se demore en llegar la muerte, faltando el tratamiento señalado, implica agudización de dolores y sufrimientos muy superiores a aquellos que soporta otro enfermo de cáncer sometido a sesiones de quimioterapia". Corte Constitucional: Sentencia T-283 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

- La exclusión del tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas lesiona el principio del derecho fundamental a la salud que la Constitución otorga a los niños.
- La exclusión del POS del trauma mayor y su sometimiento a las leyes del mercado significa, simplemente, desconocer el perfil epidemiológico de Colombia, país donde la violencia (política, social y familiar) afecta severamente la calidad de vida de las personas y sus condiciones de salud. Lo mismo se puede decir respecto de la exclusión de los servicios de las unidades de cuidados intensivos.

Y si la persona que ha cotizado sus 100 semanas en una EPS hace uso de su derecho y exige la atención en esas patologías costosas, entonces “deberá permanecer [...] por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva” EPS⁴⁸. Se renuncia así al principio de libre escogencia de EPS y además se obliga a la persona a seguir cotizando (sin tener en cuenta el riesgo de quedar sin empleo), con lo que se pretende asegurar la recuperación del gasto en salud que demandó su atención por parte de la EPS. Para los detractores del uso de la tutela frente a los períodos mínimos de cotización,

Una faceta muy importante de la acción de tutela en lo que tiene que ver con los períodos mínimos de carencia, es que su aplicación en estos casos estimula el comportamiento de polizón, según el cual el individuo se mantiene por fuera del aseguramiento mientras esté sano, y cuando se enferma se afilia a sabiendas de que obtendrá la atención requerida sin tener que pagar de su bolsillo en proporción al tiempo que le falte por cumplir los períodos mínimos; a sabiendas de que cuando lo requiera podrá acudir a la acción de tutela, el polizón se mantiene por fuera del sistema, lo que conlleva a un ingreso no percibido en la subcuenta de compensación, que aún no ha sido cuantificado⁴⁹.

En el caso de una paciente con cáncer de seno, una EPS suspendió el tratamiento con el argumento de que la EPS “no asume el valor de la droga [medicamento] y en cuanto a los servicios profesionales únicamente reconoce el 52%, debido a que la peticionaria no tiene aún dos años de afiliada”⁵⁰. La Corte retomó, para el análisis, el decreto 1938 de 1994, “por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el sistema nacional de seguridad social en salud”, al señalar las actividades y procedimientos que el sistema debe brindar a las personas. La Corte fue consciente de las limitaciones y exclusiones que la ley contempló, entre ellas, la figura de períodos mínimos de cotización para las enfermedades costosas.

48 Artículo 14, decreto 1485 de 1994.

49 Minsalud [2001].

50 Citado en: Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell.

Con el fin de garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en el POS, el mencionado decreto dispuso establecer el fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas, con cargo al cual se cubrirá el valor de la atención para cada una de dichas patologías, con un tope máximo por evento año. El usuario deberá asumir los gastos que superen este valor, lo que puede cumplirse mediante la modalidad de un plan complementario⁵¹.

De este decreto se concluye que el acceso a la prestación de los servicios de altos costos requiere de una cotización mínima y, en caso de que no se hayan cumplido dichos períodos, el usuario debe cubrir cierta proporción, "que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica". Para la Corte, esto significa "una flexibilidad en el manejo de la situación que se compadece con las condiciones económicas del usuario y, por supuesto, con la gravedad de la enfermedad que lo aqueja"⁵². Y continúa la Corte:

Sí, además, se tiene en cuenta, de un lado, la urgencia del tratamiento médico y, de otro, el hecho de que la demandante carece de los recursos económicos para asumir el costo de lo que le pueda corresponder para el tratamiento y los medicamentos que exige su caso, es claro que debe exonerársele del pago señalado en los reglamentos, por sus condiciones de pobreza si se tienen en cuenta los exigüos ingresos que recibe. En sus condiciones de enfermedad y dentro de las limitaciones propias de esta circunstancia, el salario de la demandante resulta insuficiente para subvenir cualquier gasto adicional y más aún, el que demanda el pago adicional para acceder a los referidos servicios de seguridad social en salud. La situación descrita convierte la protección que reclama la peticionaria en un caso de necesidad, de manera que la negativa de la EPS demandada no sólo compromete la vigencia del derecho a la seguridad social de la actora, sino que amenaza su derecho al mínimo vital⁵³.

En normas más recientes (1998), se presentan dos grupos de patologías susceptibles de cobro de períodos mínimos de cotización: el primer grupo abarca las patologías ya sometidas a 100 semanas de cotización previa. Al segundo se le exigen

cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, Mapipos,

⁵¹ Artículo 38, decreto 1938 de 1994.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell.

como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año⁵⁴.

Si el usuario no tiene capacidad de pago (cosa que debe acreditar) para eventos en los que no llena el requisito de períodos mínimos de cotización,

deberá ser atendido, él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes⁵⁵.

Así la institución privada suspendería el tratamiento y remitiría al paciente a una institución pública, en una situación en la que es suficientemente conocida la crisis de los hospitales públicos⁵⁶.

COPAGOS Y CUOTAS MODERADORAS

Decíamos antes que el legislador tiene la facultad de regular los servicios públicos y es claro que estableció mecanismos para garantizar la financiación del sistema de salud. Uno de ellos es el pago de cuotas moderadoras a las personas pertenecientes al régimen contributivo. Sin embargo, el legislador previno posibles problemas derivados de tal mecanismo y aclaró que "en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres"⁵⁷.

Esta medida se demandó por inconstitucional con el argumento de que afecta el acceso al servicio, al supeditarlo a la capacidad de pago de tales cuotas, que no reemplazan de manera alguna el pago de la cotización mensual del afiliado. Este hecho, dice el demandante, desconoce "la realidad socioeconómica del 80% de la población colombiana que, por sus ingresos salariales menores a dos salarios mínimos, no están en condiciones de cubrirlas". El legislador justificó la medida en la necesidad de "racionalizar el uso de servicios del sistema" como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio". La Corte consideró que el pago no era una obligación imposible de cubrir por parte de los afiliados al régimen contributivo, quienes, por definición, tienen la capacidad de pago y tal pago materializa el principio constitucional de solidaridad⁵⁸.

⁵⁴ Artículo 61, decreto 806 de 1998.

⁵⁵ Artículo 61, decreto 806 de 1998.

⁵⁶ Sobre la crisis de los hospitales públicos, véase el primer apartado del capítulo 5

⁵⁷ Artículo 187, ley 100 de 1993.

⁵⁸ Sobre este debate, véase Corte Constitucional: Sentencia C-542 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara

Sin embargo, la Corte advirtió en la misma sentencia que se debe evitar que en casos en que no sea posible hacer el cobro,

[no] se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio —afiliado cotizante o sus beneficiarios— al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia [...] el sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes⁵⁹.

Se parte de una explicación no suficientemente demostrada: los usuarios necesariamente hacen uso irracional de los servicios y por tanto hay necesidad de crear mecanismos de filtro. Uno de ellos es el pago de cuota por el uso de los servicios. Ese mito del uso irracional de los recursos por parte de los usuarios proviene directamente de una concepción mercantil de la salud: "el cliente quiere usar lo más por el mismo precio" y, por tanto, hay que desestimular su uso. Sin embargo, una investigación sugiere que mecanismos como los copagos y las cuotas moderadoras "podrían estar frenando la utilización de servicios entre los segmentos más pobres"⁶⁰; dicha investigación mostró que la principal causa para el no uso de servicios de salud por parte de la población no cubierta y la segunda causa para la población cubierta fue la falta de dinero⁶¹. En otra investigación, Profamilia encontró que el 51% de la población no usa los servicios de salud por falta de dinero⁶². Y según la Encuesta de Calidad de Vida de 1997, cada persona del régimen contributivo asiste en promedio a 3,5 consultas médicas por año, al odontólogo, 1,28 veces; usa servicios de laboratorio 1,2 veces, mientras cada persona del régimen subsidiado asiste al médico 2,12 veces al año, al odontólogo, 0,59 veces, y usa servicios de laboratorio 0,65 veces⁶³.

Además de no ser cierto el uso frecuente de servicios, esto no se ve como una (potencial) falla en la terapéutica sino como una actitud despilfarradora del consumidor del servicio. El problema, además del costo real de la cuota que sí genera serias limitaciones en el uso de servicios, es la concepción que subyace a ella, pues

⁵⁹ Otro pronunciamiento en el mismo sentido: Corte Constitucional, Sentencia: C-089 de 1998, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁰ VV.AA [2001a, 21].

⁶¹ La primera causa de no uso para la población cubierta, en esta investigación, fue considerar la dolencia como un caso leve. VV.AA [2001a, 17 y 20].

⁶² Profamilia [2000, 189-197].

⁶³ DNP [1997].

se desconoce que el usuario paga mensualmente con su cotización el acceso a los servicios de salud. Llama la atención que a la vez que no se intentan estrategias de educación comunitaria en el uso racional de los servicios de salud, se pretenden resolver los problemas relacionados con la grave situación medioambiental que afecta la salud humana con un número exagerado de cursos, talleres y demás actividades de prevención para las comunidades. Es decir, en prevención de la enfermedad y en promoción de la salud se consideran válidos y hasta suficientes los cursos, pero para el control racional de los servicios, la estrategia de control que se establece es de orden financiero.

La reglamentación también plantea la posibilidad de que el copago se convierta en una herramienta de incentivo al usuario, propio de las leyes del mercado. Así, las EPS pueden disminuir el copago a determinados usuarios como incentivo para que permanezcan⁶⁴. El Instituto de los Seguros Sociales se propuso cobrar multa a quienes no asistan a la cita, pero no hay mecanismos de sanción cuando la falla en la prestación del servicio es responsabilidad de la propia IPS.

En respuesta a una demanda de inconstitucionalidad, la Corte declaró inexecutable la expresión "y la antigüedad de afiliación en el sistema" contenida en el inciso 2º del artículo 187 de la ley 100 de 1993, relacionada con los criterios para el establecimiento de las cuotas moderadoras. Dice la Corte: "por cuanto ella [la antigüedad] no guarda relación alguna con el costo y la racionalidad del uso del servicio del sistema de salud" y alega que tal criterio es ajeno a las exigencias de la Constitución y de la ley 100 en relación con el cumplimiento de la solidaridad social⁶⁵.

CUOTAS DE RECUPERACIÓN

Se parte, sin muchas pruebas, de que la población abusa de los servicios de salud y se argumenta que el cobro de una especie de "cuotas moderadoras para el Régimen Subsidiado" corregiría esta tendencia y además haría más justo el sistema. Pero al contrario de esa supuesta tendencia de despilfarro, se observa que "la demanda de servicios de los afiliados del Régimen Subsidiado es muy baja debido al desconocimiento de sus derechos"⁶⁶.

Según Iván Jaramillo,

es necesario revisar el sistema de copagos del régimen subsidiado, pues actualmente está resultando muy oneroso (un pobre que se enferma debe pagar hasta 200.000 ó 400.000 pesos anuales en copagos y el doble si se

⁶⁴ Artículo 14, decreto 1485 de 1994.

⁶⁵ Corte Constitucional: Sentencia: C-542 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara.

⁶⁶ Jaramillo [1999, 19].

enferman dos en la familia, mientras que en el [régimen] contributivo se pagan solo 96.000 pesos anuales para las familias con un salario mínimo)⁶⁷.

Existe además una tendencia a mostrar que los pobres necesitan menos recursos en salud que otros sectores de la población. Según una peligrosa hipótesis expuesta en relación con los recursos del régimen subsidiado,

existen condicionantes estructurales y de comportamiento entre los subsidios que mantienen baja la demanda de servicios, pese a tener y conocer el derecho a los mismos. En consecuencia, en tal caso la UPC-S podría estar sobredimensionada⁶⁸.

Si aceptáramos este argumento, no se justificarían las cuotas de recuperación como mecanismos de racionalización.

En el caso ya citado de la paciente con cáncer de seno, la Corte consideró injusto exigirle un pago adicional para suplir los gastos no cubiertos, porque aunque la paciente no tenía un mínimo de semanas cotizadas, tampoco tenía recursos que le permitieran pagar un plan adicional de salud⁶⁹. Podría decirse lo mismo en relación con las cuotas de recuperación, que muchas veces no actúan ni como forma de contención del abuso de servicios, ni como forma de financiación de los servicios, sino como filtro que favorece la selección de pacientes por su capacidad de pago, precisamente entre personas del régimen subsidiado que, por definición, carecen de recursos. Pero el legislador no lo ve así. Incluso en uno de sus decretos, ya citado, menciona que las personas vinculadas (pobres que no pertenecen al sistema) "tendrán acceso a los servicios de salud [...] de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes"⁷⁰.

PLANES COMPLEMENTARIOS Y MEDICINA PREPAGADA

Hay un espacio concreto de exigencia a particulares del derecho a la salud, incluso por encima de los contratos específicos firmados entre el oferente de servicios y la persona que los contrata, que ha dado lugar a una amplia jurisprudencia⁷¹: se trata de la regulación de los servicios de medicina prepagada⁷². Se acepta que las enfer-

⁶⁷ Jaramillo [1999, 17].

⁶⁸ Jaramillo [1999, 17].

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-114 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell

⁷⁰ Artículo 33, decreto 806 de 1998.

⁷¹ La unificación de la jurisprudencia sobre la materia se halla en Corte Constitucional: Sentencia: SU-039. febrero 19 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara.

⁷² Por medicina prepagada se entiende, de manera general, aquel tipo de servicios de salud ofrecidos por empresas privadas, regulados mediante un contrato entre éstas y

medades que ya aquejaban al paciente (enfermedades preexistentes) en cuanto reportadas en el momento de la celebración del contrato de medicina prepagada se excluyen de la cobertura del programa, pero existe un problema: las enfermedades no reportadas.

La Corte precisó varios elementos⁷³. El primero de ellos consiste en que,

mientras el obligado en virtud del contrato pague oportunamente sus cuotas a la entidad, tiene pleno derecho a exigir de ella que responda por la totalidad de los servicios de salud ofrecidos. Desde luego, el cumplimiento de tales compromisos va, en esta materia, mucho más allá del simple y literal ajuste a las cláusulas contractuales, ya que está de por medio la salud y muchas veces la vida de los usuarios.

Dice en segundo lugar:

En razón de la seguridad jurídica, las partes contratantes deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto, de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obligue la entidad de medicina prepagada y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios.

En tercer término,

Desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados. Para llegar a esa definición, bien puede la compañía practicar los exámenes correspondientes.

También precisa que,

Las enfermedades y afecciones no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual. A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales.

Por último, dice la Corte:

Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de

la persona afiliada, sometidos al pago de una cotización cada cierto tiempo, lo que da derecho a una serie de servicios de salud.

⁷³ Las citas siguientes corresponden a Corte Constitucional: Sentencia T-533 de 1996, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida.

Algunas empresas oferentes de contratos de medicina prepagada son, a la vez, oferentes del POS y en algunos casos han desviado al POS las responsabilidades derivadas del contrato de medicina prepagada para hacer pagadero al Sistema de Seguridad Social en salud de lo que, en principio, es su deber como empresa privada:

si ello ocurre, se desvirtúa la filosofía del plan complementario, que busca mejorar la atención con base en mayores aportes del afiliado, y, por lo mismo, se torna en ilegítima y abusiva la actitud de la entidad, ya que percibe injustificadamente cuantiosos ingresos en virtud del complemento, pero se limita a cubrir lo obligatorio, lesionando los derechos del afectado⁷⁴.

Es obvio que media un interés propio del sector privado al ofrecer servicios de salud,

pero los contratos de medicina prepagada, que, según lo visto, tienen por objeto exclusivo la prestación del servicio público de salud, no pueden ser tratados en todos sus aspectos bajo la misma óptica ni dentro de criterios iguales a los que gobiernan las relaciones puramente patrimoniales, ya que en su ejecución están comprometidos, más allá del conmutativo interés convencional y económico, derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal y en especial la vida humana⁷⁵.

Para resumir, digamos que hay recursos para la salud en Colombia, pero que estos se han enfrentado a dos problemas centrales: las prácticas ilegales como la evasión y la corrupción⁷⁶ y el modelo mismo de salud, cuya formulación y desarrollo no permiten el uso equitativo de los recursos. "En 1993, el gasto total en salud era de 3,1 billones de pesos y la cobertura era de apenas una quinta parte de la población. Hoy, dicho gasto se multiplicó por cinco, pero la cobertura apenas lo hizo por tres"⁷⁷.

⁷⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-533 de 1996, MP: José Gregorio Hernández Galindo

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia: T-307 de 1997. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁶ Véase al respecto en el capítulo 7 el apartado *Evasión y corrupción*.

⁷⁷ "La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis" *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.

Otros problemas en la aplicación de la ley 100

7

Mal podríamos acusar a la ley 100 de ser causante de todos los problemas de la salud en Colombia, pero tampoco podemos exonerarla, cuando su misión es precisamente organizar los servicios de salud de modo que se cumpla con el mandato constitucional. Ya sea como consecuencia de su aplicación o por sus omisiones, la ley 100 generó prácticas contrarias al sistema que la ley promete en sus principios y en sus fundamentos. Otras con esas mismas características se han arraigado aún más. La misma ley establece una cláusula de autolimitación: "El sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores"¹.

A pesar de dicha cláusula, de los principios, de los fundamentos y de las sentencias de la Corte Constitucional, se presentan, como se dijo, tales dinámicas en el marco de la ley 100. No todas se derivan de aspectos jurídicos ni se originan en ellos; mucho menos en la tensión entre la norma y los derechos humanos. Sin embargo, sí contribuyen a crear una situación en la que la salud se vulnera como derecho. Los servicios de salud tenían (y tienen) herencias de viejas taras (clientelismo, corrupción, etcétera) derivadas de modelos anteriores y de costumbres sociales que lesionan derechos fundamentales y hay hechos en la prestación de servicios de salud que se favorecen de las nuevas reglas, como la elección adversa o prácticas de discriminación.

¹ Artículo 272, ley 100 de 1993.

ENTRE LA RENTABILIDAD FINANCIERA Y LA CALIDAD

Cada EPS recibe un valor constante por afiliado: la UPC. Ese valor debe permitirle atender los gastos en salud de la persona, pagar los propios gastos administrativos de la EPS y producir utilidades. Un informe del Ministerio de Salud producido en 1999 precisaba que las EPS privadas invierten, en promedio, el 78% de la UPC para gastos en salud y las EPS públicas, un promedio de 94%, de manera que los porcentajes restantes se distribuyen en gastos de administración y en ganancias². El informe también hablaba de la tendencia de las EPS a reducir el porcentaje de la UPC destinada a gastos en salud: ese porcentaje pasó de 90,9% en 1997 y 89,9% en 1998, a 78,6% en 1999³. Al respecto, dice Acemi que "ese descenso se logró en mayor medida gracias al control de gastos que a la disminución en la demanda por servicios o a la suficiencia de la UPC"⁴. Sin embargo, dicen los expertos, un gasto en la UPC por debajo del 80% compromete necesariamente la calidad del servicio⁵.

Esta búsqueda de rentabilidad afecta de manera seria la oferta de servicios y se manifiesta en situaciones concretas, en prácticas que no resultan del azar sino como fruto directo del tipo de modelo de oferta de servicios de salud imperante. Hablamos de la demora en la atención, el aumento del número de cesáreas⁶, de medidas de presión a los pacientes para que paguen, de filtros en los servicios de urgencias y del descuido de enfermedades llamadas tropicales que no tienen un puesto en el mercado de la salud.

Las demoras en los servicios de salud resultan poco entendibles en instituciones con grandes recursos, especialmente en el caso de las EPS privadas y de los grandes hospitales privados, así como del ISS. Según la Corte,

resulta inaudito y abusivo que la entidad estatal encargada de recaudar la mayor cantidad de aportes patronales y personales (ISS), que conforma el

² Según el Conpes, los gastos administrativos en salud estarían alrededor del 15% [Conpes 1999].

³ Informe del Ministerio de Salud al CNSSS, elaborado por la Dirección General de Seguridad Social y la Dirección de Estudios Económicos, Bogotá, 1999. Citado en: "UPC se incrementará un 10% para el año 2000", *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, diciembre 1999-enero 2000).

⁴ "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, abril 28, 2000).

⁵ "Resultados EPS 1999", Informe Especial. *Salud Colombia*, núm. 51 (Bogotá, agosto - septiembre 2000).

⁶ Un estudio realizado en 4 hospitales de Cali demuestra la existencia de "factores no-clínicos" que determinaron la realización de cesáreas en un número importante de pacientes; cuando se compara la población de medicina prepagada y población del régimen contributivo se observa más cesáreas en el primer grupo, existiendo en ambos grupos tasas de cesáreas más altas que el estándar mundial. Véase Gómez y Carrasquilla [2000, 24-29].

mayor fondo financiero y de recursos del país, se excuse de atender a una persona débil y enferma, alegando falta de médicos especialistas en el área, y fije una cita para médico especialista después de cuatro meses de solicitada, en una ciudad como Cali, en la que es notoria la presencia abundante y calificada de estos profesionales de la salud⁷.

Otras prácticas han hecho carrera para negar la atención, entre ellas, las siguientes: argumentar el cambio de ciudad de la persona, aunque ella esté afiliada a una institución de salud de cobertura nacional⁸; querer confundir los términos mismos de la norma⁹, suspender la prestación de servicio a pacientes crónicos e invertir la carga de la prueba de manera que se obliga al paciente a demostrar que tiene derecho al servicio¹⁰ y negarse a practicar estudios radiológicos a personas recluidas en cárceles¹¹.

Pero no solo las clínicas hacen prácticas abusivas. Los especialistas de servicios de ginecología reciben, en el marco de la ley 100, poco dinero por la atención de un parto normal, que en el caso de las primigestantes puede durar hasta 24 horas. Para reducir el tiempo de asistencia y aumentar costos y honorarios, los médicos presionan la realización de cesáreas aunque no sean indispensables y eso es posible por la indefensión de las pacientes y su ignorancia.

Otra práctica usual es trasladar al paciente las disputas entre las EPS y las IPS, relacionadas la mayoría de las veces con el reconocimiento de facturas y el pago

⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-347 de 1996, MP: Julio César Ortiz Gutiérrez.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-387, septiembre 5 de 1995, MP: Hernando Herrera Vergara.

⁹ Una sentencia de la Corte obligó a colocar un marcapasos, lo interesante es que la EPS decía que un marcapasos era "una prótesis" para evadir el servicio recurriendo a la exclusión que hace la ley de las prótesis. Pero un marcapasos no lo es una prótesis pues no reemplaza al corazón, tal como argumentó el paciente, y abogado, que presentó la tutela.

¹⁰ Corte Constitucional: Sentencia T-060, febrero 10 de 1997. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ La Corte reiteró que en estos casos "el Estado asume, con cargo al tesoro público, la responsabilidad integral por el cuidado, prevención, conservación y recuperación de la salud de los internos, independientemente de que éstos se encuentren privados de la libertad a título preventivo o de pena", pues en este caso concreto "es el sistema carcelario el que tiene a su cargo, a falta de antecedentes y ante el hecho innegable de deficiencias acusadas en la salud del recluso, el que debe propiciar con eficiencia y de manera oportuna los mecanismos indispensables para esclarecer el estado real en que se encuentra aquél, para prodigarle los cuidados médicos, asistenciales, terapéuticos o quirúrgicos, según el caso, y garantizarle así la preservación de una vida digna durante su permanencia en el penal". En: Corte Constitucional: Sentencia T-606, 27 de octubre de 1998. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

oportuno de servicios. A un paciente preparado para una cirugía de rodilla se le informó el mismo día de la intervención que no se le haría porque la EPS no había pagado al hospital por tal procedimiento. La sentencia de la Corte precisó que,

el derecho del demandante a recibir los servicios de salud que presta Masalud S.A. es indiscutible y, sin embargo, está siendo afectado por la controversia existente entre las partes del contrato de prestación de servicios de salud antes señalado, de manera que se le está trasladando una carga que no está jurídicamente obligado a soportar, en vista de que él ha cumplido puntualmente con cuanto le corresponde. Luego, dicha controversia debe solucionarse entre quienes son partes y no debe afectar a sujetos extraños a la misma; menos a los trabajadores, quienes conforman el extremo más débil de esta relación¹².

Las EPS suelen dilatar el pago a los hospitales y estos suelen dilatar la prestación de los servicios de salud. Juan Carlos Giraldo, director de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC), justifica las medidas de las IPS que afectan a los usuarios de los servicios diciendo que son una forma de presión a las EPS, pues estas,

imponen a los hospitales condiciones de pago con plazos demasiado largos, sin pactar intereses de mora, en detrimento de sus finanzas. A lo anterior se suman las frecuentes e injustificadas glosas (observaciones) a la facturación hospitalaria, los trámites y otros artificios para demorar el pago de las obligaciones¹³.

En el sector, señaló el presidente de la ACHC, "es un secreto a voces que algunas EPS bonifican a sus auditores por el número de glosas que hagan a las cuentas que les pasan los hospitales por los servicios que prestan a sus afiliados"¹⁴. Es decir, hay una tendencia deliberada y conocida de las EPS de atrasar el pago a las IPS y de establecer observaciones injustificadas con el fin de evadir el pago a los hospitales, de los servicios que usaron sus afiliados.

En otras ocasiones, son los empleadores, responsables de recaudar la cotización del salario de los trabajadores y de adicionar lo que por ley les corresponde, quienes demoran el pago de las cotizaciones a las EPS y estas niegan, entonces, los servicios de salud. Eso ha motivado también pronunciamientos de la Corte:

¹² Corte Constitucional: Sentencia T-489 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa

¹³ A veces se utilizan argumentos como que las complicaciones del paciente fueron culpa del propio hospital o no se reconocen cobros porque el paciente no tiene dirección por vivir en el área rural. Véase "La debacle hospitalaria", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de octubre de 2001.

¹⁴ "Abusos en contratación con hospitales y clínicas", *El Tiempo*, Bogotá, 21 de junio de 2001.

El artículo 209 de la ley 100 de 1993 acusado dispone que, en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud. Por ende, la norma autoriza que cuando se presenta incumplimiento del pago de la cotización no se suministre el servicio de salud. Sin embargo, conviene aclarar que en caso de trabajadores asalariados, el empleador está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, como a girar los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud (inciso 2º del artículo 161 de la ley 100 de 1993). Por tal razón, incluso en el caso en que no se hubiere realizado la deducción obligatoria, el empleador es responsable por la totalidad del aporte (artículo 22 en consonancia con el 161 de la ley 100 de 1993). [...] En síntesis, las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo¹⁵.

En los servicios de urgencias suceden con frecuencia un problema y una tensión¹⁶, aunque ambos son materia de una reglamentación clara. Según la Corte,

siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así, el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho¹⁷.

Según la ley 100,

la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, SU-562 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Se entiende por urgencia "la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva, tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte" [artículo 1, decreto 412 de 1992. "Por el cual se reglamentan parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones".]

¹⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-165 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos (paciente del régimen subsidiado o vinculado), o por la entidad promotora de salud a la cual esté afiliado¹⁸.

Y según un muy posterior decreto reglamentario, el sistema de salud,

garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la entidad promotora de salud o administradora del régimen subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al Fosyga en los eventos descritos en el artículo precedente¹⁹.

La práctica de atender a pacientes en urgencias sin previo pago ha sido más fácilmente aceptada en los hospitales públicos, pero no en los privados, lo que motivó, recién entrada en vigencia la ley 100, algunas de las primeras sentencias de la Corte Constitucional:

Las clínicas, hospitales y centros médicos de carácter privado no pueden lícitamente negar la atención a quien requiere sus servicios, en especial si se trata de urgencias, abstracción hecha de si el solicitante está o no afiliado a alguna entidad de previsión y con independencia de si ésta tiene o no tiene celebrado convenio con el respectivo establecimiento así como el cumplimiento que venga observando el organismo público de seguridad social con relación con el contrato pertinente, pues la vida de la persona no puede ponerse en peligro por tal motivo, sin perjuicio de los reclamos o acciones a que haya lugar respecto del ente moroso. Tampoco es de recibo la actitud remisa del centro asistencial en cuanto a la prestación de dichos servicios ante la imposibilidad de pago previo por parte del usuario. La clínica privada tiene derecho a que le sea cancelado el justo valor de aquellos, pero no le es dable supeditar a ese factor la atención de la novedad urgente e inaplazable del paciente, pues en todo caso prevalece el derecho de éste a la vida²⁰.

Aunque existe ese marco normativo y jurisprudencial, uno de los problemas más graves de la aplicación del modelo es la generalización de prácticas como la exigencia de pagos anticipados o presentación de carnés de afiliación, antes de recibir la atención de urgencias. Hay muchos casos documentados, como el de un paciente que fue víctima de heridas con arma corto punzante y que, a pesar de sangrar profusamente,

¹⁸ Artículo 168, ley 100 de 1993.

¹⁹ Artículo 16, decreto 806 de 1998.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. T-111 del 18 de marzo de 1993, MP: José Gregorio Hernández.

estuvo en tres hospitales sin obtener atención hasta que una cuarta IPS lo atendió con la condición de que se comprometiera a pagar la cuenta, porque la EPS del paciente no solía pagar²¹.

En el caso de Bogotá, las quejas contra los servicios de urgencias presentadas por los usuarios ante la Superintendencia Nacional de Salud se centran en los siguientes aspectos: saturación del sistema en *horas pico* y déficit permanente de camas, especialmente en servicios de pediatría y cuidados intensivos. Además se observa déficit de personal especializado. Aunque también se habla del problema del uso irracional de los servicios de urgencias por parte de pacientes que no los requieren²².

Este conjunto de condiciones produce muertes evitables:

un trabajador de 24 años tuvo una riña callejera. Recibió severas heridas con arma cortopunzante. Su estado era crítico. Sin embargo, el hospital público al que fue trasladado de urgencia condicionó su atención a informar primero a la Policía de los hechos y, luego, a asegurar el pago de los servicios. Se demoraron dos horas en brindarle atención médica. Cuando finalmente la institución recibió al joven, ya era tarde. Por las hemorragias internas y externas se desangró y murió²³.

En su afán por garantizar el pago de los servicios prestados, los hospitales han llegado a prácticas como la retención de personas contra su voluntad (que constituye en Colombia la figura de secuestro extorsivo), de ropas del paciente o incluso de cadáveres. La Corte dijo:

Sería motivo de descalabro económico para los hospitales públicos avalar el comportamiento de pacientes que después de recibir la atención médica y teniendo conocimiento desde el inicio del tratamiento de su costo, decidan optar por el más costoso a sabiendas de la imposibilidad económica. [Sin embargo] existen claramente otros medios para lograr el pago de una obligación. Por esta razón, ninguna autoridad judicial puede avalar la actitud de ejercer justicia por la vía privada. [...] La lamentable situación económica por la que atraviesan los Hospitales del País —en especial los de provincia—, no puede convertirse en un pretexto para vulnerar derechos constitucionales fundamentales, así se obre con el mejor propósito²⁴.

²¹ Véase, sobre el caso, Corte Constitucional: Sentencia T-111 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

²² Sobre detalles de estas afirmaciones, véase “Radiografía de las urgencias hospitalarias en Bogotá”, *El Tiempo*, 16 de diciembre de 2001.

²³ “Radiografía de las urgencias hospitalarias en Bogotá”, *El Tiempo*, 16 de diciembre de 2001.

²⁴ Corte Constitucional: Sentencia No. T-487 DE 1992, MP: Alejandro Martínez Caballero.

Siete años después, luego de una serie de prácticas excluyentes, la ley precisó de nuevo el mandato constitucional:

en ningún caso se podrá exigir contrato u orden previa para la atención inicial de urgencias [...] Una vez se establezca la persona y se defina su destino inmediato, será requisito indispensable para la realización de los siguientes procedimientos la autorización por parte de la entidad promotora de salud²⁵.

El problema es que muchas patologías traumáticas no dan tiempo para la realización del trámite burocrático y/o la estabilización del paciente sólo es posible mediante la realización de cirugías o de procedimientos costosos que las IPS buscan aplazar hasta asegurar los recursos.

PÉRDIDA DE LA AUTONOMÍA MÉDICA

No queremos de ninguna manera defender lo que algunos llaman la "impunidad jurídica" del personal de salud²⁶, contrario, por demás, a nuestra noción de derechos humanos. Más bien nos referimos a la libertad del médico para tomar autónomamente decisiones propias de su competencia en relación con la terapéutica más adecuada para sus pacientes. Veíamos ejemplos en los que la norma deja a discrecionalidad del médico algunas entidades que, al definir las él, la aplicación de la norma toma uno u otro camino.

Por ejemplo, el médico decide si una persona que acude a los servicios de urgencias debe pagar o no cuota moderadora²⁷, o si un paciente es o no candidato adecuado para un transplante. El médico, con su decisión, influye en la elección de un determinado medicamento, esté o no incluido en la lista de medicamentos esenciales y eso puede representar su exigencia, vía tutela, a la EPS. La Corte ha apoyado algunas de sus sentencias en los criterios médicos, por ejemplo, al afirmar que "la labor del juez de tutela es dar la orden de que no se interfiere la decisión del galeno [médico] que trata al niño, en cuando razonablemente dicha decisión repercuta favorablemente en el paciente"²⁸.

Según Mario Madrid-Malo,

el derecho al trabajo tiene como correlato una obligación de carácter negativo a cargo del Estado y de los particulares, como es la de [...] abste-

²⁵ Artículo 12, decreto reglamentario 783 de 2000.

²⁶ González-Torres [1997].

²⁷ La reglamentación incluyó la posibilidad de cobrar cuotas moderadoras aún en casos de urgencias "cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud" [artículo 6, acuerdo 30, CNSSS].

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia: T-502 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero.

nerse de estorbar o de imposibilitar el ejercicio de una actividad laboral [y] no compeler a las personas a que trabajen contra su voluntad²⁹.

La Corte exigió de manera explícita el respeto de las EPS por las decisiones médicas:

La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de Ética Médica y aun ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y el paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse, como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución³⁰.

Lo dicho por la Corte ilustra cómo el criterio médico ha servido para la exigencia de un determinado servicio. Pero el médico no está solo en sus decisiones y lo que se observa, aunque no se ha documentado de modo formal, es la continua presión que ejercen las EPS y las IPS sobre él para que se ciña a las reducidas posibilidades que le permiten a la EPS estar dentro de la competencia financiera con otras instituciones.

Si a esto agregamos el desempleo médico, los bajos salarios, las condiciones de contratación que se han impuesto en los últimos años (flexibilización de las relaciones laborales), eso permite entender cómo tal autonomía médica desaparece, sin que exista amparo alguno en la norma. Eso genera decisiones como la de no dar luz verde a transplantes (para conservar el empleo), o aspectos como el aumento de riesgos médico-legales (por aumento de número de consultas/médico/día) u órdenes de suspender la salida del paciente hasta que éste pague.

La ley 100 obliga al médico a sobrevivir en el mercado. Se le arroja a él sin muchas herramientas y se le convierte en empleado y en un contexto que lo empuja a prácticas poco éticas. Pero su responsabilidad es total en caso de una demanda por mala práctica, pues ni las ARS, ni las EPS ni las IPS comparten lo que ocurra. Un médico especialista en hepatología reconoce las restricciones a las que está expuesto a la hora de decidir tratamientos, lo que a su juicio significa "hacer medicina de segunda clase". Lo mismo dice el neurólogo Juan Mendoza Vega, miembro de la Academia Colombiana de Medicina: "lo ideal es que uno pueda formular de acuerdo con sus conocimientos, pero hoy en día no se puede hacer"³¹.

29 Madrid-Malo [1997, 304].

30 Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

31 "Bomba de tiempo en salud", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de julio de 2000.

Sin embargo, otros ven detrás de esas reivindicaciones algo diferente a la ética. Ugalde encontró, en observaciones directas, que los médicos ya tenían la práctica de limitar el tiempo por paciente antes de que la impusieran los sistemas privatizadores, con lo que buscaban una mayor rentabilidad a sus servicios; eso cuestionaría la crítica que hacen al control del tiempo por paciente invocando la ética médica y la colocaría más en el ámbito de la búsqueda –de nuevo— del provecho personal³². Otros consideran que el gremio médico rechaza las reformas porque ellas significan una amenaza a su poder³³. En todo caso, las dos argumentaciones contra estos profesionales de la salud no eximen a las EPS ni a las IPS de su responsabilidad por incidir en tales comportamientos.

Una encuesta realizada entre 112 médicos mostró que el 80% de ellos recibe de las EPS presiones que afectan la calidad de la atención. Ese 80% dijo que existen limitaciones respecto a la cantidad de exámenes médicos que puede solicitar y el 76% reconoció limitaciones para formular medicamentos. El 58% dice que le exigen un tope mínimo de pacientes por día y el 39% dice estar limitado en la autorización de cirugías³⁴. Otras personas interpretan que el aumento en el número de personas atendidas a la vez que se mantienen las mismas horas de personal médico contratado refleja que “la demanda está siendo absorbida por efecto de un mayor rendimiento del recurso médico que estaba subutilizado”³⁵. Para Herman Redondo, de la Asociación Médica Colombiana, “el acto médico se constriñe cuando se le impone que produzca un determinado número de procedimientos, como si trabajara en una fábrica de botones”³⁶.

La supervivencia financiera del sistema, que parece la única meta válida cuando se habla de salud, está supeditada al costo de la UPC, la que, tal como está estipulada, exige un control estricto del acto médico:

es necesario que el acto médico, en el cual tienen lugar las decisiones que afectan la distribución de los recursos de la salud, se convierta en el punto central desde el cual se ejerza por parte del profesional un efectivo control del presupuesto [...] el control implica la intromisión de los auditores en el terreno de la relación médico-paciente³⁷.

32 Ugalde [1986, 144].

33 Immergut [1991].

34 “Médicos se confiesan”, *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001.

35 Véase Fundación Presencia [1999, 12].

36 “Nos obligan a violar la ética”, *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001.

37 Castaño [1998, 7]. Además, se ha observado la presión de las EPS sobre los auditores para que busquen, de manera casi obsesiva, errores en la tramitación de facturas, con el único fin de diferir o de impedir el pago.

Pero el problema no está en la relación médico-paciente, sino en que esta relación se ha desdibujado en torno a un contrato de compra-venta (de prestación de servicios) de ejecución instantánea, en la que el médico ya no es (y no puede ser) 'médico' y el paciente debe ser cliente. El problema de las relaciones médico-paciente están en el marco normativo y estructural del sistema de salud en el que se desarrollan estas relaciones y es allí donde debe buscarse la raíz del problema y no en la inmediatez del consultorio. La trampa está en creer que el conflicto de la relación médico-paciente nace y muere sólo en el consultorio, lo cual no es cierto.

EVASIÓN Y CORRUPCIÓN

Uno de los principios generales de la ley 100 de 1993 incluye la obligatoriedad de cotizar al sistema³⁸, pero desafortunadamente uno de los problemas es la evasión. Se consideran tres formas de evasión: la legítima, cuando la propicia el gobierno para estimular determinadas reacciones: deducción de impuestos, exenciones de pago y/o beneficios tributarios; la forma legítima no intencional, llamada elusión, cuando el contribuyente toma ventaja de los vacíos de la ley para evitar el pago de impuestos, y la forma ilegítima, que consiste en no pagar la tributación exigida en la norma³⁹.

En el caso colombiano se observan dos tipos de evasión: el no pago y la subdeclaración de ingresos⁴⁰. Se considera que esos tipos se relacionan con "el rechazo de la sociedad por excesivas cargas tributarias, con la pérdida de confianza en el sistema de recaudación [y] la credibilidad en la capacidad de ejecución del gobierno"⁴¹, entre otras causas. Dicho en pocas palabras, la gente no cotiza porque no cree en el sistema, porque es una forma de recibir más ingresos en números absolutos, o porque materialmente ya le es imposible seguir aportando al sistema.

Las nuevas políticas laborales aumentan el desempleo, disminuyen el empleo formal y aumentan la proporción de trabajadores por contrato de prestación de servicios en relación con la proporción de empleados con contrato laboral, lo que alimenta las dos formas de evasión presentadas. Los cálculos de la evasión son de: a) 65% de toda la población con capacidad de pago. b) 43% del sector formal (urbano y rural) e informal urbano. c) 32% del sector formal⁴². Según este estudio de la Fundación Corona y Fedesarrollo, la evasión llega a un promedio de 31%. De este porcentaje, el 74% se debe a evasión por no afiliación de la población y un 26%, a subdeclaración⁴³.

38 Artículo 153, ley 100 de 1993.

39 Plata y otros [1999, 18-19].

40 Morales y otros [1998, 6].

41 Morales y otros [1998, 5 y 6].

42 Plata y otros [1999, 55-57].

43 Plata y otros [1999, 55-62].

El sector formal, con prácticas como la retención de las cotizaciones que sí descuentan a los trabajadores pero que no las entregan a las EPS, es responsable de la tercera parte de la evasión. La evasión que proviene de él es mucho más grave porque busca el lucro y no obedece a falta de recursos para continuar con la cotización, como ocurre a muchos de los nuevos desempleados. Las mismas EPS habrían patrocinado la evasión mediante el pago de cotizaciones por debajo del monto real de ingreso de los cotizantes como una forma para atraer clientes a cambio de compra de planes complementarios, pólizas de seguros o afiliación a programas de medicina prepagada⁴⁴.

La evasión del pago de las cotizaciones genera una importante pérdida de recursos para el sector salud. "La evasión, la elusión y las dobles afiliaciones le cuestan al sistema 600.000 millones de pesos anuales, cifra ligeramente inferior a la del Situado Fiscal de este año para la red pública hospitalaria."⁴⁵ Esta pérdida de potenciales recursos se observa también en el destino de los rendimientos de los recursos del sistema:

Los cuatro billones de pesos que aportan trabajadores y empresas cada año al régimen contributivo son consignados en las cuentas de 17 EPS privadas y nueve EPS públicas (con nueve y cinco millones de afiliados, respectivamente), que, mientras se produce la compensación, generan unos rendimientos cercanos a los 40.000 millones de pesos, la mitad de los cuales se queda en las registradoras de las 26 EPS⁴⁶.

Además de la evasión, el sistema adolece de una grave corrupción. La corrupción en Colombia no es sólo un problema del sector salud, afecta a los sectores privado y público, en general; a todos los estratos sociales y a diferentes clases de organizaciones. Desde las relaciones persona-Estado, la corrupción aparece 'legítima' dentro de un sistema estatal clientelar de favores y contrafavores. El florecimiento de fenómenos derivados del concepto de 'dinero fácil'⁴⁷ se debe en Colombia, en parte, a que la sociedad lo entiende como un principio válido de relación interpersonal (la noción de dinero fácil acompaña el narcotráfico, el sicariato, la corrupción, el quehacer del mercenario, el tráfico de armas). Por tanto, sin grandes controles desde la ley 100 y/o con problemas y demoras en la implementación de esos controles, era de esperar que la corrupción también se presentara dentro del sector salud.

⁴⁴ Jaramillo [1997, 16].

⁴⁵ "Se avecina colapso financiero en la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de agosto de 2001.

⁴⁶ "Se avecina colapso financiero en la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de agosto de 2001.

⁴⁷ Garay caracteriza a Colombia como una sociedad inmersa en una cultura clientelar - mafiosa [Garay 1999, 143-201].

Los problemas de corrupción no son tampoco nuevos en el sector salud⁴⁸, pero en el marco de la ley 100 se han producido nuevas formas. En el Hospital Universitario del Valle se encontraron “pagos por encima de lo que debía devengarse y cobros a la comunidad por servicios que no entran a la caja y si no ingresan, no se facturan, (a veces) no le dan factura a la gente, abusan de la ignorancia de los usuarios”⁴⁹.

Según la Contraloría General de la República, en 2000, “se perdieron [sic] 161.000 millones de pesos” del Situado Fiscal destinados a la salud. En Magdalena “se abrieron cuentas bancarias que produjeron rendimientos financieros por más de 32 millones de pesos que no fueron reinvertidos en salud”.

En Popayán se utilizó el dinero del Plan de Atención Básica en contratos de transporte por 19 millones de pesos y en refrigerios por más de 26 millones de pesos. Y en Sucre, la Contraloría encontró que Dassalud suscribió tres contratos con inversiones Dominó Ltda. por 130.000 millones de pesos en el término de tres meses consecutivos sin abrir licitación pública.

En Boyacá,

se cancelaron horas extras por 4'622.032 pesos a personas que estaban en vacaciones [y] se cancelaron más de 10 millones de pesos en sueldos y primas a funcionarios que ya habían renunciado. También se costearon cursos de conducción a los familiares de los funcionarios por más de 7 millones de pesos.

En Chocó, “del rubro de enfermedades transmitidas por vectores, con un presupuesto inicial de 43 millones, comprometieron en afiches y vallas 14 millones de pesos”. Y la Secretaría de Salud del Cesar está involucrada en el pago de 80 millones de pesos en nóminas paralelas⁵⁰.

Según la Defensoría del Pueblo, en 2001, “cerca de 100 mil millones de pesos que se debían destinar a la salud ‘desaparecieron’ en departamentos como Sucre, Atlántico, Risaralda y el Valle. Además, otros 700 mil millones están en riesgo”.

En Corozal (Sucre), 2.500 millones de pesos que la Nación giró al municipio para subsidiar la salud de los más pobres fueron a parar a la construcción de un gigantesco parque popular. En Barranquilla, más de 8.000

⁴⁸ Sobre la corrupción y el mal manejo de recursos en salud como impedimentos sobre la integración misma del Sistema Nacional de Salud en Colombia, de los años 60 a mediados de los años 80, véase Ugalde [1986, 162-174].

⁴⁹ Entrevista con el director del Hospital Universitario del Valle, en: “El HUV no se puede cerrar”, *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.

⁵⁰ “Despilfarros y desviaciones con recursos para la salud”, *El Tiempo*, Bogotá, 15 de junio de 2001.

millones de pesos que debían destinarse para las ARS, terminaron respaldando créditos del municipio. En Sabanalarga (Atlántico), los recursos de la salud pagaron irregularmente la nómina de la Secretaría Municipal que duplica la del departamento. En Pereira, 26 millones de pesos se destinaron para el pago de refrigerios y en Cali, cerca de 23 mil millones más, se perdieron en el Fondo Financiero Especializado de Cali (Bancali)⁵¹.

En 23 municipios del Atlántico, 6.072 millones de pesos, cuyo destino original era la salud, tuvieron uno distinto⁵².

A esto se suman las demoras en los desembolsos del Estado y la pérdida en recursos en el camino que hay entre el Estado central y los municipios. Según la Defensoría, “una partida de la Nación puede demorar un año y más de 450 días para llegar a un hospital. Además del retraso en los giros, de cada 100 pesos girados, a los hospitales tan solo llegan 25, según el Ministro de Salud (e) David Bersh”⁵³.

En el Chocó existían tres nóminas paralelas del sector salud y varias investigaciones por robo de medicamentos y de insumos hospitalarios⁵⁴. En el Instituto de los Seguros Sociales hay investigaciones en curso por el destino final de 144.000 millones de pesos, gastados en hoteles, arreglo de una avioneta que no era del Seguro, un vehículo Mercedes Benz, cinco contratos de publicidad por 8.900 millones y gastos por embellecimiento de edificios que no son del Seguro por un monto de 2.308 millones de pesos⁵⁵. En la clínica Jorge Bejarano, del ISS, se adquirieron elementos para pintar sus instalaciones 10 veces⁵⁶. En la EPS Risaralda hay registro de cesáreas a hombres y de vasectomías a mujeres⁵⁷.

En un solo hospital en Bogotá, el Instituto Cancerológico Nacional, “contratos con empresas quebradas, millonarias indemnizaciones por errores administrativos, arrendamientos gratis y robo de cheques, entre otras anomalías, tienen comprometidos más de 15.000 millones de pesos”. De ellos, más de 10 mil millones son deudas de las EPS Unimec, Asfamilies y del Instituto de los Seguros Sociales⁵⁸.

51 “Se ‘esfumaron’ cerca de 100 mil millones de la salud”, *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 2001.

52 “Caos en la salud subsidiada”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de septiembre de 1999.

53 “Se ‘esfumaron’ cerca de 100 mil millones de la salud”, *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 2001.

54 “Oscuro panorama de la salud en el Chocó”, *El Tiempo*, Bogotá, 8 de septiembre de 1999.

55 “Investigan a ex-presidentes del ISS”, *El Tiempo*, Bogotá, 9 de septiembre de 1999.

56 “Salud infectada de corrupción”, *El Espectador*, Bogotá, 17 de mayo de 1998.

57 “Hacían cesáreas a los hombres”, *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2001.

58 “Embolatados 15.000 millones en el Instituto Nacional Cancerológico”, *El Tiempo*, Bogotá, 12 de agosto de 2001.

En las EPS y ARS hay una práctica corrupta: la doble afiliación, que lesiona seriamente los recursos del sistema y distorsiona los informes sobre cobertura. "Las múltiples afiliaciones no sólo tienen un efecto negativo en el campo financiero y en la construcción de equidad, sino en la identificación de la cobertura real de la población"⁵⁹. De los 8,5 millones de UPC-S que cobran los intermediarios financieros (ARS), solo 5 millones corresponden a personas reales, lo que significa un fraude de 3,5 millones de UPC-S. En el caso del régimen contributivo, la Superintendencia abrió investigación contra 19 EPS por cobros indebidos de varias UPC a nombre de una misma persona. Según la Superintendente Inés Gómez de Vargas, es probable que las EPS hayan actuado con la intención de defraudar al sistema: "solo considerando las cifras de las que han aceptado la falta (10 EPS), se puede decir que las EPS recibieron 18.750 millones más de lo que les corresponde". En el estudio realizado por la Superintendencia, el 14,8% de los afiliados está registrado más de una vez y hay 85.663 personas que se encuentran afiliadas a los dos regímenes⁶⁰. Solo en abril de 2000, se detectaron 421.330 personas con doble afiliación en el ISS y 211.000, en Saludcoop⁶¹.

Pero en vez de exigir el reembolso de esos cobros dobles de UPC, el Estado expidió un decreto absolutorio. Sólo 8 días después de la denuncia presentada por la Superintendencia Nacional de Salud, el propio Ministerio de Salud, con el aval del Ministerio de Hacienda, promulgó un decreto que determina que "las autoridades administrativas se abstendrán de hacer requerimientos para cualquier efecto en materia de compensación, sobre períodos frente a los cuales las declaraciones se encuentren en firme"⁶². Este decreto significó, en palabras de la Superintendente, "un obstáculo para continuar con todas las investigaciones que se deben hacer al sistema de salud colombiano"⁶³.

Un último fenómeno interesante, aprendido de las prácticas clientelares enseñadas por el Estado, es la "recomendación de pacientes". Más que algo folclórico, es un síntoma de varias cosas: a) los pacientes consideran que la atención no es la adecuada y por eso ellos (o sus familiares) recurren casi siempre y de manera automática a buscar 'un médico conocido' que influya para obtener un mejor servicio; b) la atención es desigual y el uso de influencias puede servir para equilibrar la ca-

⁵⁹ Declaraciones de la Superintendente Nacional de Salud, Inés Gómez de Vargas, Citada en: "EPS, al banquillo por posible fraude", *El Tiempo*, Bogotá, 24 de enero de 2000.

⁶⁰ Citada en "EPS, al banquillo por posible fraude", *El Tiempo*, Bogotá, 24 de enero de 2000.

⁶¹ "A la salud no le cuadran las cifras", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2001.

⁶² Artículo 23, decreto 047 de 2000

⁶³ "Grandes EPS, entre las investigadas por fraude", *El Tiempo*, Bogotá, 28 de febrero de 2000.

lidad y el acceso a los servicios, y/o c) más que el ejercicio de un derecho, el acceso a los servicios de salud es un privilegio.

Un nuevo problema para el sistema, después de 1991, es que se reconoce un derecho, lo que significa una ruptura. Mientras tanto, las prácticas corruptas y clientela res se conservan, lo que conduce, en últimas, a una inevitable colisión.

FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES⁶⁴

El derecho al trabajo digno, consagrado en la Constitución Política, es uno de los derechos fundamentales más comprometidos por las condiciones que imponen la ley 100 y las prácticas derivadas de su implementación al personal de salud. "Toda persona —dice la Constitución— tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas"⁶⁵. Ese trabajo debe estar acorde con un mínimo de condiciones que la Constitución también señala y que comprende, entre otras,

remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, el adiestramiento y el descanso necesario⁶⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional señala:

Sólo la aplicación de estos principios, del trabajo digno, permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente. En consecuencia, no se puede afirmar que se garantiza con el acceso a determinada labor. Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado social de derecho se le ha dado al trabajo⁶⁷.

La Corte Constitucional afirma también que "no basta simplemente con permitir al trabajador el desempeño de una actividad determinada, si de otra parte es realizada en condiciones de injusticia o que afecten la dignidad humana"⁶⁸.

En una investigación realizada sobre el tipo de prácticas que se imponen en la forma de contratación de empleados en Colombia, por parte de todo tipo de

⁶⁴ Utilizamos esta categoría, flexibilización, debido a su uso masivo, no sin precisar que la llamada flexibilidad del mercado laboral "en la práctica ha sido simplemente una expresión en clave que significa salarios más bajos y menor protección laboral" [Stiglitz 2002, 115].

⁶⁵ Artículo 25, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁶ Artículo 53, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-457 de julio 14 de 1992, MP: Dr. Ciro Angarita Barón.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-457 de julio 14 de 1992, MP: Dr. Ciro Angarita Barón.

empresas y no sólo las de salud, se encontró que el 80% de ellas redujeron en el último año el número de trabajadores permanentes; en el 61% de los casos, la empresa a exigido a los trabajadores temporales o con contratos civiles que se afilien a la seguridad social como independientes; el 72% de los empresarios considera que el aumento de 7% al 12% en la cotización a la seguridad social ha desestimulado, junto con otras causas, la contratación laboral⁶⁹.

Recordemos que el sistema de salud está concebido desde la óptica de la recolección de aportes por las cotizaciones de empleados y, por tanto, la flexibilización del mercado laboral disminuye los que aportan al sistema. En el caso colombiano, la aplicación de las políticas de ajuste hasta 1992 había significado 30.000 empleos menos y en 1996 se registraba la pérdida de 150.000 empleos⁷⁰. La afiliación al régimen contributivo cayó en 1998, lo que representó una disminución del 17% del ingreso esperado por cotizaciones⁷¹.

La flexibilización del mercado laboral hace que muchas personas (entre las que se cuenta el personal de salud) aparezcan vinculadas a las empresas por contrato de prestación de servicios, forma de contratación que no crea vínculo laboral a pesar de que este tipo de contratistas cumple horario y está jerárquicamente subordinado (elementos que, de facto, crean el vínculo laboral). Este desconocimiento de la vinculación laboral genera dos formas de relación contratista - sistema de salud:

- La no cotización: es decir la desafiliación o no afiliación a una EPS, con lo que se vulnera su derecho a la salud y, además, no aporta al sistema, de manera que se afectan los aportes que deberían ingresar de los contribuyentes, tanto para su propia atención como para el subsidio de los más pobres (principio de solidaridad).
- El monto total de la cotización debe pagarla el trabajador independiente. Los 8 puntos que debe aportar el empleador los cubre el trabajador en cuanto es empleado independiente. En este caso, muchos trabajadores independientes registran ingresos por debajo de lo real para 'amortiguar' el pago del 12 por ciento que les corresponde totalmente a ellos, con lo que también disminuye el aporte, en números absolutos, para el sistema.

Pero, además de la pérdida de cotizaciones, la flexibilización de las relaciones laborales significa, para el sector salud, nuevas formas de contratación de servicios a profesionales. Los nuevos modelos de seguridad social de salud son cuestionados, además, por su grado de afectación a sectores sociales anteriormente no

⁶⁹ "Se adelgazan las nóminas, engordan los contratos", *Seguridad Social al día* (Bogotá, septiembre 1998).

⁷⁰ Guzmán y Redondo [1999, 110].

⁷¹ Guzmán y Redondo [1999, 190].

tocados, como el personal médico. La forma de trabajo de los médicos había sido la de un profesional liberal que fijaba el rango de sus honorarios en forma directa con su paciente. Pero ahora, las reglas de juego hacen que el profesional de la salud venda su mano de obra a una empresa que presta servicios (IPS) o a una empresa que regule su venta (EPS).

Pero la mano de obra del personal de salud⁷² se da en una relación eminentemente financiera en la que un proyecto ético tiene poca cabida y es total la responsabilidad legal por tratamiento de parte del trabajador de la salud. Las nuevas condiciones de venta de mano de obra de personal de salud ya no se reconocen con formas jurídicas propias de una relación laboral (subordinación jurídica, reconocimiento del carácter de empleado, reconocimiento y pago de Seguridad Social, etcétera), de manera que se deja en el profesional de la salud la responsabilidad médico-legal⁷³. En la actualidad, sólo el 18% de los nuevos empleos son de planta. Según la Asociación Médica Colombiana, AMC, entre 1995 y 1996 aumentó de 36% a 42% el número de profesionales de la salud que no tienen vínculo laboral formal⁷⁴. Además, el pago de los servicios a los médicos ha sufrido varios impactos:

- Disminución del ingreso real. Si bien los médicos recibían honorarios por encima del promedio de los trabajadores de la salud, la ley 100 produjo una severa disminución del ingreso real, incluso por debajo de lo necesario para cubrir los gastos básicos. Eso ha generado que estos profesionales tengan dos y tres empleos, lo que causa un severo daño en la calidad de la atención. En este sentido, la AMC plantea "empleo único y salario justo".
- Mediante la designación unilateral de tarifas, las empresas de medicina prepagada pagan a los médicos hasta una cuarta parte lo que antes recibían por servicio y lo hacen a través de bonos, que les cancelan con meses de retraso.
- Según la AMC, el 30% de un grupo de médicos entrevistados tiene su principal fuente de ingresos en actividades diferentes al ejercicio de la profe-

⁷² El concepto de empleado o de trabajador del sector salud es un concepto poco preciso por varias razones: porque intenta recoger profesiones muy diversas, con diferentes roles, diferentes niveles de profesionalización y hasta de escolaridad cuyo único elemento común es el espacio laboral o, si se permite para efectos de la discusión, el 'objeto de trabajo': el paciente.

⁷³ En muchos contratos de prestación de servicios del personal de salud es usual incluir una cláusula abusiva de posición dominante, en la que el hospital se autoexonera de cualquier responsabilidad por las acciones u omisiones del médico y delega en éste toda la responsabilidad. Estas cláusulas son ilegales jurídicamente hablando porque abusan de la posición de dominancia que ejerce, por ejemplo, la IPS o la EPS, en relación con el médico contratado.

⁷⁴ Guzmán y Redondo [1999, 241].

sión médica⁷⁵. Esa situación obedece tanto a la saturación de profesionales en las principales ciudades, como a la pérdida de rentabilidad del ejercicio de su profesión.

- El pago de los servicios ha decaído, sin que eso represente una disminución de los costos para el paciente. Lo que sí indica es una acumulación del excedente (que pagan los usuarios pero que no reciben los funcionarios) en manos del nuevo sector administrativo del sistema de salud: las EPS.
- El pago diferido es un problema que afecta seriamente no solo a los hospitales y clínicas sino también a los consultorios privados y demás partes de la oferta. La iliquidez del sector lesiona gravemente la disponibilidad de recursos y de materiales para la prestación de servicios de salud.

Es importante matizar que a finales de los años 70 en América Latina, en medio de la discusión de las reformas al seguro social, los médicos se opusieron sistemáticamente a dejar de funcionar en el marco típico de las profesiones liberales y a convertirse en empleados⁷⁶. Veinte años después, se oponen a su vinculación en términos de profesión liberal y reivindican la vinculación laboral. Esto sugiere que la discusión de fondo no se da entre la profesión liberal o el contrato laboral, sino que consiste en buscar la mayor ganancia posible, independientemente de la forma de vinculación.

Además de los médicos, existe una cantidad mayor de trabajadores de clínicas y hospitales, también afectada por estas medidas. Si bien los primeros tenían ingresos superiores al promedio nacional, los trabajadores mencionados no; además, aunque es válido un ajuste en los ingresos de los médicos, ese ajuste no ocurre para redistribuir la riqueza o disminuir los costos de la atención en salud, sino para alimentar el capital financiero de las EPS: no por reducir los ingresos de los médicos han disminuido los costos para el paciente.

Muchas de las concesiones sindicales se ganaron en las luchas de los trabajadores de la salud y, si bien algunas de ellas son censurables, ese no puede ni debe ser el argumento para desmontar, mediante nuevos regímenes laborales, el reducido Estado social con que ellos cuentan. Figuras como los compensatorios y las primas amortiguaban el mal sueldo de estos trabajadores, incentivos que, aunque discutidos por algunos) no pueden eliminarse sin a la vez examinar los montos establecidos para el salario base.

Se tiende a culpabilizar al pasivo prestacional⁷⁷ y a los salarios de los trabajadores de la salud de la quiebra de los hospitales. Las instituciones de salud (los

⁷⁵ Guzmán y Redondo [1999, 95].

⁷⁶ Ugalde [1986, 167].

⁷⁷ Se entiende como pasivo prestacional la deuda generada por las obligaciones prestacionales: cesantías, vacaciones, reservas para pensiones, pensiones de jubilación y

hospitales) no hicieron los correspondientes pagos a los sistemas de pensiones de los trabajadores con lo que se generó una deuda que ahora se pagó, en parte, con el presupuesto ordinario de los hospitales.

Los cálculos hechos del pasivo prestacional no reconocen el 100% de lo adeudado a los trabajadores: "Algunos entes territoriales, como es el caso del departamento de Cundinamarca, consideran que el monto calculado y aprobado como pasivo prestacional no corresponde al real, que la deuda es superior al reconocimiento"⁷⁸. A esto se suman, según muchos defensores de la ley 100,

los reajustes salariales entre 1995 y 1997 [a los trabajadores del sector salud], muy superiores al 18% promedio autorizado por el Conpes, [que] se convirtieron en un obstáculo para que más colombianos tuvieran acceso a los servicios de salud⁷⁹.

Lo cierto es que las deudas de las instituciones hospitalarias a sus trabajadores son el fruto del acumulado de varios años y no por largas se hace menos justo el reclamo de las prestaciones a las que tienen derecho (aunque su contabilidad se haga efectiva después de expedida la ley 60 de 1993). El problema de iliquidez de los hospitales no se puede explicar por una sola causa que, además, está en la esfera del derecho a un salario justo y a un sistema de pensiones. Además, muchos de los frutos de las convenciones colectivas significaron vías para ajustar el salario base a un salario real más justo, especialmente luego del impacto producido por la ley 50 de 1990 que reformó el Código Sustantivo del Trabajo y flexibilizó las relaciones laborales.

Es difícil aceptar la creación de una nueva plusvalía, es decir, una nueva forma de garantizar la rentabilidad del negocio de la salud a partir de la negación del derecho al salario justo de los trabajadores y que se argumente que así se salva de la crisis a los hospitales. Lo que hay detrás de estas medidas es el desmonte de las convenciones colectivas, el cumplimiento de las imposiciones de la banca internacional en términos de la flexibilización del mercado laboral, el recorte de la inversión social y la disminución de los deberes del Estado. Incluso los expertos reconocen que aun recortando salarios no se contendrían los costos en salud, ni se remediaría la crisis hospitalaria, ni se harían competitivos los hospitales públicos:

algunas bonificaciones fruto de convenciones colectivas. La ley 60 de 1993 creó el Fondo Pasivo prestacional para solucionar ese problema específico y lo reglamentó con el decreto 530 de 1994, decreto que determinó la metodología para calcular la deuda prestacional.

⁷⁸ Ortégón y Paredes [2001, 35].

⁷⁹ "La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.

la obligada reestructuración a que serán sometidos [los hospitales], o mejor, la reducción de planta de personal que les ha sido exigida para reducir los gastos, tampoco será suficiente para conjurar un desfinanciamiento originado fundamentalmente desde fuera de las puertas de las instituciones [...].

Es decir, originado en la estructura misma del sistema: en la reducción del Situado Fiscal, la transformación de subsidios de la oferta en subsidios a la demanda y la caída en recursos para los programas de prevención y promoción en salud⁸⁰.

Al flexibilizarse el mercado, hay menos personas que cotizan, el sistema tiene menos recursos y disminuye la recaudación de la subcuenta de solidaridad con el régimen subsidiado; al flexibilizar la contratación del personal de salud, es mayor la mala calidad en el servicio, se trabaja contra el tiempo y la ética queda relegada a un segundo plano. Con esta nueva dinámica laboral, es comprensible que los médicos busquen, ahora más que nunca, toda la rentabilidad que les sea posible. Este nuevo marco laboral no justifica la crisis ética del personal de salud, pero muestra cómo la ley genera procesos económicos más allá de su propio texto, por las reglas de juego que determina para el ejercicio del acto médico.

Paradójicamente, aumentan las demandas en salud, en forma paralela al poco pero importante crecimiento de la conciencia del derecho a la salud por parte de usuarios. Esto conduce al desarrollo de una medicina 'defensiva' que dispara los costos en exámenes, algunos innecesarios, solicitados más que para aportar al diagnóstico, para evitar riesgos que generen consecuencias médico legales. Esto es aún más grave al establecerse que la responsabilidad compartida por la IPS desaparece y que en términos de responsabilidad legal existe la "inversión de la carga de la prueba" (al médico le toca probar que es inocente).

Una última medida desesperada fue la ocupación del Ministerio de Salud para presionar

el pago de la deuda por parte del Gobierno Nacional, que ha generado un déficit hospitalario de 1,5 billones de pesos, con las consecuencias de carencia de insumos para laborar adecuadamente y un promedio de 10 meses de ausencia de salario para los trabajadores.

Los trabajadores pidieron además el desmonte de los procesos de reestructuración de los hospitales, que significó ya el desempleo de 4.000 personas y podría significarlo para 32.000. Trabajadores que no sobaban sino que fueron reemplazados por otras personas con contratos temporales⁸¹.

⁸⁰ "Se agudiza crisis de los hospitales públicos", *Salud Colombia*, núm. 44 (Bogotá, febrero - marzo 2000).

⁸¹ Coordinación Nacional del MNSP, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo: "Toma de la sede del Ministerio de Salud de la República de Colombia por parte de trabajadores del Sector Salud" [comunicado público, Bogotá, 14 de junio de 2002].

En el marco de la prestación de servicios de salud que estableció el modelo de Seguridad Social, estas normas son parte del debate que suscitó la ley 100 de 1993, ya que no hay proporcionalidad entre la remuneración y la calidad y cantidad del trabajo y tampoco estabilidad con el cambio en la forma de contratación del trabajador, pues no hay vinculación laboral en los contratos de prestación de servicios.

LA EXISTENCIA DE UN INTERMEDIARIO

Un elemento central del sistema es la aparición de un nuevo actor: el intermediario. Su surgimiento se justificó con la designación de las labores administrativas y financieras (recolección de cotizaciones, contratación de servicios médico-asistenciales, afiliación de personas al sistema) a un ente diferente al de la prestación de servicios (hospitales y clínicas), lo que permitiría reducir el gasto, racionalizar los recursos y ejercer un mejor control. En última instancia, garantizaría mejor el derecho a la salud. Se decía que la fusión de funciones (administrativas y asistenciales) en el viejo modelo contribuía al deterioro de los servicios.

Recordemos que la ley 100 prevé la existencia de unas instituciones de orden administrativo que actúan como intermediarias entre la persona que necesita y/o cotiza por unos servicios (el paciente) y la entidad que ofrece los servicios (el hospital), es decir entre el usuario y la IPS. Estas entidades tienen a su cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de servicios de las IPS⁸². Las EPS son las encargadas del recaudo de cotizaciones⁸³ y por cada persona afiliada y beneficiaria, la EPS recibe una UPC⁸⁴, de la que toma un porcentaje para sus gastos administrativos.

A diferencia del sistema anterior en el que el Estado administraba los recursos y los hospitales mantenían una relación directa con el usuario, la nueva figura toma el ejemplo de las Isapre en el modelo chileno⁸⁵, que actuaban como intermediarias, bajo la lógica de que la libre competencia del mercado de la salud produce mejoras en la atención y reducción de costos; es decir, la lógica de la libre competencia aplicada a la salud dentro de un modelo virtual en el que no se incluyen variables que sí son determinantes, como se ha mostrado, en la producción de la enfermedad.

En 1995, las instituciones que comenzaron a crear EPS fueron precisamente las del capital financiero (Colseguros, Salud Colmena, Cafesalud, Suramericana), empresas transnacionales (Colsanitas y Cruz Blanca), empresas de medicina prepa-

⁸² Literal e, artículo 156, ley 100 de 1993.

⁸³ Artículo 177 y 178, ley 100 de 1993.

⁸⁴ Literal f, artículo 156, y artículo 182, ley 100 de 1993.

⁸⁵ Gobierno de Chile, ley 18469 de 1985.

gada, firmas de seguros y los grupos económicos más poderosos. Por lo menos nueve EPS tuvieron su origen en aseguradoras de vida que tenían previamente empresas de medicina prepagada (como Colseguros). Otras aseguradoras se convirtieron en accionistas de las EPS (Suramericana, Colpatria) y unas últimas participaron en la formación de nuevas EPS (Seguros Caribe, en Bonsalud; Seguros Atlas, en Salud Total; Seguros Bolívar, en Unimec; Seguros Equidad, en Saludcoop; Seguros Colmena, en Colmena EPS, y Compañía Agrícola de Seguros, en Cafesalud)⁸⁶. En 1996, ya había treinta EPS. En 1997, las EPS ya tenían la tercera parte del mercado del régimen contributivo y el resto quedaba en manos de la mayor EPS: el Instituto de los Seguros Sociales, ISS.

Como era claro para las empresas, la participación en el mercado de la salud no significaría una ganancia inicial, sino que era un negocio a largo plazo, con un gran período para alcanzar un punto de equilibrio. Se calcula que en 1996, las EPS tuvieron pérdidas operacionales cercanas a los 40 millones de dólares, pero en 1997, se redujeron a sólo 4 millones. En 1999, las altas ganancias de las EPS, aun con la gran crisis que afectó a todos los sectores del país, muestran el gran negocio que significa la salud⁸⁷.

El ISS merece un comentario aparte. Esta institución se resistió en un principio a las nuevas reglas, debido, en parte, a su posición dominante como empresa del país con el mayor número de afiliados en salud. Posteriormente, se dividió, como manda la ley, en una empresa de administración de servicios, EPS ISS, y una empresa de prestación de servicios de salud: los hospitales del seguro o, dicho técnicamente, las IPS ISS. En 1995, con la ampliación de servicios de los afiliados (los cotizantes) a su núcleo familiar (los beneficiarios), se auguraba que el ISS pasaría de 5 millones 500 mil usuarios a 12 millones, pero la verdad es que tan sólo aparecieron inscritas en calidad de usuarias de los servicios cerca de 6 millones 600 mil personas. Al final, el CNSSS reconoció en el año 2000 solo 4 millones 838 mil 377 afiliados al ISS⁸⁸.

Al comienzo, el POS que ofrecía el ISS era más integral, o menos excluyente de servicios, que el POS que ofrecían las otras EPS. Lo ofrecía siguiendo la misma ley 100, que ordenaba que el POS debería contener elementos ya reconocidos en el decreto ley 1650 de 1977⁸⁹. Pero aunque esto beneficiaba a la población, el gobierno obligó al ISS a limitar sus servicios de acuerdo con lo contemplado en el POS y lo acusó de "competencia desleal". A pesar de recortar el POS según la nueva lectura de

⁸⁶ Jaramillo [1997, 5].

⁸⁷ Sobre la evolución de las EPS y consolidación, véase "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, 28 de abril de 2000). También véase "La Reforma", *Salud Colombia*, Informe Especial (octubre de 2000).

⁸⁸ Para el debate sobre cobertura, véase capítulo 5.

⁸⁹ Al respecto, véase en el capítulo 4 el apartado *Plan Obligatorio de Salud Contributivo*.

la ley 100 que hizo el legislador, los gastos en salud en el caso del ISS representan 1,25 veces la UPC⁹⁰. Cosa diferente ocurre en las otras EPS, que reportan gastos en salud incluso por debajo del 80% de la UPC, con lo que el punto de equilibrio está muy lejos de alcanzarse⁹¹.

Los pasos siguientes del ISS, tanto en calidad de IPS como de EPS, han sido erráticos. En julio de 1998, la Superintendencia Nacional de Salud impuso al ISS una sanción consistente en suspender nuevas afiliaciones hasta que resolviera problemas en la administración y en la prestación del servicio. Durante los primeros años de implementación de la ley 100, el ISS se abstuvo de cobrar las cuotas moderadoras, pero en 1999 decidió comenzar a usar el mecanismo. La Contraloría reportó en ese año pérdidas en el ISS del orden de los 777 mil millones de pesos y, según su presidente, Jaime Arias Ramírez, ya desde 1998 se reportaba la disminución de uno y medio millón de afiliados. En marzo de 2000, la Superintendencia de Salud ratificó la suspensión de afiliaciones que había impuesto dos años antes⁹².

Para solucionar esos y otros problemas se formularon muchas propuestas, bastantes disímiles entre sí: de los trabajadores, de la dirección del ISS y del Estado a través de varios ministerios que no lograron tampoco consenso entre ellos. Las propuestas incluyeron desde la división del Instituto en varias empresas y su transformación para que los trabajadores fueran accionistas, hasta su cierre definitivo, propuesto por el propio presidente del ISS. Lo cierto es que se dilató cualquier decisión que permitiera sacar adelante la institución, que acumula pérdidas desde 1995⁹³.

Volvamos al conjunto de intermediarios. Para junio de 1999, los 15 millones de personas del régimen contributivo se encontraban en 33 EPS. Algunas EPS autorizadas y cerca de 250 ARS administraban el régimen subsidiado⁹⁴. Con respecto a las empresas de medicina prepagada, no hay claridad sobre el rol que deben desempeñar y, en la práctica, "algunas están ofreciendo planes sustitutivos con preexistencias y recortes del POS"⁹⁵. No es cierto entonces que las EPS hayan desplazado

⁹⁰ Céspedes [1999].

⁹¹ Para la interpretación más precisa de estas cifras, véanse los criterios expuestos al comienzo del primer apartado del capítulo 7 *Entre la rentabilidad financiera y la calidad*.

⁹² "Se acerca el fin del Instituto de los Seguros Sociales", *Salud Colombia*, núm. 46 (Bogotá, marzo-abril, 2000).

⁹³ Ha habido propuestas de ministros de Trabajo, Salud, Hacienda, de los trabajadores y de la propia dirección del Seguro Social. Este debate está documentado en variadas fuentes de prensa a lo largo de 2000.

⁹⁴ Céspedes [1999].

⁹⁵ Jaramillo [1999, 5]. En el mismo sentido, véanse Ordóñez [2001, 42] y "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 [Bogotá, abril 28, 2000].

la medicina prepagada, sino que esta última se adaptó al nuevo sistema creando EPS, al tiempo que mantiene la medicina prepagada.

Estas EPS pueden, para efectos de la prestación de servicios, crear sus propias IPS o contratar los servicios de las ya existentes. Es su deber, en todo caso, garantizar el derecho de los usuarios de poder elegir libremente IPS, principio vulnerado especialmente en los sitios en que la inexistencia o poca existencia de IPS hace imposible la libre escogencia, por ejemplo, en las zonas rurales donde solo hay una institución. También ocurre eso cuando hay sesgos en la contratación de IPS por parte de las EPS. Por ejemplo, en la contratación preferencial que hacen las EPS de servicios de salud de sus propias IPS antes que de los hospitales públicos, aunque existan normas que busquen lo contrario.

Este intermediario centró su labor en el régimen contributivo. La reglamentación posterior abrió la posibilidad de que las EPS promovieran la afiliación "bien sea a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado"⁹⁶, pero no hizo obligatoria la afiliación de personas al régimen subsidiado, lo que generó un desarrollo desigual de estructuras administrativas de cada régimen a favor del régimen contributivo. Otra contradicción es que, en principio, las EPS "están obligadas a garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización u obtenga el subsidio correspondiente"⁹⁷, pero luego se autorizó que las EPS pudieran "rechazar una afiliación cuando carezcan de los recursos técnicos que les permitan organizar el servicio en la residencia del afiliado"⁹⁸. Así, lo observado es que las EPS no contratan en sitios donde los costos se incrementan: si no tienen recursos técnicos, pueden rechazar afiliaciones.

En 1996, las EPS existentes (menos el ISS) ofrecían servicios de salud sólo en 46 de los 1.074 municipios que había en ese momento, precisamente los de mayor población en el país⁹⁹; las EPS centran su mercado donde las condiciones de infraestructura sanitaria son mejores, los niveles de vida superiores y hay mejores recursos (por ejemplo, para la compra de planes adicionales de salud). Otra forma absolutamente legalizada de selección adversa consiste en que las EPS "podrán establecer condiciones de acceso al afiliado"¹⁰⁰, figura que, en aras de la eficacia en la oferta de servicios, deja la puerta abierta a la creación de filtros en la oferta de servicios de salud.

Para la administración del régimen subsidiado se crearon las ARS. Las primeras se conocieron como Empresas Solidarias en Salud (ESS), muchas de ellas or-

⁹⁶ Artículo 2, decreto 1845 de 1994.

⁹⁷ Artículo 14, decreto 1485 de 1994.

⁹⁸ Artículo 14, decreto 1485 de 1994.

⁹⁹ Daza y Toro [1996].

¹⁰⁰ Artículo 14, decreto 1485 de 1994.

ganizadas por las comunidades, con un nivel relativamente importante de participación, pero con bajos recursos y baja experiencia administrativa. En palabras de Jorge Child, “organizar una participación en proyectos de pobres para los pobres puede ser un recurso de la economía del rebusque”. Estas empresas, con dificultades de desarrollo y de supervivencia financiera, han presentado problemas de debilidad frente a la injerencia política y la corrupción y ante la baja capacidad de gestión¹⁰¹. Según Sindess,

Las Empresas Solidarias en Salud son una especie de EPS de los pobres, precisamente aquellos que por sus difíciles condiciones de vida son más propensos a la enfermedad y, a la vez, tienen menos posibilidad de pagar tarifas adicionales, copagos o planes complementarios y están más desorganizados. Esta alternativa se ha estrellado contra graves dificultades para su desarrollo, debidas a la composición social de sus afiliados-propietarios, a la falta de voluntad del Ministerio [de Salud] para su promoción, a la inestabilidad y dispersión de su marco legal¹⁰².

Las ARS siguientes no son precisamente del mismo corte que las ESS, sino más bien los intermediarios financieros de la plata de los pobres: reciben los subsidios a la demanda, pero los guardan para sí y no los entregan a los hospitales o difieren los pagos. El Estado no se preocupa por controlar estos recursos y el costo social de la intermediación es enorme. En algunos casos, las ARS sólo habían ejecutado el 18%¹⁰³. Es decir, las ARS se apropiaron de los recursos de la salud, pero no los invirtieron en servicios. Según el DANE, el 41% de las personas del régimen subsidiado no usan los servicios, lo que resulta consistente con las denuncias de falta de promoción de las ARS de los servicios que presta e incluso, con la falta de entrega de los carnets correspondientes¹⁰⁴. Este tipo de prácticas produjo en el régimen subsidiado una rentabilidad para las ARS del 54% en 1996 y del 47% en 1997, porcentajes que superan los del sistema financiero colombiano, que por tradición tiene los mejores resultados en la economía colombiana¹⁰⁵.

Además de la baja ejecución, se han producido utilidades perversas con superávit del régimen subsidiado que oscila entre el 20% y el 50% de los recursos¹⁰⁶. Del dinero entregado para garantizar el derecho a la salud de la población pobre, las

¹⁰¹ Guzmán y Redondo [1999, 177].

¹⁰² Sindess [1996, 33].

¹⁰³ Jaramillo [1999, 16].

¹⁰⁴ DANE [1997].

¹⁰⁵ Datos presentados en el foro “la Seguridad social del 2000”, Bogotá, septiembre 29 de 1998, y citados en: “Los retos de la seguridad social del 2000”, *Seguridad Social al día* [Bogotá, oct. 1998].

¹⁰⁶ Jaramillo [1999, 16].

ARS se quedaron con el 56,5% en 1997 y con el 40% en 1998¹⁰⁷. Además, tampoco cumplen con el porcentaje de 40%, fijado por la ley, de contratación de sus recursos con IPS oficiales¹⁰⁸.

En última instancia, las ARS son el resultado de una serie de mecanismos formulados sin contar con las personas pobres sino para favorecer el mercado de los servicios de salud en esta franja de la población. Al pensarse con esa lógica, no podía ser diferente: los intermediarios acumulan capital, porque las reglas de juego así lo permiten. Entonces, la responsabilidad por lo que está sucediendo con la salud de los pobres no solo es de las ARS: es también de los entes de dirección y control del sistema (Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud y CNSSS). El dinero que recibieron las ARS no se empleó en servicios de salud para las personas pobres durante los años 1996 y 1999 y no se ha devuelto en su totalidad al sistema (Fosyga) para su redistribución. Con estos recursos podría resolverse toda la crisis hospitalaria nacional.

La concentración de recursos en EPS y ARS, la falta de control del Estado a estas instituciones, la presencia del capital financiero, la conversión de empresas de medicina prepagada en EPS, la proliferación de ARS y los criterios que ahora se exponen para su reglamentación, la alta rentabilidad lograda son aspectos que evidencian el entorno del ánimo de lucro con que se desarrolla tal intermediación. A pesar de la supuesta quiebra de EPS por la falta de rentabilidad de la venta de servicios de salud, datos de la Asociación de Empresas de Medicina Prepagada y EPS, Acemi, muestran que "sólo tres de las veinticuatro EPS privadas existentes no han llegado a su punto de equilibrio y, por el momento, una nada más no ha logrado funcionar dentro del exigente esquema"¹⁰⁹.

Las EPS, que incumplen con la recaudación de los recursos y, al contrario, incentivan la subcotización, plantean ahora que se les den estímulos económicos para mejorar el recaudo de cotizaciones¹¹⁰. Es decir, administran los recursos, hacen incompleto lo que la ley les obliga y piden incentivos para cumplir con su deber. Según la misma Superintendencia Nacional de Salud, "tal y como están redactados los requisitos establecidos en la ley 100, no hay ninguna EPS que los cumpla"¹¹¹. A pesar de las evidencias, los defensores de la ley 100 dicen que "desaparecer los 'intermediarios' en el Régimen Subsidiado llevaría hacia atrás el sistema [y] la gente volvería a tener problemas económicos para el acceso a un sistema integral de salud"¹¹².

107 Asmedas [1998].

108 Paráfrago, artículo 22, ley 344 de 1996.

109 Consejo Directivo del Centro de Gestión Hospitalaria [1998, 3].

110 Opiniones de las entidades intermediarias, en Patiño [1999, 73].

111 "Ninguna EPS debería funcionar". *El Espectador*, Bogotá, 30 de agosto de 1999.

112 Paredes [1999, 21].

EL PROBLEMA DE LOS QUE ATIENDEN

Las IPS, es decir, los hospitales, deben desarrollar mecanismos de autonomía "administrativa, técnica y financiera"¹¹³. Con ello, les queda prohibido realizar acciones "que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud"¹¹⁴. Este texto nos preocupa, más que por el contenido, por el lenguaje, en el que es clara la idea que subyace a toda la ley 100: la liberación del mercado de la salud, que debe regularse por las mismas leyes de la oferta y la demanda, con muy laxos parámetros no acabados y de difícil interpretación y aplicación. Es decir, las limitaciones y posibles sanciones se piensan en términos de faltar a las reglas de juego del mercado, pero no con respecto al derecho a la salud. Teóricamente, las IPS "no podrán discriminar en su atención a los usuarios"¹¹⁵, pero el mismo cumplimiento de la ley 100 (dos regímenes de servicios diferentes y las exclusiones del POS) es un ejercicio de discriminación, según lo hemos podido ver a lo largo de esta reflexión.

En el caso particular de los hospitales públicos de los municipios, se requieren, además de las adecuaciones administrativas, adecuaciones presupuestales y de extensión de horarios hasta completar las 24 horas¹¹⁶. Pero la grave crisis presupuestal de los municipios hace que esa meta sea difícil de alcanzar. Una posibilidad para aproximarse al cumplimiento es hacer contrato de prestación de servicios con personal de salud, con los más bajos honorarios posibles, para hacer más eficaz el presupuesto¹¹⁷.

Los argumentos de más peso para formular la ley 100 fueron la mala administración y las deficiencias de la red pública de hospitales. Sin embargo, esas razones no se señalaron al responder a la pregunta por los hospitales que, en calidad de Empresas Sociales del Estado, debían, entonces, en el nuevo sistema, garantizar la atención en salud a los pobres.

Los hospitales públicos deben a) convertirse en empresa, b) vender servicios de salud para hacer rentable el hospital y c) dar cuenta de la atención de los niveles dos y tres del régimen subsidiado y de las personas llamadas vinculadas¹¹⁸. Es

¹¹³ Artículo 185, ley 100 de 1993.

¹¹⁴ Artículo 185, ley 100 de 1993.

¹¹⁵ Artículo 188, ley 100 de 1993.

¹¹⁶ Artículo 191, ley 100 de 1993.

¹¹⁷ Al respecto, véase el último apartado del capítulo 5 que habla de la flexibilización de las relaciones laborales.

¹¹⁸ "En el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los hospitales privados con los cuales el Estado tenga contrato de

decir, la carga asistencial continúa y se aumenta, pero al tiempo se recortan subsidios, como ya mostramos. Las IPS viven así una clara dicotomía: o venden servicios o cierran sus puertas por baja rentabilidad. La venta se acompaña de:

- Selección adversa de pacientes.
- Limitaciones en los materiales por procedimiento para disminuir costos.
- Creación de requisitos inexistentes en la ley para los pacientes.
- Sobrefacturación a las EPS para recibir más recursos.
- Aumento de la carga asistencial por médico por unidad de tiempo.
- Disminución de ventajas salariales o renegociación de acuerdos laborales.
- No aumento salarial o, incluso, disminución.
- Aumento de contratación de personal administrativo.
- Sujeción de la función y de la remuneración al desempeño.

La otra alternativa es el cierre, que ya sucedió y de lo que entregamos numerosos ejemplos. Aun en la venta de servicios existe el problema de la iliquidez del sector, la demora en el flujo de capital y, para completar, "las tesorerías están llenas de 'boletas' u órdenes de pago y vacías de billetes"¹¹⁹. Según el Ministerio de Salud, la red pública hospitalaria registró deudas por cobrar por 335.000 millones de pesos, de los cuales 149.900 millones tenían más de 90 días vencidos¹²⁰, y otras deudas, como ya citamos, hasta más de 1.530 días¹²¹.

En procura de salir de esta iliquidez, los hospitales se han endeudado con préstamos bancarios o han diferido sus pagos a los proveedores. En relación con estos últimos, la rotación de cartera de la deuda llegó a su nivel histórico más alto: 160 días. Esta falta de liquidez lesiona seriamente a los pequeños proveedores que dependen de la recaudación para hacer nuevas adquisiciones, lo que ha llevado a algunos a iniciar procesos jurídicos en contra de los hospitales. Esto agrava la ya precaria situación jurídica de los hospitales¹²².

prestación de servicios" [parágrafo 1, artículo 162, ley 100 de 1993]. Y "Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes" [parágrafo, artículo 28, decreto 806 de 1998].

¹¹⁹ Esguerra [1998, 3].

¹²⁰ MNSP [1999, 45].

¹²¹ "Salud busca sus derechos", *El Espectador*, Bogotá, 27 de agosto de 2001.

¹²² Véase entrevista con el presidente de Aspromed. "Los proveedores de suministros: financian la falta de liquidez del sector?" *Vía Salud*, núm. 5 [Bogotá, 1998, 28 y 29].

La ley establece un proceso de transición en el que se debe generar el cambio administrativo en los hospitales y para que el subsidio que ellos reciben pase de ser subsidio a la oferta a ser subsidio a la demanda. El paradigma del subsidio a la oferta había tenido varias críticas fuertes: a) los subsidios a los hospitales benefician más a los estratos medios y altos que a la población pobre, que sufre rechazo de los hospitales públicos; b) la asignación por recursos no se hacía por servicios prestados sino como parte de las prácticas clientelares y politiqueras del ministro de turno.

Sin embargo, ahora se observa lo contrario, pues a) la noción de subsidio a la oferta permitía la atención de la población pobre e indigente y b) el cambio de forma de subsidio no eliminó las prácticas clientelares desde el poder central. Además, no se cuenta con una justificación sólida del cambio en el sistema de subsidio: simplemente se vendió el mito de que el subsidio a la oferta es naturalmente corrupto y ese mito se aceptó.

La imposibilidad de competir en el mercado de salud cuando se asiste a población pobre con bajos recursos, frente al capital privado que vende medicina prepagada con otros nombres, y la falta de acompañamiento administrativo eficaz a los hospitales de modo que se garantice su conversión (si aceptamos el mito de la administración y del mercado) son algunas de las causas fundamentales de la crisis hospitalaria nacional. Los hospitales estatales han funcionado desde la lógica de la caridad o, a lo más, desde el derecho a la asistencia médica y su conversión en empresas es la negación de su historia, de sus dinámicas, de su rol en sociedad y de su fin social. La sola expresión 'Empresa Social del Estado' es difícil de entender. Incluso, aunque los hospitales avanzaron en la venta de servicios, eso no garantizó un aumento suficiente de ingresos (subsidio a la demanda), mientras los recursos de Situado Fiscal y de Rentas Cedidas (subsidio a la oferta) disminuyeron para 1999 en el 35% y el 25%, respectivamente¹²³.

El subsidio a la demanda ha generado efectos perversos como la selección adversa, la facturación de actos médicos innecesarios, la disminución del número de camas hospitalarias para el régimen subsidiado y la práctica desaparición de la docencia universitaria¹²⁴. Respecto a esto último, se observa que gerentes de IPS y EPS consideran la enseñanza médica más como un costo que como una oportunidad, por lo que han decidido ir sacando a las universidades de los hospitales¹²⁵.

El cambio de la forma de los subsidios, más que un cambio, es una reducción de disponibilidad de recursos y un amarre a las reglas de juego del mercado.

¹²³ Guzmán y Redondo [1999, 187].

¹²⁴ Guzmán y Redondo [1999, 188].

¹²⁵ Declaraciones del director ejecutivo de Ascofame, citadas en: "Médicos en la cuerda floja", *El Tiempo*, Bogotá, 2 de abril de 2000.

Sólo resta que los hospitales públicos no atiendan gratis (aunque la ley los obligue, por ejemplo, en el caso de los indigentes), cierren servicios costosos, apliquen prácticas de selección de pacientes, reduzcan la planta de personal, flexibilicen las relaciones laborales y vendan servicios.

El déficit presupuestal es elevado. Solo algunos ejemplos: al Hospital de Fusagasugá le faltan 3 mil millones de pesos y Convida y el ISS-EPS deben 3.500 millones al Hospital de La Samaritana. La situación es tan dramática que no hay gasolina para las ambulancias: "si tenemos que remitir a un paciente a Bogotá nos tocará mandarlo en bus"¹²⁶. En 1997, los hospitales lograron aumentar la venta de servicios en un 50%, con lo que se alcanzó la suma de 900.000 millones, pero esto no evitó la continuación de la crisis¹²⁷. En 1999, en el caso del Hospital San Juan de Dios de Bogotá, el déficit llegó a 50 mil millones de pesos y tanto la Secretaría de Salud del Distrito como el Instituto de los Seguros Sociales no renovaron sus contratos con este centro¹²⁸, lo que, sumado a la crisis, generó su cierre definitivo.

Una de las alternativas de supervivencia que tienen los que atienden es vender servicios, pero instituciones como la EPS ISS, la más grande del país, contratan más servicios con los hospitales privados que con la red pública, como ocurre en Bogotá¹²⁹. ¿Qué pasa con un hospital cerrado? Que solo podrán comprarlo los capitales financieros que, con nombre de EPS, seguirán creando sus propias IPS.

El problema de la financiación de los hospitales debe buscarse en el presupuesto general de la nación y no en las piruetas de la administración en salud, ni mucho menos en los recortes de los ya precarios ingresos de los trabajadores de la salud. No es moral la dicotomía 'hospitales cerrados o trabajadores sin sueldo'¹³⁰.

EL PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN SALUD

La administración *per se* no es inconveniente: incluso su ausencia fue una razón de la muerte del viejo Sistema Nacional de Salud. La administración en salud no nació con la ley 100, sino que con ella adquirió otra dimensión, pues, en este contexto, se generó como una labor paralela a la prestación de salud. Con el aumento de funciones gerenciales de los hospitales se incrementó la planta de personal. La nueva nómina complejizó la oferta de servicios y la administración de hospitales,

¹²⁶ "La salud en emergencia", *El Tiempo*, Bogotá, 19 de septiembre de 1999.

¹²⁷ "De cal y arena. Balance de Minsalud", *El Espectador*, Bogotá, 30 de julio de 1998.

¹²⁸ "Agoniza el Hospital San Juan de Dios" *El Espectador*, Bogotá, 1º de octubre de 1999.

¹²⁹ Beatriz Londoño en Patiño [1999a, 32].

¹³⁰ No se entiende como cerrar hospitales o reducir su funcionamiento en el marco del ejercicio de los derechos laborales a la huelga es considerado como un delito, pero cerrarlos como resultado de la injusticia social es un acto dentro de la ley.

paradójicamente, para dar cuenta de la reducción de costos y de la búsqueda de la eficacia. En este mismo sentido se volvió obligatoria la formación en administración o en gerencia de los profesionales de ciencias de la salud, de tal suerte que los posgrados en administración de salud se convirtieron en casi un último semestre del pregrado.

La ya citada ausencia de administración, como práctica metódica, justificó la ley 100 y explicó parte de las crisis de anteriores modelos de salud. Pero la administración que se ofrece tiene un límite y un espacio definido, el hospital, sin que ésta mire las otras partes del sistema. Incluso, la lógica que se deduce de los indicadores que predominan en los hospitales es que la corrupción es un problema de personas malintencionadas y no de dinámicas que la permiten o la impulsan. La crisis de los hospitales no se explica por los problemas propios del sistema sino por a supuesta incapacidad administrativa de los médicos que usualmente ocupaban y ocupan la plaza de directores de hospitales.

El nuevo modelo creó una nueva administración obligada a centrarse en las prioridades del sistema entrante. Pero un estudio demostró que las capacidades gerenciales, a 1997, se mantenían incipientes: débil clima organizacional en los hospitales, resistencias al cambio, serias deficiencias de hotelería en los hospitales y desconocimiento de los costos de la atención¹³¹. La nueva administración en salud busca evaluar los actos asistenciales, hacer estudios de costos en salud, evidenciar los puntos posibles de reducción de gastos. En esta lógica, los indicadores de gestión y de recurso humano no contemplan la noción del derecho a la salud. Esos indicadores son:

- Utilización efectiva del tiempo contratado por trabajador (número de pacientes por médico por unidad de tiempo). Con este indicador, la prioridad médica no es la calidad del servicio sino el volumen de pacientes.
- Normas y estándares y aplicación de manuales de procedimientos (control del acto médico sujeto estrictamente a los manuales impuestos por las EPS).
- Mejoramiento del clima organizacional (medidas antisindicales en búsqueda de la llamada paz laboral).
- Uso racional de los recursos hospitalarios instalados (reducción de los tiempos de hospitalización, sin tener en cuenta, a veces, los reingresos, que resultan aun más costosos para la institución de salud).

La acreditación y el control de calidad son los nuevos nombres de la administración, que busca un único objetivo: hacer rentable el hospital. Prima la eficiencia, pero no siempre aparece la eficacia en los indicadores. La formación de gerentes

131

Pérez [1997, 5 y 6].

incluye la satanización del sindicalismo (un derecho en la Constitución) y el desdibujamiento del principio de organización sindical y de derechos laborales.

Pero a pesar de las evidencias, la crisis hospitalaria y de todas las instituciones de la ley 100 tienen un buen chivo expiatorio o cabeza de turco: la mala gerencia. Lo primero es que no se puede resolver todo por vía gerencial y, además, no se puede culpar de toda la falla del sistema a la ausencia de experticia gerencial de las directivas hospitalarias. Si bien urge mejorar el uso de los recursos, una cosa es su uso adecuado, por ejemplo, para un procedimiento quirúrgico, y otra, su racionamiento.

Las fórmulas gerenciales no pueden resolver la crisis, principalmente, por dos razones: a) porque no son la causa: la causa hay que buscarla en la ley 100; b) porque los alcances que se persiguen en la administración en salud en Colombia tienen mucho de mito. En palabras de José Felix Patiño, "hasta ahora la calidad, hay que reconocerlo, no ha ido más allá de un pronunciamento conceptual, pero no se traduce en un propósito operativo"¹³². Es curiosa la proliferación de expresiones como *empoderamiento*, *reingeniería*, *control de calidad*, *calidad total*, *contención de costos*, *acreditación*, sin que se sepa exactamente lo que quieren decir, en un contexto que desconoce la administración como un medio y la convierte en un fin.

Para cumplir con las cargas administrativas se 'disparó' la contratación de personas sin que, al final, se lograra el propósito deseado: resolver la crisis hospitalaria por vía gerencial. El personal auxiliar administrativo aumentó, entre 1994 y 1998, en un 73%, pero no ocurrió lo mismo con el personal destinado a la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud, bandera de la ley 100¹³³. Los gastos en administración constituyeron el 26% de la UPC, cuando el tope máximo permitido es de 15%¹³⁴. En el ISS, el gasto administrativo alcanza también el 26%, mientras los parámetros internacionales hablan de un margen que oscile entre el 5% y el 10%¹³⁵.

Estas dos cifras muestran que la aplicación de modelos administrativos, antes que solucionar la crisis del sistema, sobrecargó las labores de las IPS y disparó los costos. A eso se suma la búsqueda de ganancias por parte de las EPS, que las lleva a disminuir los recursos calculados de la UPC para asistencia en salud y a aumentar el margen de ganancia, como ya lo indicamos.

De otra parte, las políticas erráticas del Estado han generado inmovilidad administrativa por la incertidumbre frente al cúmulo de normas, la poca claridad en

¹³² Patiño [1999b, 23].

¹³³ Jaramillo [1999a, 9].

¹³⁴ Jaramillo [1999a, 12].

¹³⁵ Uribe [1998, 4].

su correcta aplicación, la escasa vigilancia de los entes de control y dirección del sistema y la falta de coherencia normativa.

Se requiere un replanteamiento de la administración para verla en su real dimensión, para entender que la creación de intermediarios financieros no proviene de la administración sino de la ley. Y también para exigirle a lo administrativo que esté al servicio de la gente. Es indudable que las herramientas de la administración benefician el uso adecuado de recursos, pero ese no es el debate: la discusión se refiere a las posibilidades reales de la administración de, por ejemplo, un hospital público pobre que compite con uno privado.

Hay ejemplos de mejoramiento en el uso de recursos. En Bogotá, en promedio, en el período 1994-1997, se logró un crecimiento acumulado del 30%¹³⁶. El Hospital San Rafael de Tunja logró subir en cuatro años la facturación, de 800 millones de pesos a 2.200¹³⁷. Según su director, el Hospital Universitario del Valle "inició el año 2001 con un déficit acumulado de 34.000 millones y terminó con un déficit de 16.000 millones. Esto lo permitió un proceso de reestructuración, de ahorro de gastos y optimización de servicios". Pero ante la pregunta de la obligación, marcada por la ley 100, que tienen las instituciones públicas de generar sus propios ingresos reconoce que,

esto todavía no lo hemos podido equilibrar. En un esquema competitivo, ninguna entidad privada puede darse el lujo de facturar y que no le paguen. Este hospital factura 50.000 millones al año y de esa facturación sólo nos reconocen 28.000 millones, porque esa es la transferencia de la Nación y del Departamento, no hay más recursos.

Entonces, el problema de fondo no radica en la administración, sino en los recursos estatales para la salud¹³⁸.

La flexibilización laboral ya mencionada, sumada a las nuevas dinámicas de gerencia, implica la evaluación del trabajo médico, por ejemplo, por el número de pacientes examinados por unidad de tiempo, antes que por la calidad de la atención. Médicos sometidos a formas de contratación temporal terminan, en esa dinámica, pervirtiendo el mismo ejercicio de su profesión, en la medida en que a) se imponen prácticas que buscan reducir costos para cumplir con las dinámicas empresariales, b) se somete el criterio médico a los catálogos de servicios para asegurar el empleo y c) se buscan la rentabilidad o las ganancias adicionales, por ejemplo, mediante la práctica de cesáreas que no se requieren, por razones económicas: mayor rentabilidad

136 Giedión [1999, 93-106].

137 "La debacle hospitalaria", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de octubre de 2001.

138 Entrevista con el director del Hospital Universitario del Valle, en: "El HUV no se puede cerrar", *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.

para el médico en menos tiempo. Esas son las perversiones que la gerencia le impone al sistema en la búsqueda de autofinanciación de los hospitales.

No queremos menospreciar las herramientas de la administración en salud en la gestión de los hospitales. Incluso, defendemos su utilidad porque, además, la mala gestión ha sido en parte responsable (solo en parte) de las crisis hospitalarias de América Latina. Lo que preocupa es la sobrevaloración de sus alcances que, sumada a una buena campaña de venta de la idea, impide cualquier análisis que trascienda la mirada administrativa.

LA FALACIA DE LA LIBERTAD

Los principios de la ley 100 son, entre otros, la universalidad, la solidaridad, la eficiencia y la libre elección. Este último principio es otra gran promesa que alimenta las reformas en salud y que nosotros consideramos una falacia. Se argumenta que los servicios de salud, en un escenario virtual, sin monopolios, con compradores en igualdad de condiciones y con la suficiente información mejorarían su calidad, precisamente por la competencia que deriva de que el usuario de servicios pueda escoger libremente el hospital que más le satisfaga.

En esa lógica, la ley en Colombia reemplaza la idea de derecho a la salud por la de "garantías de los afiliados". Además, el POS y la atención de urgencias privilegian como elemento de garantía "la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud [y] la escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios". Esto se repite en normas posteriores y en muchas resoluciones del CNSSS: "La afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado"¹³⁹.

La libertad sólo existe en el régimen contributivo. Las limitaciones reales hacen que la persona que recibe subsidios o las llamadas *vinculadas* estén incapacitadas para escoger. Además, la libertad se supedita a unas reglas de afiliación y por tanto, no evita la selección adversa de pacientes. Esa libertad está atada en caso de uso de servicios costosos, pues la norma contempla que la persona debe continuar en la misma EPS dos años más, una vez haya terminado el tratamiento de una enfermedad catastrófica.

Incluso, el sistema tiende a reducir cada vez más tal libertad de traslado en el régimen contributivo:

Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1º de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá

¹³⁹

Artículo 45, decreto 806 de 1998.

una permanencia mínima de 18 meses en la misma entidad promotora para los nuevos usuarios, o aquellos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002, el plazo previsto en este artículo será de 24 meses¹⁴⁰.

Lo mismo se observa en otra norma:

La inclusión en el núcleo familiar de otros miembros adicionales dependientes, sólo procederá si el afiliado cotizante garantiza la afiliación de estos por un período mínimo de dos años. Para tal efecto deberá convenir con la EPS el mecanismo de garantía correspondiente, que podrá consistir en la suscripción de un título valor o el compromiso de permanencia. La pérdida de la condición de trabajador cotizante deriva en la desafiliación del afiliado adicional¹⁴¹.

Si se mira desde la óptica de los derechos humanos, reducir la relación entre salud y libertad a la posibilidad de escoger entre alternativas que se presentan en una lista, por demás estrecha y sometida a criterios del mercado, desdibuja por completo la noción de salud presentada en el marco teórico y el mismo concepto de libertad. Incluso, si se acepta tal exabrupto, esa libertad se reduce a la selección del médico, sin que tenga ninguna otra implicación, ni en la selección del especialista al que será remitido, a las pruebas diagnósticas ni a los procedimientos quirúrgicos. A esa falsa libertad se suma la pérdida de la libertad médica para decidir autónomamente el tratamiento que más conviene al paciente¹⁴².

No es que desconozcamos el consentimiento informado y las cartas de derechos de los pacientes, sino que la libertad que ofrecen las reformas en salud no dice nada de la autonomía del paciente, del derecho a la segunda opinión, del derecho a rechazar tratamientos, ni del mismo consentimiento informado. Menos dice sobre la posibilidad de evaluar el servicio prestado.

La calidad del servicio hospitalario incluye tres elementos: el impacto real de los servicios sobre la salud del paciente, la calidad médica y la percepción que el paciente tiene del servicio. Este tercer elemento se ha sobredimensionado sobre la base de presuponer que, en un mercado competitivo, el usuario escogerá a aquel oferente de mayor calidad¹⁴³. Es decir, la calidad y la evaluación de la calidad, así como la noción de

¹⁴⁰ Artículo 16, decreto 47 de 2000.

¹⁴¹ Artículo 8, decreto 783 de 2000.

¹⁴² Véase al respecto, el segundo apartado del capítulo 5 en el que se habla de la pérdida de la autonomía médica.

¹⁴³ Giedión y otros [1999, 41-42].

libertad, sólo apuntan a escoger el oferente de servicios, pero esto tiene poco sentido en un mercado de oligopolios o monopolios en salud como el de Colombia¹⁴⁴. Aquí, las ventajas del mercado competitivo sólo se producen en las grandes capitales y, por tanto, "los efectos de la libre escogencia y la posibilidad de que los proveedores puedan negociar con aseguradores en igualdad de condiciones ocurren rara vez"¹⁴⁵.

Sobre la evaluación de la calidad del servicio, se están usando estadísticas de percepción de los usuarios, sin que sean un real criterio de evaluación, pues en esa percepción se desconoce la calidad médica; eso es, ante todo, una forma de buscar validaciones políticas desde la manipulación burocrática y simbólica con la entrega de carnés. Campesinos que nunca han tenido asistencia y reciben un carné del Sisbén consideran que eso les garantiza *per se* el derecho a la salud. Los sentimientos, al fin subjetivos, no constituyen evidencia de la satisfacción real y objetiva de necesidades, máxime cuando el usuario no tiene ni toda la información ni posee el conocimiento técnico y científico que le permita evaluar toda la información, si la tuviera.

En todo caso y si se acepta tal subjetividad, la percepción de mejoría en el servicio tampoco existe. En una encuesta de la Defensoría del Pueblo sobre satisfacción del servicio se encontró: a) la no realización de la totalidad de los exámenes a la mitad de los usuarios, b) la entrega incompleta de medicamentos al 40% de los usuarios, c) los motivos para afiliarse a determinada entidad no privilegian la libre escogencia; las recomendaciones o presiones del núcleo familiar o del entorno laboral son las generadoras de decisiones en este aparte; d) muy bajo conocimiento sobre los derechos que otorgan los planes colectivos e individuales del sistema: 64,1% de los cotizantes y 73% de los afiliados al régimen subsidiado dicen no conocer sus derechos; e) los afiliados al régimen subsidiado se destacan por ser los calificadores más 'blandos', quizás por la poca percepción de derecho que hay entre la población subsidiada; f) unos altos promedios de encuestados no pudieron escoger el servicio: el 60,5% en el régimen contributivo y el 69,3% en el régimen subsidiado¹⁴⁶.

Sobre la calidad de la atención, hay casos en que las personas tienen que recurrir a los tribunales¹⁴⁷, pues las IPS y las EPS evaden sus responsabilidades:

¹⁴⁴ Incluso la tendencia es que se fusionarán algunas de las EPS. "Se habla de la posible venta de Salud Colmena, del Grupo Social, y Salud Total, por las necesidades de liquidez que tienen los socios para capitalizar sus entidades financieras" ["La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106, Bogotá, abril 28, 2000].

¹⁴⁵ Conclusión del estudio realizado por Pinzón, el cual concluye que el mercado de salud en Colombia es de tipo monopólico, seguido de un número apreciable de mercados de tipo oligopólico y muy pocos de tipo competitivo [Pinzón, citado en Ruiz 2001, 20-22].

¹⁴⁶ Defensoría [2000].

¹⁴⁷ Con este argumento, la Corte ha ordenado incluso la práctica de operaciones a personas que lo requieren con urgencia. Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 1999,

La demora en la práctica de los exámenes prequirúrgicos y, por ende, de la cirugía solicitada por el demandante [...], en manera alguna puede afectar al demandante y menos teniendo en cuenta los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal, los cuales prevalecen sobre los intereses puramente económicos de las entidades prestadoras de tales servicios, en cuya razón es viable afirmar que, en este punto, las instituciones contratistas [...] también tienen que ver con la violación de sus derechos, en tanto que permitieron la prolongación del sufrimiento; o por lo menos, faltaron al deber de solidaridad previsto en el artículo 95 de la Constitución [...] tal garantía constitucional (a la existencia digna) fue efectivamente vulnerada con la omisión de Caprecom, pues la cirugía requerida para recobrar la visión normal ha sido retrasada de manera injustificada¹⁴⁸.

A partir de los casos presentados, nos resulta difícil sostener la argumentación de esa libertad, pues lo que se observa es que se restringe el derecho de libertad del paciente a cambiar de EPS, por lo menos por un año; se desconocen las razones médicas para la toma de decisiones; se ata por ley al paciente a pertenecer a la misma EPS durante un tiempo largo con posterioridad a recibir un tratamiento, en un contexto de ausencia de criterios técnicos para evaluar la calidad del servicio. Según una encuesta realizada por el Ministerio de Salud, solo el 16% de la población urbana conoce la posibilidad de libre elección de EPS y de IPS¹⁴⁹.

Tal derecho se ejerce en la medida en que la persona opta por una de las EPS, pero nada protege al usuario una vez entra al laberinto de la oferta de servicios de salud, pues la "primera consulta es el único acto de decisión relativa que está en manos del consumidor". Si después,

este complejo es manejado con criterios de lucro y más aún si lo es en condiciones monopólicas, el usuario queda a merced de grupos que pueden guiar o inflar los servicios [...]. En Estados Unidos las operaciones cesáreas practicadas en pacientes privados acogidos al sistema de seguros de salud fueron más del doble que en pacientes hospitalizadas en servicios públicos, sin causa médica que pudiera explicar la enorme diferencia¹⁵⁰.

MP: Alfredo Beltrán Sierra. Con relación a tratamientos y cirugías que no son urgentes, sin bien los pacientes deben esperar su turno, en todos los casos la demora debe estar justificada. Corte Constitucional: Sentencia T-688 de 1998, MP: Alfredo Beltrán Sierra

¹⁴⁸ Corte Constitucional: Sentencia T-260, mayo 27 de 1998. MP: Fabio Morón Díaz

¹⁴⁹ Encuesta realizada por el Ministerio de Salud, en seis ciudades: Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Bucaramanga e Ibagué. Citado en: "ley 100, una perfecta desconocida". *Seguridad Social al día*, (Bogotá, noviembre de 1998).

¹⁵⁰ Requena-Biquet [1979, 7].

Así, el derecho constitucional, la libertad en salud, se reduce a elegir al primer oferente de la cadena de servicios dentro de un abanico, cadena frente a la que poco o nada opina la persona. La reivindicación de la libre elección del médico (del primer eslabón de la cadena) como paradigma de la relación libertad/salud resulta así peligrosa.

Sabemos que el derecho internacional de los derechos humanos plantea, además del acceso al servicio, un acceso que implique a) el uso de técnicas adecuadas y b) relaciones acordes con la dignidad humana y con la libertad de las personas entre los trabajadores de la salud y las personas que buscan sus servicios¹⁵¹. Los instrumentos, códigos y declaraciones relacionadas con la ética médica¹⁵² están en coherencia con esta noción. Con respecto a la realización de experimentos en personas, es claro que "nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"¹⁵³. Este es el tipo de libertad que vincula el servicio de salud con los derechos humanos y no la falacia de libertad de la selección de un oferente.

¹⁵¹ Por ejemplo, *Declaration on the Promotion of Patient's Rights in Europe* [OMS 1994b]; incluye: a) el derecho al servicio, b) el derecho a la información plena sobre el estado de salud incluyendo procedimientos, riesgos, beneficios, alternativas terapéuticas, diagnósticos, pronóstico y progreso del tratamiento; c) el derecho al consentimiento informado, entendiendo que éste debe ser prerequisite para cualquier tipo de intervención médica y que incluye el derecho del paciente a rechazar un tratamiento, d) el derecho a la confidencialidad y a la privacidad, y e) el derecho a los cuidados y tratamientos adecuados, sin discriminación alguna.

¹⁵² Algunos códigos a citar, son *International Code of Medical Ethics* [NGO 1983]; *Declaration of Geneva* [NGO, 1948] que recoge parte del juramento hipocrático; *Declaration of Hawaii* [NGO 1977], de la Asociación Mundial de Psiquiatría.

¹⁵³ [ONU, 1966a, artículo 7]. Véase además, [ONU 1985].

Conclusiones

En Colombia se dan los requerimientos jurídicos para hablar de la salud como derecho. Por tanto, su exigibilidad es posible sin caer en posturas ingenuas. Amplia es la jurisprudencia constitucional que contradice buena parte de las actuales políticas de salud, lo que ha llevado al enfrentamiento reiterado entre la Corte Constitucional y las instituciones de salud (especialmente las EPS y el Ministerio de Salud). El avance de la salud como derecho se ve confrontado por argumentos, no del todo ciertos en el caso estudiado, como la limitación de los recursos, el texto de las normas infraconstitucionales, la política económica del Estado y, paradójicamente, hasta los derechos humanos de terceros.

Los países de América Latina muestran momentos más o menos compartidos entre sí del proceso de consolidación de su oferta de servicios de salud: en los años 70 hubo gran preocupación por el establecimiento de sistemas nacionales de salud; en los 80 y 90, por la necesidad de racionalizar el gasto y de abrir la oferta de servicios al sector privado a partir de referencia de dos modelos: el chileno y el colombiano, de modo que se permitía la entrada del mercado acompañada de una reducción del papel del Estado en la oferta de servicios.

Al mismo tiempo, los procesos democratizadores produjeron reformas constitucionales y/o nuevas constituciones que incorporaron, de manera novedosa, la noción de Estado social con el reconocimiento explícito de tales derechos, entre ellos, el derecho a la salud, de modo que se acentuó la tensión entre el Estado social y la ortodoxia económica.

Esa tensión entre los derechos humanos o, si se prefiere, entre el Estado social y el modelo económico tiene una expresión clara en la salud. En nuestros tiem-

pos, la salud se constituye en la promesa de la ciencia, una razón de ser del Estado social y un derecho fundamental con el correspondiente deber estatal. Es decir, una asignatura de la democracia. Pero el mismo modelo, en su desarrollo, plantea como opción presente disminuir el tamaño del Estado y una postura minimalista en materia de intervención estatal frente al mercado, en la que se incluye la oferta de la salud.

Entre 1991 y 2002 confluyeron en Colombia dos fenómenos que parecen incompatibles entre sí en materia del derecho a la salud: por un lado, el reconocimiento de la salud como derecho humano en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia constitucional y, por otro, la adopción de medidas económicas y políticas que significan un retroceso, o por lo menos un estancamiento, en términos del Estado social de derecho. Pero estas últimas medidas no afectan por igual a las personas, pues, como se demostró, el modelo tiene en el desarrollo legislativo de los servicios de salud un claro sesgo en su diseño: divide a la población de acuerdo con su capacidad de pago, ofrece mejores servicios al segmento que cotiza y servicios reducidos en contenido, alcances y calidad a aquel que no puede hacerlo y que es, precisamente, el más vulnerable.

La exclusión de elementos para los discapacitados, la exclusión de transplantes, la reducción al mínimo de los servicios de salud mental, el sometimiento de las posibilidades terapéuticas a listas cerradas hechas con criterios solamente económicos y las limitaciones de pruebas diagnósticas en la práctica, además de otras limitaciones, son situaciones que se agravan entre la población sin capacidad de cotización, cuya suma supera ya los 24 millones de personas, el 60,05% del total de habitantes del país.

La cobertura universal, gran promesa de la ley 100 de 1993 ante la que hubo gran consenso, aún no se consigue. Las cifras oficiales reconocen que el mandato legal de garantizar una cobertura con equidad en el año 2000 fue imposible de cumplir y dista mucho de conseguirse: hoy en Colombia hay más de 18 millones de personas, el 44,6% de la población, sin acceso a los servicios de salud. A eso se suman los mecanismos legales y extraleales que colocan por fuera de los servicios a personas discapacitadas, a portadores de VIH/sida, a pacientes terminales y a víctimas de las llamadas enfermedades catastróficas. También se excluye a personas desplazadas, que alcanzan ya los 2,7 millones.

Insistimos en que fueron las normas de salud, y no otros aspectos, las que generaron el modelo del servicio y determinaron que ese modelo fuera así, tanto por su contenido, como por sus sesgos, sus figuras abiertas y hasta por las prioridades que estableció el legislador. En términos generales, lo dice así García-Pelayo,

La finalidad no es extraña sino esencial a la norma y determinante de su estructura, pues la norma es, por definición, un *deber ser*, no un *tener que ser*, lo que quiere decir que entre las diversas regulaciones posibles se ha

elegido una y esta elección ha venido condicionada por la finalidad requerida y con arreglo a las posibilidades que ofrece la situación. Tal finalidad no queda al margen de la norma, sino inmersa en el contenido¹.

En el caso colombiano, apostar a favor de un modelo económico representó, además de las medidas económicas en sentido estricto, la organización institucional y jurídica que hizo posible adoptar tal modelo. Nos parece significativo que de los 132 decretos promulgados entre 1994 y 1996, sólo tres se dedicaran a promover la salud y prevenir las enfermedades. A partir de las resoluciones del CNSSS producidas en el período 1994-1998, se promulgaron 59 acuerdos sobre la gestión de los recursos financieros del sistema, pero ninguno se dirigió a los aspectos relacionados con el recurso humano en salud, aunque la situación lo exigía, ni al papel supervisor de la Superintendencia Nacional de Salud².

Así, la relación entre la norma y los servicios de salud no puede ser ni tangencial ni abierta a múltiples interpretaciones, al punto que pueda derivarse de ella una obligación para el médico y otra para el economista. Si eso es posible por falta de precisión en la norma, también es responsabilidad de la norma o, mejor, de quienes la diseñaron.

EL DERECHO A LA SALUD: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Retomemos el debate insistiendo en que cuando hablamos del derecho a la salud estamos no solo ante una noción moral sino también ante una realidad jurídica. Nuestro punto de partida está más allá de la ley de salud (ley 100 de 1993), en la Constitución colombiana.

Para facilitar la discusión, aceptemos que realizar los derechos económicos y sociales implica un hacer del Estado y que ese hacer exige una disponibilidad de recursos y unas políticas de materialización. De acuerdo con eso, los derechos se pueden aplicar de manera progresiva, sobre la base de la realidad objetiva de cada Estado, en la que la disponibilidad de recursos juega un papel importante. Así, la realización del derecho a la salud exige la disponibilidad de medios y el Estado está obligado a detraer estos medios de otras atenciones, no definidas como derechos, para dedicarlos a la salud.

Pero ese principio de aplicación progresiva es, desafortunadamente, el espacio en el que los Estados tratan de justificar su demora en la garantía de garantizar los derechos, pues la velocidad de esa aplicación progresiva queda reducida a la voluntad política de los Estados. Se ha extendido la práctica de restar responsabili-

¹ García-Pelayo [1984, 63].

² Observación hecha en Cardona y otros [1999, 39, 40 y 44].

dades al Estado con el argumento de que se carece de recursos y a esa práctica se agrega la idea de que los derechos mencionados son de 'segunda generación' (teoría de las generaciones que no compartimos) como si fueran de segunda clase. En el caso colombiano, es jurídica y financieramente posible hablar del derecho a la salud. Decimos que es posible financieramente pues, como se indicó, el 8,6% del PIB se dedica a actividades relacionadas con la salud (administración, intermediación, seguros, servicios médicos y hospitalarios, aportes, medicamentos y exámenes, entre otras). En el plano jurídico, lo dijo la Corte Constitucional:

El derecho a la salud es un derecho que debe convertirse en una realidad. Lo real es necesario, pero hasta lo agradable debe ser tomado de lo real. Proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es derecho constitucional fundamental inalienable. Por ello, efectivizar el derecho a la salud es un programa que vincula aquí y ahora a todas las ramas y órganos del poder público. El derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental en el Pacto Internacional de 1966, en cuyo artículo 12 consagra que los Estados partes reconocen 'el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' [...] El fundamento ideológico de los instrumentos internacionales es el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que señala que toda persona tiene derecho a la asistencia médica. En el artículo 49 [de la Constitución colombiana] se consagra la garantía de las personas en materia de salud. De allí se deriva no sólo el deber del Estado y la solidaridad de la comunidad, sino además, la obligación de los particulares de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad³.

Aunque existe, esta 'realidad jurídica' dista mucho de determinar la dinámica en los hospitales, aunque sí lo está por las normas que definen el sometimiento de los servicios de salud a la lógica del mercado. Y es entre esas dos tendencias normativas que se centra nuestro análisis.

Una ONG cita en un reporte sobre la situación de los servicios de salud en Colombia algunos casos tomados al azar:

CM, 20 años: intoxicación exógena. No es atendido por ser vinculado⁴. CM, 32 años, cuerpo extraño en ojo derecho. No es atendido por no estar afiliado. JJV, 3 años: síndrome de dificultad respiratoria. El médico tardó

³ Corte Constitucional: Sentencia: T-487, abril 11 de 1992, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Subrayamos que la categoría *vinculados* aparece en la norma para referirse, paradójicamente, a las personas no vinculadas al sistema de salud.

2 horas en verla porque [ella] no tenía dinero para pagar la hospitalización. JLV, 10 años, crisis epiléptica de repetición sin tratamiento. No le administran tratamiento hasta que no esté afiliada. MEV, 38 años: carcinoma uterino. Se niega morfina aduciendo que su enfermedad es muy larga. MF, 7 años: deshidratación severa. Enviada a su domicilio con Sales de Rehidratación Oral, pese a los vómitos⁵.

Otros testimonios registrados en la prensa dan cuenta de discriminaciones y negativas del servicio que reciben los usuarios⁶.

Cada uno de estos casos tiene, por lo menos, dos respuestas: una en la Corte Constitucional que, como vimos en su extensa jurisprudencia, entiende la salud como derecho. Otra, en las normas infraconstitucionales y en la interpretación que de estas hacen las instituciones de salud, en la que la financiación del sistema no es un medio sino un fin en sí mismo.

Ante esa esquizofrenia entre la norma y la realidad, se elaboraron, entre otras, dos respuestas que preocupan porque tuvieron eco y son incorrectas. La primera es la solución mediante un nuevo tipo de administración⁷ y la otra es la educación en salud como paradigma casi único para responder a los problemas de salud.

Para ilustrar más la segunda respuesta, citemos un estudio oficial que demostró que las causas más frecuentes de morbimortalidad infantil en Colombia a comienzos de los años 80 eran la diarrea aguda, la infección respiratoria aguda y las enfermedades inmunoprevenibles, entre otras. Un grupo de técnicos concluyó que había una asociación de las enfermedades con el comportamiento de las personas, pero poco se realzaron el suministro de agua potable, las condiciones de hacinamiento o la baja cobertura de los programas de vacunación⁸. Esta lógica hace que: a) la responsabilidad de la salud recaiga en las personas y en ningún caso en las condiciones ambientales, como lo advertimos en el marco conceptual; b) se reduzca el número de posibles acciones de prevención de la enfermedad y de promoción de la salud y se conviertan en cursos dirigidos a las comunidades sobre manejo del agua potable, aunque no tengan agua potable y c) se limite el deber del Estado a esas acciones, sin cambiar el entorno de las personas y se transforme el derecho en deber. Por el contrario, la Corte entendió el derecho a la salud no sólo como la oferta de

⁵ Quintana [2002, 27].

⁶ Entre otros, véase "Dramas de alto pagaré", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000; "Enfermedades que cuestan y duelen", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2000; "Usuarios y médicos denuncian", *El Tiempo*, Bogotá, 13 de octubre de 2001.

⁷ Véase en el capítulo 7 el apartado *El paradigma de la administración en salud*.

⁸ Minsalud y otros [1990a, 80].

servicios sino también como el suministro adecuado de agua potable, que puede ser, incluso, objeto de acción de tutela⁹.

Más allá de ese reduccionismo, buscado por algunos, la salud es un derecho y tiene como correlato un deber estatal, por razones de deseo moral pero sobre todo, por la argumentación jurídica ya presentada. Pero la posibilidad es además de jurídica, material: la salud en Colombia tiene recursos y no pocos; otro debate es el de cómo se distribuyen esos recursos, que es secundario para efectos de la aceptación de la salud como derecho.

Los problemas no provienen en su totalidad de la ley 100 de 1993, pues el nuevo sistema heredó prácticas de modelos anteriores. Estos problemas podemos verlos en cuatro esferas: a) la herencia nacional: corrupción, evasión de impuestos, burocracia, excesiva reglamentación, incumplimiento de la ley, etcétera; b) la herencia de los viejos modelos: el asistencialismo, la noción de caridad y la baja credibilidad en las acciones de prevención y promoción; c) los problemas derivados de la ley 100 de 1993, nacida en un marco de políticas a favor del mercado y cuyo desarrollo legal acentúa esa tendencia; y d) la aplicación de la ley: desarrollo de prácticas perversas apoyadas en la ley misma, interpretaciones amañadas de la norma, demora en la aplicación, etcétera.

Si bien no derivan de la norma, algunos fenómenos relevantes que se produjeron en relación directa con su aplicación durante el período analizado (años 90) son: a) pérdida de calidad en aras de la rentabilidad financiera, al punto que la carrera por los recursos ha desdibujado la razón de ser de los hospitales y generó, en los que se resistieron, cierres parciales o definitivos, caso del hospital pediátrico más grande de Bogotá; b) pérdida de la autonomía médica, con lo que se ataca la esencia misma del acto médico y cuyas consecuencias directas afectan el derecho a la salud; c) la flexibilización de las relaciones laborales en los servicios de salud, medida que acompaña las reformas que favorecen el mercado y que afectan sensiblemente la calidad de los servicios de salud: el 30% de los médicos colombianos derivan sus ingresos de otro tipo de trabajo, precisamente por la caída de salarios y la pauperización de condiciones laborales; d) la sobrevaloración de los mecanismos administrativos, en los que se depositan las esperanzas de adaptación y de supervivencia de los hospitales públicos; sin embargo, esos mecanismos son inútiles a la hora de responder por problemas que trascienden y sobrepasan a las respuestas gerenciales.

⁹ "El derecho al servicio alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1º (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela" [Corte Constitucional: Sentencia T-406, jun. 5 de 1992, MP: Ciro Angarita Varón].

Estos vicios, más otros no nombrados, hacen que el servicio de salud no produzca dinámicas nuevas sino que perpetúe formas de poder, de dominación y de exclusión. Como en otros países de la región, "en lugar de contribuir a una mayor justicia en la distribución, el sistema estatal de seguridad social reproduce la estructura social extremadamente desigual y la heterogeneidad estructural de las sociedades latinoamericanas"¹⁰.

Por eso, cuando decimos que el derecho a la salud es una asignatura pendiente, reconocemos que el derecho existe, que es viable, que hay recursos, pero que hay variables que se oponen, determinantes con poder que aplazan o evaden la realización del derecho.

LA REFORMA DEPENDE DEL MODELO ECONÓMICO DOMINANTE

Ya en 1995, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas expresó en su análisis del tercer informe sobre la situación colombiana su preocupación por: a) el aumento de la tasa de mortalidad infantil que aparece como una de las más elevadas de América del Sur; b) el fracaso en los programas desarrollados en la lucha contra la pobreza y c) "la aplicación y vigilancia de las medidas de salud y seguridad en el trabajo [que] no han llegado al nivel conveniente"¹¹.

Hay medidas recientes como la posibilidad de cobrar al Estado los costos de medicamentos no incluidos en los listados autorizados y los costos derivados de las sentencias de la Corte Constitucional que obligan a las EPS a prestar servicios por fuera del POS. Son medidas que, según las ONG de derechos humanos, aseguran un riesgo empresarial cero para las empresas de salud privadas y garantizan, gracias al subsidio estatal, su rentabilidad, sin que el sector privado participe de las pérdidas o de los riesgos del mercado.

Para los detractores de la tendencia predominante de la Corte Constitucional en relación con la salud, las sentencias proferidas y las interpretaciones hechas, constitucionales y legales, pervierten los mecanismos naturales del funcionamiento de una economía de mercado. Dicen ellos que sentencias constitucionales como las citadas a lo largo de este trabajo cambian el entorno jurídico de los negocios, entorno que debería ser el propio de una economía capitalista con democracia representativa liberal, que requiere, para que haya crecimiento económico, una clara definición de los derechos de propiedad.

Lo cierto es que ni la Corte Constitucional ni el mecanismo de la tutela lesionan el entorno jurídico. La inmensa mayoría de las sentencias de la Corte en

¹⁰ Stahl [1994, 51].

¹¹ Examen del Comité de DESC al tercer informe periódico presentado por Colombia [1995].

materia de salud se limitan a garantizar lo ya existente en el POS. La ministra de Salud Sara Ordóñez reconoció, citando una investigación del BID, que más del 80% de las tutelas reclamaban servicios que estaban dentro del POS¹². El otro 20% reclamaba servicios no incluidos en el POS, pero cuya demanda se hace alegando la vulneración de un derecho fundamental.

A nuestro juicio, lo que se vive en Colombia es más que la respuesta de un solo país a un problema coyuntural. Los modelos y los cambios en los modelos de salud en los años 70 y 80 y también en los 90 fueron determinados por dinámicas comunes a la mayoría de países de la región en las que pesaron de manera importante variables internacionales.

Hoy día, casi todos los debates sobre recursos y economía nos conducen a discutir sobre globalización. Así, cuando nos adentramos en el debate sobre los recursos en salud, el primer aspecto que se aborda es "la ausencia de 'verdaderas' teorías generales sobre la globalización"¹³. Pero si se limita el debate a la estabilización macroeconómica y al ajuste estructural en lo económico y a la modernización del aparato estatal en lo político¹⁴ se destacan las recomendaciones del Banco Mundial en materia de oferta de servicios de salud en el marco de tales reformas¹⁵.

Wallerstein afirma que no hay un desarrollo nacional independiente del funcionamiento del sistema mundial¹⁶. Eso también se vive en el diseño de modelos de salud, ya sea por experiencia acumulada en la formulación y desarrollo de modelos en otros países (el auge de la salud pública, la formación de sistemas nacionales de salud, etcétera) o por las demandas y/o presiones externas al sector salud. Por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo plantea que

los gobiernos deberían promover tipos de seguros médicos que establezcan una cobertura amplia de la población y que contenga a la vez mecanismos de pago para controlar el costo de los servicios de salud [...] deberían también fomentar un sector privado competitivo que suministrara toda la gama de servicios de salud, incluidos los financiados por el Estado¹⁷.

¹² Entrevista con la Ministra de Salud Sara Ordóñez, en: "Fuerte control anuncia la Ministra", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2000.

¹³ Garay [1999, 1]. El debate tiene aspectos económicos, políticos y culturales; detractores y defensores, y complejidades que sobrepasan los alcances de este texto. Resulta interesante, entre la abundante bibliografía disponible, citar el trabajo del Premio Nobel y ex-vicepresidente del Banco Mundial, Joseph Stiglitz [2002].

¹⁴ Sobre estas reformas, véase Ramos [1997, 15-38].

¹⁵ Banco Mundial [1993].

¹⁶ Citado en Garay [1999, 5].

¹⁷ BID [1991] citado por Sindess [1996, 29].

En 1980, el Banco Mundial empezó a conceder préstamos directos para los sistemas de salud y en 1983 se había convertido en una de las principales fuentes de financiamiento de los servicios de salud de los países pobres. Ya en 1987, esta entidad recomendaba una serie de medidas para la reorganización de los servicios de salud: a) trasladar a los usuarios los gastos en el uso de las prestaciones mediante el “cobro de aranceles [...] de servicios de salud”, b) ofrecer esquemas de aseguramiento para los principales casos de riesgo: “provisión de seguro u otra protección frente a riesgos”; c) utilizar en forma eficaz los servicios privados: “empleo eficiente de los recursos no gubernamentales”; d) descentralizar los servicios de salud gubernamentales¹⁸.

El modelo planteaba además la división entre unos servicios de naturaleza privada para quienes pudieran pagarlos y unos servicios públicos para las altas externalidades: el fundamento de dicha separación se encuentra en la teoría neoclásica de los bienes. Desde esta perspectiva, los bienes privados son aquellos que implican un beneficio individual diferenciado, por el que las personas estarían dispuestas a pagar. Los bienes públicos son solo aquellos que generan beneficios colectivos o altas externalidades y que, por lo mismo, deberían costearse con recursos públicos¹⁹.

El informe del Banco Mundial [1993] está destinado a formular recomendaciones dirigidas especialmente a los países de medianos y bajos ingresos, con el fin de rediseñar sus servicios de salud. Estas recomendaciones han sido posteriormente parte de las exigencias de la banca internacional a los países, para renegociar las deudas externas, así como de los requisitos para adquirir nuevos créditos²⁰ y se basan en pasos que explicaremos a continuación²¹.

El primer paso consistió en reforzar la noción del fracaso de lo público en la oferta de servicios (ineficiente e inequitativo) que, acompañado de la noción de que la salud corresponde al ámbito de lo privado, permite concluir que la mejor alternativa es la oferta privada de servicios; alternativa que además promueve el mito de la elección libre del médico tratante. Esto encajaba con las teorías que propugnaban por la reducción del Estado, el concepto de Estilos de Vida Saludables (punto desarrollado de nuestro marco conceptual), las reformas a los servicios nacionales de salud, la modernización de los ministerios de salud y la apertura de los servicios públicos a los oferentes privados. En la práctica, esta noción se ha alimentado de una corriente de opinión dedicada a resaltar los defectos de lo público y las ventajas de lo

¹⁸ Akin [1987]. Hay un resumen oficial en español preparado por la OPS en Banco Mundial [1989, 145-191].

¹⁹ Banco Mundial [1989, 147].

²⁰ Sobre la capacidad de la banca internacional para imponer las reformas y la lógica de la banca o, mejor, la ausencia de lógica, véase Stiglitz [2002].

²¹ Basado principalmente en Banco Mundial [1993].

privado. El Estado solo debe atender en salud lo que el sector privado no asuma. Y esa intervención del Estado debe someterse a criterios de alta efectividad y bajo costo.

El segundo paso fue desarrollar un nuevo indicador: Años de Vida Ajustados por Discapacidad, también llamado Años de Vida Saludables Perdidos (Avisa)²², pensado como una herramienta para planificar en salud. Este nuevo indicador, presentado por primera vez en el citado informe de 1993, se acompaña de la noción de Servicios Clínicos Mínimos²³. Estos servicios de salud esenciales estarían definidos, entre otras cosas, por criterios de coste/beneficio (en unidades monetarias), coste/efectividad (uso racional de recursos) y coste/utilidad (Años de vida ajustados por calidad).

En relación con los Avisa, es necesario precisar que en el cálculo del valor de un año de vida saludable "se ha optado por privilegiar el valor de la vida de aquellas personas que tienen a su cargo otras personas" y que la edad de más valoración es 25 años, dice el Ministerio de Salud de Colombia²⁴. Esta curva de años/valor encaja con la edad productiva de las personas. Ahora bien, el criterio de invalidez o de pérdida de vida en términos de pérdida de la capacidad productiva de las personas, sumado a la valoración de la vida según una edad preestablecida, hace pensar en el nuevo rol del sistema de salud en el marco de la lógica del mercado: renuncia como protector de los menos favorecidos y retorna a lo que ya Marx llamaba *el papel reparador de la mano de obra*²⁵.

Los servicios clínicos mínimos permitieron avanzar en la formulación de listas cerradas (catálogos de prestaciones) de servicios y listados de medicamentos que, por su costo, podrían contribuir a la racionalización de los recursos en salud. Es decir, el Estado debe abstenerse de entrar en gastos de medicamentos y de procedimientos cuya justificación para hacer o no parte del paquete de servicios mínimos recomendado era su costo económico, pues "el número de grupos de intervenciones dependerá de los recursos financieros"²⁶.

²² Los Avisa contemplan cuatro variables: a) tiempo perdido por una muerte prematura, b) valor de un año de vida saludable según la edad, c) preferencia social por el tiempo y d) ponderación de la incapacidad. Para la versión colombiana de los Avisa, véase Minsalud [1994c].

²³ Hanson [2000].

²⁴ Minsalud [1994c, 8 y 9]. Otro análisis en el mismo sentido sobre el período 1985-1995, se encuentra en Minsalud [1999, 51-52].

²⁵ El derecho a la salud sería pues como el salario. Marx dice: "las necesidades del trabajador se reducen solamente a la *necesidad* de mantenerlo *durante* el trabajo de manera que no se *extinga la raza de los trabajadores*. El salario tiene, por tanto, el mismo sentido que el *mantenimiento*, la *conservación* de cualquier otro instrumento productivo [...]. El salario del trabajador pertenece así a los *costos* necesarios del capital y del capitalista, y no puede sobrepasar las exigencias de esta necesidad" [Marx 1974, 124].

²⁶ Banco Mundial y FMI, citado por Síndess [1996, 49].

El tercer paso fue apoyar el desarrollo de herramientas de gerencia en salud que harían que los hospitales de los países pobres, aun los públicos, y en circunstancias de desabastecimiento de recursos fueran rentables. Esta noción, muy difundida en toda América Latina, permite afirmar que el problema central de las crisis hospitalarias y por ende de los sistemas de salud es que las formas de administración de lo público, en este caso de los servicios de salud, son *per se* ineficientes y que la solución es adoptar políticas de administración hospitalaria con indicadores y procesos propios de la empresa privada.

El cuarto paso fue establecer políticas financieras tendientes a la autofinanciación de los servicios de salud, en un contexto de reducción progresiva de recursos estatales para la salud y de establecimiento de formas de pago directo y/o de formas compartidas de financiación (por parte del usuario de los servicios), adicionales al pago de las cotizaciones de rigor. Con tal fin, aparece un intermediario en la oferta de servicios, encargado de recolectar las cotizaciones y de contratar servicios. Esto generó dos dinámicas: la selección adversa de pacientes y la evaluación de la calidad con énfasis en los servicios hoteleros, en detrimento de las investigaciones sobre las condiciones de salud de la población. La selección adversa, además de lo dicho sobre poblaciones precisas, se observa entre diferentes grupos: el de personas menores de un año, el de las que tienen entre 5 y 14 años y el de mayores de 60 años, que registran una afiliación menor de su participación en el conjunto de la población colombiana²⁷.

Los intermediarios (EPS, en el caso colombiano), favorecidos por el modelo de salud predominante, excluyen de sus servicios las enfermedades que acarrearán gastos no rentables, las llamadas enfermedades catastróficas y las enfermedades terminales. Para las demás enfermedades, el usuario cofinancia, más allá de su cotización mensual, la prestación de servicios. Esto se hace en un marco estrecho de servicios y de una práctica de exclusión tanto de patologías costosas, como de personas de alto riesgo: ancianos y gente sin capacidad de pago y con condiciones de salud de difícil manejo (áreas rurales, por ejemplo), cuyos gastos en salud deberá asumir entonces el Estado.

Otras recomendaciones generales del Banco Mundial que tienden a abrir los mercados han producido la desregulación del mercado laboral en la región. La flexibilización de las relaciones laborales tiene varios impactos directos en el sector salud: a) en un sistema bismarkiano basado en las cotizaciones de los trabajadores antes que en la cobertura universal, la pérdida de empleos implica la pérdida de personas que cotizan al sistema y por tanto la pérdida de recursos; b) la caída general de salarios implica la disminución del monto total de la recaudación por cotizaciones al sistema de salud; c) la caída del poder adquisitivo y el aumento del empleo informal

27

Cardona y otros [1999, 62].

implica de manera directa una disminución en la calidad de vida, hecho que se refleja en los niveles de nutrición y en el aumento de las demandas en salud; d) las nuevas políticas laborales producen un efecto en el mercado laboral del personal de salud.

En América Latina, las recomendaciones del Banco Mundial han sido más o menos homogéneas para todos los países. Además, los gobiernos las han incorporado como parte de las reformas para alcanzar, en lo económico, la estabilización macroeconómica y el ajuste estructural y para lograr en lo político la modernización del aparato estatal. El impacto buscado con los nuevos modelos de salud es similar a lo ocurrido en Colombia²⁸, si bien con desarrollos menores, pero en la misma dirección²⁹. Este país se considera líder en el proceso y un ejemplo a seguir en la región³⁰.

Las reformas económicas en América Latina se caracterizan por a) la liberación de precios, b) la tendencia a la desregulación de los principales mercados, inclusive el laboral y el de capitales; c) la eliminación de subsidios, d) la búsqueda del equilibrio fiscal, e) la eliminación de barreras no arancelarias, f) la eliminación de aranceles aduaneros y g) la privatización de empresas públicas³¹. A la vez, la política social en el marco de las reformas promercado se centra en tres estrategias: focalización, descentralización y privatización³², que incluyen la disminución del gasto público y el pago diferido de la deuda externa. Esto implica una disminución en la oferta de empleo, recorte a los programas propios del Estado Social (salud, educación, vivienda), privatizaciones, desindustrialización, despidos masivos, eliminación de subsidios, etcétera³³.

Por esto, la causa real de los nuevos modelos no era la búsqueda de la salud sino el control del gasto público y la conversión de la salud en un producto del mercado. Luego del fracaso de la aplicación de medidas a favor del mercado de manera extrema en el sistema de salud chileno durante la dictadura de Pinochet y con el inicio del proceso de transición política en Chile se empezó a perfilar un modelo de sistema, para América Latina, que conjugaba un discurso ideológico promercado, una presentación política aceptable, un marco jurídico proteccionista, un modelo de financiación por aportes, mecanismos de participación comunitaria, conjugación de sistemas público y privado de salud, procesos de descentralización, focalización y privatización.

28 Guzmán y Redondo [1999, 135-143].

29 Esta fue una de las principales observaciones y conclusiones del Seminario Internacional "El derecho humano a la salud. Retos del nuevo milenio", realizado en Caracas, Venezuela, con la participación de ONG de Chile, Ecuador, Venezuela, Colombia y Bolivia.

30 "Fase crítica", *Revista Dinero*, núm. 145 (Bogotá, 9 de noviembre de 2001).

31 Ramos [1997, 16].

32 Ahumada [1998, 15].

33 Véase Stahl [1994, 48-71].

Según la OPS, en materia de salud,

23 países tienen políticas de descentralización gerencial; 22, de seguro nacional de salud; 18, de recuperación de costos; 17, planes básicos de atención; 15, nuevas formas de contratación; 14, descentralización financiera; 11, gasto público focalizado; 10, autonomía hospitalaria; el mismo número, privatización selectiva, y 6, políticas de medicamentos³⁴.

Esta tendencia, vigilada muy de cerca por la banca internacional, dio a luz en el caso colombiano al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en 1993. Este sistema se ofrece ahora como paradigma a otros países de la región en los que es común:

- La disminución de la inversión y del gasto estatal en salud, a la vez que se estimula el desarrollo de la medicina prepagada y luego su incorporación en condiciones favorables al sistema, de manera que se desplaza el servicio público de las franjas de población con capacidad de pago.
- El aumento del interés y de las inversiones en salud de parte del sector financiero nacional e internacional, a la par que se encarecen los servicios en esta área, en el marco de la medicina defensiva y de los monopolios farmacéuticos.
- La justificación de racionalizar el gasto en salud con el argumento de la falta de presupuesto, al tiempo que se invita a realizar reformas administrativas en los servicios. Eso produce descapitalización de la red pública de salud, mediante recortes de presupuesto y demora en los desembolsos.
- El establecimiento de sistemas de pago de servicios en dos vías: a través de una cotización y a través de un mecanismo de copago. Es decir, se combina una relación solidaria (la cotización) con un cobro individualizado en el momento de la prestación de los servicios (el copago).
- El culto a la gerencia, que implica, además de la implantación de la tecnocracia como discurso, la inserción de indicadores de gestión, formas gerenciales por resultados, políticas de evaluación de personal desde la utilidad económica y un largo etcétera. Más que una nueva idea sobre dirección hospitalaria, esto significa el cambio hacia una concepción del hospital como una empresa.
- La colocación de los servicios costosos (enfermedades catastróficas) en la esfera de lo privado, mediante contratos (como en Chile) o por exclusión explícita en la norma (caso Colombia). Esos servicios quedan sujetos a los parámetros del mercado.

34

OPS, citado en Jaramillo [1998, 4].

- La flexibilización de políticas laborales, en el contexto del nuevo sistema: “las diferencias excesivas entre las remuneraciones del sector público y las del mercado impiden mantener y atraer a los profesionales de mayor calificación, creatividad y eficacia”. Por ejemplo, de acuerdo con el indicador días/cama es menor el pago de honorarios médicos en el sector público, con lo que este sector pierde en calidad de oferta de servicios. A ello se suman males endémicos como el ausentismo laboral y el bajo nivel de rendimiento³⁵.
- La neutralización de los trabajadores de la salud como grupo de presión, tanto en el gremio médico como en los trabajadores de base. Con eso se puede hacer el diseño de un modelo de salud sin tener en cuenta sus puntos de vista y además se prepara el terreno para una flexibilización de las relaciones laborales en los servicios de salud.

Así, el sistema público transita entre su deber de garantizar un derecho constitucional³⁶ y la necesidad de asegurar su supervivencia mediante procesos administrativos y financieros, en un contexto adverso por la reducción del gasto social, de búsqueda de autonomía administrativa de los hospitales y, en general, de disminución del papel del Estado social. Mientras se obliga al sector público a obedecer a unos criterios de solidaridad, esa obligatoriedad no tiene el mismo peso para el sector privado, cuya naturaleza precisamente es, más que la solidaridad, el lucro.

Por último, contrario a la idea de que la decisión racional acompaña la formulación de la nueva administración en salud y de políticas públicas, el impulso moral es un factor determinante en las decisiones de las personas. Para Cotarelo, hay dos elementos que cuestionan la teoría de la decisión racional: la ética y la estética. Además, presenta limitaciones de aplicación “a contextos de interacción con importantes zonas de incertidumbre”³⁷, como en el debate que nos ocupa.

Aplicada al sector salud, la lógica del comportamiento humano basado en la decisión racional generaría prácticas contrarias al objetivo que persigue la salud como derecho humano:

Cuando un usuario se comporta estrictamente como agente racional de mercado, tiende a eludir los costos y obtener los mayores beneficios. Si es trabajador independiente de altos ingresos, trata de aportar lo mínimo para obtener lo máximo. Dado que el asegurador conoce tal expectativa y también se comporta como agente de mercado, le ofrece a este usuario un

³⁵ Sojo [1996a, 132].

³⁶ Para ver los importantes avances en materia del derecho a la salud en el derecho constitucional de América Latina, consúltese OPS y OMS [1989].

³⁷ Cotarelo [1990b].

mecanismo de elusión de sus aportes al sistema, al tiempo que le vende un seguro privado con mejores beneficios y mayor calidad. Lo segundo resulta más barato para el usuario que hacer los aportes legales, pero produce una descompensación financiera de grandes magnitudes en todo el sistema. En el otro extremo, el ofrecimiento de un subsidio para los que no puedan pagar genera otro tipo de problemas. Quien crea no poder hacerlo, tratará de obtener el subsidio, aún sabiendo que dio una información falsa. Como agente racional de mercado, a este usuario no le importa si excluye a alguien más pobre que él. Simplemente está tratando de obtener el menor costo con el mayor beneficio. Entre tanto la lucha por el subsidio genera fracturas en el tejido social, que van en contra de cualquier tipo de solidaridad. Igualmente, cuando un médico declara que está haciendo un buen negocio con cada procedimiento puede llegar a la quiebra por el simple desprestigio social. O cuando atiende estrictamente a la racionalidad de los costos para obtener la máxima rentabilidad, siguiendo la presión de gerentes o administradores, puede desatender las necesidades de cada paciente y rebajar peligrosamente la calidad de la atención. No obstante, se estaría comportando como un agente racional de mercado³⁸.

En otros países, en cambio, la elección colectiva ha permitido preservar garantías y servicios para beneficio de la población a través del freno reformas favorables al mercado³⁹. Eduardo Céspedes, director de postgrados de administración en salud de la Universidad Javeriana, afirma que el mercado no debe regular los servicios en salud, ya que la salud no cumple con los supuestos necesarios para hablar de un mercado perfecto: no hay simetrías en la información, proveedores y clientes no tienen la misma información y las EPS y los clientes las tienen a niveles distintos; no hay independencia entre la oferta y la demanda, de modo que la primera puede inducir a la segunda; además, la salud tiene muchas externalidades, pues no hay competencia perfecta y se presentan oligopolios y monopolios⁴⁰. En general, la teoría de los mercados perfectos no se aplica a la realidad y desconocer esta verdad, ampliamente demostrada, ha significado el fracaso de muchos de los programas del FMI⁴¹.

Cuando decimos que la reforma en salud en Colombia depende del modelo económico predominante, queremos decir que el diseño y la argumentación de la formulación jurídica obedecen más a las recomendaciones del Banco Mundial que a

38 Hernández [2000, 154].

39 Esto es, en parte, lo que se observa, en el caso de las reformas en salud de Canadá, Holanda, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia y Suecia. Véase Immergut [2000].

40 Citado en "Los retos de la seguridad social del 2000", *Seguridad Social al día* (Bogotá, octubre 1998).

41 Véase Stiglitz [2002].

las necesidades en salud. Y que ese modelo se ha probado en Chile, se ha mejorado en Colombia y se impone, con más o menos desarrollo pero con la misma lógica, en otros países de la región.

RECOMPOSICIÓN DEL DERECHO MEDIANTE ACCIONES JURÍDICAS

Comencemos por recordar los debates que hubo hace unos años en el Ministerio de Salud de Colombia, en la División de Atención a la Comunidad, sobre la tensión entre la nueva ley de salud (aprobada con mucho triunfalismo) y las nociones sobre derechos humanos que empezaban a tener quienes acudían a los servicios de salud. Entonces era de mal gusto y se calificaba como poco diplomático reconocer tal tensión y mucho más grave, alimentarla. Esa División invitó a realizar talleres sobre el tema en comunidades indígenas, lo que permitió empezar a dibujar un mapa de los problemas de concepción de la ley de salud⁴².

Por razones relacionadas con los servicios de salud, las acciones de tutela en todo el país se multiplicaron con la misma celeridad con que decrecía el entusiasmo por la regulación de tales servicios. Eso mostraba varias cosas: a) la ignorancia sobre los servicios de salud, compartida entre sus usuarios y sus oferentes; los límites de la ley y el alcance real de la acción de tutela; b) las tensiones reales que esto generaba, más allá de lo anecdótico, a todas las personas e instituciones involucradas en la prestación de servicios de salud y que cuestionaban la coherencia entre el sistema de salud y la Constitución.

Las publicaciones sobre el tema se volvieron cotidianas. El país se llenó de documentos muy poco profundos, escritos desde diferentes ángulos (jurídicos, financieros, políticos, sociológicos) y al servicio de tantos intereses como partes tiene el sistema. Cifras parciales y reglamentos temporales eran (y son) la constante. A la discusión se sumaron organizaciones de derechos humanos con sus materiales. Llegaron la Defensoría de Pueblo y otras instituciones que promovieron o usaron directamente el amparo constitucional para forzar la obtención de servicios de salud.

La principal defensa de la tutela, más allá de lo novedoso del mecanismo para la sociedad, fue la reivindicación que buscaba el texto constitucional de 1991 y en la que muchas personas han puesto sus esperanzas. La tutela como tal representó (y representa) un mecanismo de control del ciudadano sobre el legislador y de exigencia de aplicación de la norma. La nueva Constitución, la tutela y la creación de un

42

En julio de 1996 se realizaron los primeros talleres sobre el derecho a la salud con comunidades indígenas en el departamento del Cauca. En esa ocasión, aunque de manera más superficial y fragmentaria, el autor presentó un esquema de abordaje como el que desarrolla esta tesis.

tribunal constitucional (Corte Constitucional) constituyen la tríada que hizo posible hablar del derecho a la salud, reclamarlo ante el juez constitucional y obtener respuestas oportunas sobre él⁴³. Dice Rubio:

ninguna norma puede interpretarse aislándola de la Constitución. Al Juez corresponde, sin embargo y sobre todo, la tutela de los derechos fundamentales que brotan inmediatamente de la Constitución, y esta tutela la tiene incluso frente al legislador. Recurriendo al tribunal constitucional cuando este exista y erigiéndose pura y simplemente en defensor de la constitucionalidad mientras no exista⁴⁴.

Esa apropiación de la Constitución afirma su condición de norma de normas y de su legitimidad⁴⁵. Esto no contradice la necesidad legislativa que hay en el caso de los derechos que no brotan directamente de la Constitución, aquellos que requieren un desarrollo legal que determine los recursos humanos, materiales y organizativos que se han de dedicar para realizar ese derecho, sino que fija en la Constitución el camino al legislador democrático para el mencionado desarrollo legal.

En el año 2000, el 46,62% de las solicitudes de protección de derechos que recibió la Defensoría del Pueblo, se relacionaba con el derecho a la salud⁴⁶. Para la fecha 4 de abril de 2002, el número de tutelas relacionadas con salud igualó a las de todo el año 2000 y significa un poco más de la tercera parte de las registradas en los 12 meses de 2001⁴⁷. La crisis económica de 1999 y las medidas tomadas por el Estado lesionaron derechos sociales (trabajo, educación y salud), que fueron precisamente los más reclamados por acción de tutela en ese año, en comparación con 1998, año en que los derechos más tutelados fueron la igualdad y el derecho de petición⁴⁸. Incluso, el programa económico que el gobierno presentó a finales de

⁴³ Sobre la acción de tutela y sobre su uso en Colombia, véase Defensoría [1996a] y De Sousa y García [2001, 423-442].

⁴⁴ Aunque la noción de tutela no es exactamente la misma en España y en Colombia, la cita sigue siendo afortunada, pues plantea en esencia la misma idea. Véase Rubio [1993, 97].

⁴⁵ El mismo Rubio cita a otros en la noción de que "las leyes sólo se convierten en tales [...] cuando son interiorizadas por sus destinatarios" para referirse a la Constitución española [Rubio 1993, 127].

⁴⁶ Véase Defensoría [2001].

⁴⁷ "Sector salud en peligro por avalancha de tutelas", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

⁴⁸ Esto no significa que todas se hallan aceptado. Según datos de la Corte, por ejemplo, la sentencia fue negativa en el 68% de las tutelas presentadas durante 1994; actualmente esta cifra está alrededor del 56%. Véase "'Boom' de tutelas a causa de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de enero de 2000.

2000 fue literalmente desarmado por sentencias de la Corte Constitucional que impidieron su aplicación⁴⁹.

Las situaciones más frecuentes en las que se presentan acciones de tutela relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Colombia son: a) para obtener servicios a los que el afiliado tiene derecho pero que el asegurador demora o niega injustificadamente; b) para obtener beneficios por fuera de los planes (POS-C y POS-S), c) para obtener beneficios dentro o fuera de los planes, pero suministrados por proveedores por fuera de la red propia o adscrita al asegurador; d) para obtener beneficios sujetos a períodos mínimos de cotización, cuando el afiliado reclamante no los ha cumplido; e) para obtener beneficios cuando por mora patronal el afiliado se encuentra suspendido o su afiliación ha sido cancelada⁵⁰.

La Corte Constitucional unificó la jurisprudencia sobre temas de salud (derecho a la vida y la salud, preexistencias, medicamentos, equilibrio financiero del sistema, relación entre el Estado y las entidades privadas, ingreso al sistema y parafiscalidad de las contribuciones) en el sentido del derecho que hemos defendido aquí⁵¹. En 1996, fruto de las sentencias de la Corte Constitucional, el CNSSS aprobó la inclusión de los medicamentos para el sida en el POS. En 1997, el CNSSS amplió por la misma razón la lista de medicamentos.

Luego, la Corte Constitucional ordenó "al Ministerio de Hacienda que se entreguen las sumas debidas a la subcuenta de Solidaridad, como lo ordenan la ley 100 de 1993, artículo 221, y la ley 344 de 1996"⁵². Con esta medida, el Estado cumpliría con el texto inicial de la ley, se garantizaría la estabilidad financiera del sistema y se restablecería el mecanismo del *pari pasu*. Tres años más tarde, la Corte ordenó nuevamente esta medida al tiempo que declaraba inexecutable el artículo 34 de la ley 344 de 1996, que buscaba racionalizar el gasto público⁵³.

Por otra parte, las EPS y ARS pueden repetir contra el Estado en los casos en que, por vía de tutela, estén obligadas a prestar servicios que no contemplaba en principio la ley 100, pues la Corte considera que esas entidades participan del sistema de salud con normas claras. Esas acciones significan que se les exonera del principio de solidaridad con la sociedad. También implican que se perpetúa su funcionamiento en las reglas del mercado, en el sentido de que están exentas de

⁴⁹ Para este debate, véase "¿Aquí quién manda?", *Semana*, núm. 965. Bogotá, 3 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Minsalud y otros [2001].

⁵¹ Corte Constitucional: Sentencia SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁵² Corte Constitucional: Sentencia SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ Corte Constitucional: Sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

riesgos gracias a que el Estado subsidia los gastos en los que incurren estas empresas por fuera del plan de salud, así sea para proteger un derecho fundamental.

Por la vía de repetir contra el Estado, las EPS recuperaron los gastos en que incurrieron por tutelas. En 1999 se recibieron 541 demandas de las empresas de salud contra el Estado, por servicios en salud ordenados por el juez constitucional. Se admitieron 235, con un costo para el Estado de 4.801,2 millones de pesos. En 2000, se presentaron 1.191 demandas y se admitieron 355, con un costo de 8.427,9 millones de pesos, casi el doble del año anterior. Para 2001, las cifras preliminares, a junio, mostraron 622 demandas y 252 admitidas, con un costo de 2.534,9 millones de pesos⁵⁴. Cifras consolidadas para 2001 señalan 679 tutelas aceptadas, por un valor de 6.387,7 millones de pesos⁵⁵.

A pesar de que pueden cobrar al Estado los gastos en que incurren por órdenes del juez constitucional, las EPS insisten en el peligro que la tutela representa para el sistema de salud. La prensa recoge varias declaraciones: un delegado del Ministerio de Salud planteó que “el sistema puede quebrarse en cualquier momento” e insistió en que “es necesario revisar la acción de tutela en salud mediante una ley estatutaria, ya que los jueces desconocen que los recursos del sector son limitados y no alcanzan para satisfacer todas las necesidades de la población”. Óscar Emilio Guerra, presidente de Acemi, gremio de las EPS, pidió de nuevo una ley estatutaria que frenara la tutela: “para calmar los dolores de unos pocos se sacrifica la atención en salud de muchos colombianos, con el agravante de que eso conduce a la quiebra del sistema”⁵⁶.

Según el director de un hospital,

semanalmente recibimos cinco, diez y hasta doce tutelas, algunas justas desde el punto de vista individual. La tutela falla el caso individual. Pero, ¿cómo hacer que el derecho a la salud y la vida de uno no afecte los mismos derechos de los otros? Se le tiene que dar equis antibiótico o estos insumos a un paciente, cuyo tratamiento vale 200 millones [de pesos], cuando yo tengo un presupuesto total para medicamentos de 600 millones. Entonces tengo que ordenar que no despachen medicamentos de la tutela a cuidados intensivos y sala de partos, por ejemplo⁵⁷.

⁵⁴ Minsalud y otros [2001].

⁵⁵ “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

⁵⁶ Citados en “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

⁵⁷ Entrevista con el director del Hospital Universitario del Valle, en “El HUV no se puede cerrar”, *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.

La sentencia de tutela se produce algunas veces demasiado tarde y cuando el juez constitucional la emite, ya la persona que se buscaba amparar ha muerto⁵⁸.

Los defensores del sistema insisten en el mismo sentido:

la acción de tutela representa dos importantes desafíos a la viabilidad financiera del sistema: por una parte, los costos adicionales que representan la prestación de servicios no-POS y su consecuente apertura de una expectativa de plan de beneficios ilimitado [...]; y por otro lado, los recaudos no percibidos por el incentivo al comportamiento de polizón y cuyo monto no ha sido estimado⁵⁹.

Otros consideran que “tal como está planteada la protección de los derechos individuales a partir de las interpretaciones actuales de la Constitución, el sistema de salud no será viable en el mediano plazo”.⁶⁰ Unos últimos reconocen el problema:

lo que hay entonces es una discusión de fondo entre los principios constitucionales, el POS y la reglamentación legal. Las tutelas se han encaminado a vulnerar lo que está consagrado en el POS y, en ese contexto, el sistema se está desequilibrando⁶¹.

El presidente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, Juan Carlos Giraldo,

recordó un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo que concluyó que en 1999 el 95% de las tutelas tuvieron que ver con la negación de servicios por parte de las EPS, a los que tenían derecho sus afiliados. Además, agregó, es muy difícil pensar que el Fosyga, que este año presupuestó 1,75 billones de ingresos, se vaya a quebrar porque tenga que pagar 14.500 millones de pesos —el 0,8% del total— para atender tutelas⁶².

Sin duda, la recomposición del derecho mediante acciones jurídicas no significa una amenaza a la viabilidad del sistema mismo, como lo sostienen las empresas privadas de salud.

Ante todo esto, el Estado presenta proyectos de ley (como los mostrados de 1999 y de 2002), interpretaciones restrictivas de la norma con el apoyo de las EPS

⁵⁸ “Los muertos del Seguro Social”, *El Espectador*, Bogotá, 10 de diciembre de 2000.

⁵⁹ Minsalud y otros [2001].

⁶⁰ Castaño [1999, 7-13].

⁶¹ Declaraciones del presidente de Colmena, EPS privada, citadas en “La Ley 101 nos está desangrando”, *Seguridad Social al día*, (Bogotá, abril 1999).

⁶² Citados en “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

y, últimamente, el deseo explícito de reformar la acción de tutela y la Constitución. Así lo manifiesta el actual presidente de Colombia Álvaro Uribe Vélez, quien en su época de parlamentario fue quien presentó el proyecto de ley 155, conocido más tarde como ley 100 de 1993.

El actual ministro del Interior dijo que “no habrá tutelas para derechos económicos y sociales, solo para los fundamentales” (sic)⁶³. Curiosamente, el sentir general de la población colombiana, con respecto a la Constitución de 1991, es que sus grandes logros son precisamente la tutela y la creación de la Defensoría el Pueblo y de la Fiscalía General⁶⁴.

Incluso, la tutela obligó a impartir educación en derechos humanos en las instituciones en salud. La más grande EPS del país, el Instituto de los Seguros Sociales, ISS, ha tenido en su contra numerosas sentencias de la Corte, al punto que esta hizo un llamado por la situación general en relación con las políticas y prácticas desarrolladas por el ISS, con lo que se le obligó a recibir enseñanza en derechos humanos⁶⁵:

La pedagogía constitucional no es un castigo, es una obligación darla y recibirla. Y si los hechos demuestran que una Institución ocupa el primer lugar como violadora de los derechos fundamentales, está trastocando la esencia del derecho a la seguridad social, queda la impresión de que los funcionarios desconocen los principios y las normas que se refieren a los derechos fundamentales, luego la pedagogía constitucional se torna en una necesidad. La Corte Constitucional ha detectado que contra el ISS hay permanente y masiva presentación de tutelas, luego la solución no se puede limitar a la protección de los solicitantes, sino que debe también orientarse a señalar pautas para que cese ese estado de cosas inconstitucional y un mecanismo para lograrlo es la pedagogía constitucional⁶⁶.

⁶³ Véase “El Gobierno buscará quitarle alcances a la tutela”, *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2002.

⁶⁴ Una encuesta mostraba que sólo el 12% de las personas cree que la tutela no había servido para nada, mientras un 88% cree que ha tenido un funcionamiento positivo (63%) o regular (22%). “Encuesta raja a la Constitución”, *El Tiempo*, Bogotá, 4 de julio de 2001.

⁶⁵ Ya en la Sentencia T-365 de 1999, un juez constitucional había ordenado “que la Defensoría del Pueblo dicte un ciclo de conferencias sobre derechos fundamentales a los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, a aquellos funcionarios que tengan que ver con seguridad social en salud”, pero tal orden no se acató, por lo que la Corte profirió una nueva en el mismo sentido. Corte Constitucional: Sentencia T-365 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

El balance general de logros por vía de amparo constitucional es importante, pues rompió el mismo marco de la ley 100 de 1993, incluyó nuevos medicamentos, posibilitó la eliminación de exclusiones, cuestionó las barreras financieras para el uso de servicios y, lo más importante, infundió una noción de derecho entre los usuarios. Incluso, la modificación de la ley 100 a través de demandas de inconstitucionalidad permitió recuperar importantes recursos que el gobierno quería eliminar del sector salud.

LOS RECURSOS: MENOS EN LA EQUIDAD, MÁS EN LA EFICIENCIA ECONÓMICA

Sin duda, no se puede desconocer la importancia de los recursos existentes en la definición de un sistema de salud y se requiere que esos recursos tengan un uso adecuado. Pero también se necesita distinguir entre la eficiencia técnica, la económica y la eficiencia distributiva.

La eficiencia técnica es “la mejor manera como tecnológicamente se pueden hacer las cosas para obtener resultados óptimos sin considerar su precio”. Se habla de eficiencia económica cuando un productor escoge la combinación más barata de insumos para producir un bien o un servicio, cuando se hacen las cosas de la mejor manera por un precio más bajo; la eficiencia distributiva alude al nivel de satisfacción o bienestar logrado⁶⁷.

Volvemos a un punto central del debate: la pregunta por el mejor camino para garantizar la eficacia y la calidad. Luego de revisar las reformas en salud en varios países de la Unión Europea, Immergut concluyó que,

A pesar de la retórica de la competencia y de los mercados, todavía no existe ningún ejemplo convincente de una nación que haya reducido sus costes sanitarios y mejorado la eficacia por medio de la supresión de regulaciones privatizaciones o estímulos de obtención de beneficios. La competencia trae consigo la duplicación de los servicios y una carga de riesgos. Las instituciones establecidas de administración de la sanidad, los que la administran y el público han luchando contra ellos. No sólo es confusa la definición de eficiencia en sanidad, sino que la entrada del gobierno en el área de la sanidad se ha producido porque los mecanismos de mercado han demostrado ser incapaces de solucionar las necesidades de la sanidad. Las necesidades sanitarias no se traducen necesariamente en demandas efectivas del mercado⁶⁸.

A inferencias semejantes llega Hsiao y explica que los países desarrollados contaron con mecanismos de naturaleza estatal para desarrollar servicios de salud más o me-

⁶⁷ Giedión y otros [1999, 32]. Además, Castaño [2001, 4-7].

⁶⁸ Immergut [2000, 71].

capacidad [de cotización y/o de aporte], a cada quien según sus necesidades [en salud]". Pero esa lógica es incompatible con la del mercado. Otros, como dice Hernández, suponen falsamente que

el asunto se reduce al debate técnico que lidera la economía de la salud, dado que ésta es la disciplina por excelencia dedicada al mejor manejo de recursos escasos. Una vez se encuentre el modelo ideal, sólo es cuestión de aplicarlo, como parece ser el caso colombiano [...] ⁷⁴.

Lo anterior desconoce las variables que existen en la realidad y que la diferencian del modelo virtual. Dice, por ejemplo, el ex viceministro de Salud, Juan Pablo Uribe: "La ley 100 es ahora un ejemplo en otros países, no necesita muchas modificaciones, lo que el sector requiere es que las leyes se cumplan" ⁷⁵.

Con la cifra de pobres, que son el 60% de la población, las posibilidades de aporte de los beneficiarios al Sistema de Salud son mínimas; con el aumento de la economía informal y los contratos temporales el número de cotizantes disminuye; todo esto, sumado a la disminución de los aportes del Estado, precipita las crisis de los sistemas públicos de salud. Además, la concepción de los aportes se basa en el 12% del salario, lo que implica que cotizan sólo quienes tienen un contrato laboral y que sus aportes, aunque permanecen estables porcentualmente año tras año, tienden a disminuir en números absolutos por la inflación y por las políticas para su control a partir de la congelación de salarios ⁷⁶.

Es decir, el financiamiento del sector público y por ende su supervivencia se atan a la venta de servicios: Esto obliga a los hospitales públicos a caer en sistemas de competición que se materializan en las formas de contratación del personal de salud, baja calidad de los servicios, disposición de poco presupuesto para el mantenimiento de equipos e instalaciones (desequilibrio financiero para favorecer el gasto a expensas de la inversión) y selección de pacientes de acuerdo con su capacidad de pago. Esta vía ha llevado a varios hospitales a crisis presupuestarias que anuncian su liquidación.

El camino hacia el mercado de la salud empieza en el deterioro de los servicios, el desprestigio de lo público, las listas de espera, la pérdida de la calidad, el auge de lo privado, el mito de la libre escogencia de médico, el énfasis en las ventajas de los servicios privados y los supuestos logros de tales ofertas en el mundo (en Estados Unidos, más de 40 millones de personas carecen de salud y los servicios son altamente defensivos). Luego se reduce el gasto social, se flexibilizan las relaciones la-

⁷⁴ Hernández [2000, 136].

⁷⁵ "Caridad versus rentabilidad", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000.

⁷⁶ Para la reflexión sobre los modos de financiación del modelo, para el caso argentino y en general la reforma durante los años 90, véase Alonso [1997, 157- 183].

borales del personal de salud y se abren las puertas al mercado. Por último, fácilmente se concluye que los hospitales públicos no pueden competir atendiendo pobres. Se les acusa de mala administración y se deja que por su propia dinámica se conviertan en empresas que sucumben a sus gastos.

El sector privado es la otra cara de la moneda. La salud como negocio empezó a ser rentable una vez se consolidó el mercado:

1999 les dejó [a las empresas de salud privadas] utilidades cercanas a los \$36.000 millones y 1'850.000 nuevos afiliados. Pero más allá de las cifras frías, el 99 marca la consolidación de firmas que empiezan a reñirse primeros lugares en el escalafón de las 300 empresas más grandes del país.

Las EPS pasaron de perder 23.332 millones en 1998 a ganar 35.883 millones en 1999⁷⁷ (anexo 5). En 1999, tres EPS se contaron dentro de las 25 empresas con mayor rentabilidad sobre el patrimonio en Colombia⁷⁸. Esto, gracias a la reducción del porcentaje del POS para gastos en salud, la existencia de monopolios, la selección adversa de pacientes y, sobre todo, por la misma concepción de la ley 100 que, mediante limitaciones y medidas de control financiero, garantiza esa rentabilidad, aun en medio de una de las peores crisis económicas del país en su historia.

Sobre el poder de las EPS en el CNSSS y, en general, en la toma de decisiones, llama la atención que hay personas que actúan a veces como representantes del sector privado y otras, como del Estado, incluso en calidad de ministras o ministros de salud: María Teresa Forero de Sade fue ministra de Salud y presidenta de Acemi. Cuando fue ministra de Trabajo promulgó la ley que permitió la flexibilización de las relaciones laborales⁷⁹. Juan Luis Londoño de la Cuesta fue ministro de Salud durante el gobierno Gaviria (1990-1994), luego asesoró al Banco Mundial y dirigió la revista *Dinero* y nuevamente llegó a dirigir el Ministerio de Salud en el gobierno del actual presidente, Uribe Vélez⁸⁰, Sara Ordóñez Noriega fue Superintendente Bancaria y lue-

⁷⁷ "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, 28 de abril de 2000).

⁷⁸ "Resultados EPS 1999". Informe Especial. *Salud Colombia*, núm. 51 (Bogotá, agosto - septiembre de 2000).

⁷⁹ En 1990, en armonía con la internacionalización de la economía, se consideró indispensable una reforma de fondo al Código Sustantivo del Trabajo, dirigida a disminuir el valor del trabajo y flexibilizar la relación laboral; facilitar la temporalidad en el empleo para disminuir la estabilidad laboral; fortalecer el sector financiero y debilitar las organizaciones sindicales. Con esa ley se pasó de un desempleo del 9%, en 1990, al 20%, promedio actual. Véase República de Colombia, ley 50 de 1990 (28 de diciembre), "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

⁸⁰ Juan Luis Londoño Falleció en marzo de 2003.

go, ministra de Salud. Un último ejemplo: Nelsy Paredes, presidenta (e) de Acemi y encargada en una época del sector de seguridad social, que incluye la salud, en la Dirección Nacional de Planeación.

A pesar de toda esa realidad, ampliamente vivida y documentada, la OMS calificó en el año 2000 a Colombia como el país con el modelo de salud más equitativo del mundo y el mejor de toda América Latina. Su informe da a Colombia el puesto 22 en calidad de la salud, por encima de Cuba y de los Estados Unidos. En contraste, tan sólo se le da el puesto 94 cuando se trata de ingreso igualitario y el 82 al referirse a la respuesta de su sistema de salud a las necesidades de los usuarios.

Las buenas calificaciones derivan, entre otras cosas, de la presentación de la información de manera sesgada, como la ya cuestionada de que el país pasó de una cobertura de 20% en 1993, a una de 59% a finales de la década. Una respuesta sólida a ese informe hecha por académicos y personas de diferentes instituciones se centra en los sesgos de la información presentada, los indicadores y su interpretación, lo que en el fondo cuestiona el mismo concepto de equidad de la OMS⁸¹.

EL ESTADO VIOLA PACTOS INTERNACIONALES

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dice que las violaciones del derecho a la salud se pueden presentar en los tres ámbitos de responsabilidad estatal fijados para los Estados Partes de la Convención Internacional de estos derechos, es decir, en las responsabilidades de respetar, proteger y cumplir. Las violaciones de las obligaciones de respetar son

Las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable. Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales⁸².

⁸¹ Este debate tiene su propia complejidad, así que remitimos al lector al trabajo: VV.AA [2001b].

⁸² Comité de DESC [2000], comentario 50.

Las violaciones de las obligaciones de proteger

dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras⁸³.

Las violaciones de la obligación de cumplir

se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna⁸⁴.

El sistema de salud ya presentaba problemas desde antes de 1993. Son válidas algunas argumentaciones en contra del antiguo modelo de salud en Colombia y también en América Latina. Esas críticas se extienden al modelo de Estado llamado proteccionista y se refieren al desequilibrio fiscal generado por el excesivo gasto público. Pero ese argumento es insuficiente y las medidas tomadas, a favor del mercado y en materia de salud, no apuntaban coherentemente a la solución de los males que ofrecían conjurar.

⁸³ Comité de DESC [2000], comentario 51.

⁸⁴ Comité de DESC [2000], comentario 52.

Un periódico de 1993 recoge las promesas de la ley 100: a) Juan Luis Londoño, entonces ministro de Salud, prometió que no habría más crisis hospitalarias desde 1994; b) se anunció que el nuevo sistema garantizaría la salud a la población más necesitada, c) se dijo: "la transparencia de la base de la liquidación permitirá a las regiones tener plena confianza de los recursos que les corresponden". d) Se señaló: "se ha diseñado un sistema en que la atención del Plan de Salud Obligatorio no distinga entre los distintos grupos sociales"⁸⁵ Esas metas, por supuesto, se compartieron mayoritariamente, pero el mecanismo puesto en marcha para garantizarlas no apuntó precisamente en esa dirección.

El Estado ha sido ágil en el uso de problemas reales para imponer soluciones que buscan otros fines diferentes a conjurar el mal que los justifica. Con la realidad del fracaso del viejo Sistema Nacional de Salud, justificó la ley 100; con la realidad del bajo uso de recursos por parte de las personas del régimen subsidiado, congeló el valor de la UPC-S para 1999; con el argumento real del robo al sistema de los recursos por parte de las ARS, legisló para cerrar las ARS comunitarias y fomentar la formación de monopolios en el régimen subsidiado; con el argumento de la carga prestacional, supeditó la ayuda a los hospitales en crisis a la negociación de convenciones colectivas y a la aplicación de medidas tendientes a flexibilizar las relaciones laborales.

Vega sostiene que,

las recomendaciones del Banco Mundial han sido asumidas por los gobiernos y fueron introducidas al sistema colombiano con la ayuda de una nueva generación de administradores públicos, administradores de salud, algunos salubristas y otros expertos.

Y agrega que esa generación articuló un discurso de derechos para concluir haciendo una tarea en la búsqueda de la eficacia económica⁸⁶. Ese nuevo discurso de la salud desconoció el papel de la biología, del medioambiente y de los servicios de salud en el origen de las enfermedades, sosteniendo que el comportamiento humano explicaba el 40% de los problemas de salud de la población colombiana⁸⁷.

Lo cierto es que las muchas entrevistas, publicaciones y trabajos realizados sobre el sistema de salud en Colombia⁸⁸ muestran que los problemas que le impiden alcanzar metas de cobertura y calidad no son coyunturales. Lo que se ve es que eso obedece más a la naturaleza misma del sistema, a la forma en que se planeó y a los sesgos que ha tenido en su implementación. Resulta curioso que las argu-

⁸⁵ "El remedio del gobierno para la salud", *El Espectador*, Bogotá, 27 de junio de 1993

⁸⁶ Vega [2001, 8 y 9].

⁸⁷ Díaz U. [1990].

⁸⁸ Es interesante la recopilación realizada en Patiño [1990a].

mentaciones para transformarlo fueran, precisamente, la alta inequidad y las barreras de acceso a los grupos más pobres⁸⁹. Sin embargo, el modelo alternativo conserva el mismo tipo de problemas: falta de universalidad, falta de equidad, problemas de calidad, existencia de subsistemas desarticulados e ineficiencia financiera⁹⁰.

Es cierto que "el cambio del sistema de salud colombiano puso a la salud en la agenda pública"⁹¹, algo fácil de demostrar por la extensa y profunda discusión que ha acompañado la implementación del modelo. Por el contrario, las decisiones últimas no están en la agenda pública sino en la economía de mercado.

Un elemento de la discusión actual es la casi nula capacidad de liderazgo del Ministerio de Salud frente al sistema que le corresponde orientar y el poder de decisión que han ganado otros actores. En el mismo sentido, podemos resaltar que una constante de la posición del Estado frente a la crisis es acusar de los fallos de la ley 100 a partes, a dinámicas del sistema, o a simples problemas administrativos de los hospitales, sin asumir él mismo su papel constitucional. Ese dejar en otras instancias la toma de decisiones, ceder en el terreno normativo el diseño de los planes de salud y el manejo de los recursos no es un acto fruto del azar sino una decisión deliberada de favorecer al capital financiero que incursiona en el sector salud y de fortalecer las medidas a favor de la retirada del Estado de los servicios de salud.

Históricamente, la categoría del Ministerio de Salud ha sido baja, víctima de cuotas clientelares y de prácticas burocráticas, como lo demostramos. A partir de la ley 100 se definió que la principal institución que definiría los aspectos propios de la ley fuera el CNSSS⁹². Ese cambio no busca precisamente la democratización de las decisiones sino la descentración del Estado de su deber como rector de la política de salud en el país. Se dejó la responsabilidad de decidir en manos de representantes de grupos de intereses, algo obvio si se revisa la composición del CNSSS. Este espacio de debate no es inconveniente *per se*, pero se convierte en el órgano rector de la política de salud. La reglamentación comienza a dar bandazos, se dictan resoluciones para corregir unas previas según las conveniencias y se actúa de manera puntual frente a aspectos que tienen dimensión estructural.

El Ministerio de Salud perdió su papel de director del sistema porque así lo decidió. Según la Contraloría General de la República,

dentro de las funciones del Ministerio de Salud está la de 'vigilar y controlar el servicio público esencial de salud' la cual en la práctica es nula y

89 Gallardo [1998, 13].

90 Guerra [1998, 32-33].

91 Gallardo [1998, 18].

92 Artículo 171, ley 100 de 1993.

facilita el que las instituciones y entes territoriales no cumplan las políticas diseñadas y que los recursos asignados por el nivel central sean mal utilizados, afectando gravemente la prestación de los servicios de salud⁹³.

Además, el Ministerio de Salud no cuenta con suficientes recursos propios. Dicho con más exactitud, depende del Ministerio de Hacienda para resolver debates como los del pasivo prestacional de los trabajadores de la salud, o la crisis de los hospitales públicos, y los recursos de que dispone no son ajenos a prácticas burocráticas y clientelares. El Ministerio limita su quehacer a fabricar la norma, que periódicamente modifica, y a servir como interventor de contratos, pero no a acompañar el proceso de aplicación ni a dar garantías para que la norma se cumpla.

Por ejemplo, ningún decreto, de los más de cien promulgados hasta 1997, "ha estado enfocado a estimular la contribución obligatoria, a estimular el recaudo o a sancionar la evasión y elusión de las contribuciones"⁹⁴. Como dijo el ministro de Salud Londoño, "la política de salud hoy es más confusa que la política de paz"⁹⁵.

Aunque en la ley 100 de 1993 se prevé que "la intervención del Estado incluye la tarea de "garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social"⁹⁶, el uso de los recursos del sistema desde el Ministerio de Salud se ha cuestionado, pues "se asignan para cumplir compromisos de otro orden, se giran en forma paralela a las obligaciones municipales y se hacen los giros sin haber ejecutado las contrapartidas locales"⁹⁷. Ejemplo de esto fue la asignación de los elementos para la red de urgencias en años anteriores⁹⁸. Incluso si se acepta la ley 100 con todas sus limitaciones, el sistema de salud es un compromiso que el Estado incumplió.

Las numerosas quejas en torno a EPS e IPS en el país demuestran el grado de incapacidad de control desarrollado por la Superintendencia Nacional de Salud y por el Ministerio de Salud, en un país donde se diluye cada día más el delito de omisión⁹⁹. En Colombia, se responsabiliza solo por acción (y no por omisión) a los

⁹³ CGR [2000, 10].

⁹⁴ Jaramillo [1997, 16].

⁹⁵ "Los expertos opinan", *El Tiempo*, Bogotá, 8 de octubre de 2001.

⁹⁶ Artículo 154, literal h, ley 100 de 1993.

⁹⁷ Jaramillo [1999a, 16].

⁹⁸ La distribución de recursos para la red de urgencias, tales como ambulancias y dotación para las salas de cirugía, se hizo, más que por criterios técnicos, como fruto de decisiones con fines electorales. Observación personal del autor de este estudio cuando trabajó como asesor del Ministerio de Salud [1994-1995].

⁹⁹ "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y también por

entes que cometen infracciones, sin que los actos permisivos del Estado se censuren ni generen siquiera polémica. Es curioso que tanto los ministros de Salud como los informes del CNSSS al Congreso reconozcan como si ellos no fueran voceros estatales, sino ciudadanos de a pie, que el Estado debe dinero al sistema y que esa sea una de las principales causas de la crisis, especialmente en el régimen subsidiado.

El afán por legislar a espaldas del país real y de resolver los problemas en salud mediante decretos ha generado un cúmulo de normas contradictorias¹⁰⁰, incapacidad de aplicarlas y dificultades en el seguimiento de los procesos. Se llegó al punto en que parece que existiera una ley 100 diferente cada año y para cada evento puntual. La salud se transformó, de una política de Estado, en una política de gobierno y de una política de gobierno, en una política de uno u otro ministro¹⁰¹, de modo que es imposible esperar continuidad alguna. La solución a esto no proviene del orden de lo moral (campañas creadoras de conciencia) sino del orden de lo estructural. El Estado presenta argumentos risibles: según el ex viceministro de Salud, Juan Carlos Giraldo, "los problemas de los hospitales públicos no se originan en la falta de recursos ni en la legislación sobre la salud, sino en una cuestión de factor humano"¹⁰².

El Estado considera más importantes los bancos que los hospitales: "No es justo [...] que a una banca pública y privada ineficiente, corrupta, clientelista y mal administrada, el Estado, del bolsillo de los colombianos le haya botado en los últimos dos años un salvavidas de cerca de 6 billones de pesos¹⁰³", mientras que ha

omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones" [artículo 6, *Constitución Política de Colombia*].

¹⁰⁰ Por ejemplo, el texto del artículo 20 del decreto 783 del 2000 dice: "El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación deroga todas las disposiciones que le sean contrarias en especial el artículo 10 del decreto 1570 de 1993 modificado por el artículo 5° del decreto 1486 de 1994; el artículo 21 numeral 5 del decreto 1804 de 1999 y modifica el parágrafo del artículo 28 del decreto 1922 de 1994, modificado por el artículo 1° del decreto 788 de 1998; el parágrafo 4° del artículo 4° del decreto 723 de 1997, modificado por el artículo 8° del decreto 046 de 2000, el artículo 2° numerales 7 y 10, y artículo 3° numeral 1, artículos 10, 12, 15, 20, 23 y 26 del decreto 047 de 2000 y el artículo 12 del decreto 1486 de 1994". Sobre otros ejemplos de contradicciones aun dentro de una misma norma, véase "Continúa la reglamentación acelerada e inconveniente", *Salud Colombia*, núm. 45 (Bogotá, febrero-marzo 2000) y "Galimatías jurídico en el sistema", *Salud Colombia*, núm. 48 (Bogotá, mayo-junio, 2000).

¹⁰¹ El Ministerio de Salud es uno de los ministerios con más ministros diferentes por período de gobierno. Esto se puede observar que en varios documentos citados en el presente trabajo, en el que se menciona al Ministro de Salud casi cada vez con un nombre diferente.

¹⁰² "Salud infectada de corrupción", *El Espectador*, Bogotá, 17 de mayo de 1998.

¹⁰³ "El colapso de la salud", *El Tiempo*, editorial. Bogotá, 5 de septiembre de 1999.

negado sistemáticamente el uno y medio billón que sacaría a la red pública de la crisis. Este comportamiento parece una constante en muchos países: “Es importante —dice Stiglitz— prestar atención no sólo a lo que el FMI incluye en su agenda sino también a lo que excluye [...]. Hay dinero para rescatar bancos pero no para mejorar la educación y la salud”¹⁰⁴.

El sector salud no ha logrado su cometido. Un análisis comparativo de las causas de mortalidad en Colombia realizado cinco años después de empezar la reforma en salud muestra que el perfil epidemiológico se mantiene¹⁰⁵, salvo por el aumento de enfermedades ya mencionadas y que se caracterizan por no generar ganancias económicas inmediatas, como tuberculosis, malaria y dengue. Desafortunadamente, se necesita otra reforma que dé respuestas a los mismos problemas que inspiraron la reforma actual.

Algunas propuestas de reforma del sector salud incluyen lo siguiente: protección de la red pública de servicios de salud, construcción de un sistema único de afiliación, desarrollo de un sistema único y público de información, revisión de las medidas de atención y prevención actual a las enfermedades de alta significación social, un Plan Obligatorio de Salud único para los dos regímenes, protección de las condiciones laborales de los trabajadores de la salud, acudir al perfil epidemiológico y al diagnóstico de la calidad de vida de la población como referente central de la política pública de salud y desarrollar mecanismos interregionales de complementariedad y subsidiariedad para superar las inequidades regionales¹⁰⁶.

Otras propuestas hablan del fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, el control de la evasión y la elusión, la definición de una verdadera política de calidad y la existencia de una política coordinada de salud pública¹⁰⁷. Y unas últimas hacen énfasis en la formulación de pactos locales que permitan avanzar en la equidad en salud¹⁰⁸.

El Congreso de la República aprobó en octubre de 2000 un proyecto de regulación de la salud pública, concertado entre gobierno nacional, gremios, facultades de medicina, con la participación de nueve ministerios y de la Academia Nacional de Medicina. El proyecto buscaba regular la responsabilidad civil que tienen

¹⁰⁴ Stiglitz [2002, 111].

¹⁰⁵ Cardona y otros [1999, 105].

¹⁰⁶ Esta fue la tendencia mayoritaria de los 2.120 delegados de diferentes sectores sociales y de prácticamente todas las zonas del país, reunidos en el Primer Congreso Nacional por la Salud, Bogotá, octubre de 2001 [MNSP 2000].

¹⁰⁷ Guerra [1998, 39-51].

¹⁰⁸ VV.AA [2002].

los productores y comercializadores de bienes y servicios de salud, entre ellos, la regulación de medicamentos. El Invima calcula que en Colombia, "cuatro de cada 10 medicamentos provienen del mercado negro", es decir, muchos de ellos se falsifican y, por tanto, no tienen ningún control de calidad.¹⁰⁹ Finalmente, el mismo gobierno rechazó el proyecto debido a las consideraciones del Ministerio de Hacienda, para el que "algunas normas generarían gasto público"¹¹⁰.

Las políticas económicas del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006), ponente en su momento del proyecto para la aprobación de la ley 100 de 1993, apuntan a una nueva disminución del gasto social. Las últimas negociaciones entre Colombia y el FMI obligan al país a recortar el gasto público en 3 billones de pesos en sólo un año, para que la banca multilateral le conceda un préstamo de 2.000 millones de dólares¹¹¹.

Stiglitz, de quien interesa recordar ahora que fue vicepresidente del Banco Mundial, reconoce que en este tipo de negociaciones, "a los países se les marcaban objetivos estrictos [...] en algunos casos los acuerdos establecían *qué leyes* debía aprobar el parlamento del país para cumplir con los requisitos u 'objetivos' del FMI"¹¹². Sus ejemplos ilustran que los fracasos de tales medidas son numerosos: el recorte de subsidios a alimentos en Indonesia sólo aumentó la crisis y el que se hizo a los programas de salud en Tailandia significó el retroceso de unas de las mejores medidas contra el sida en el mundo. En cambio, cuando se desobedecieron las recomendaciones del FMI de recortar los gastos en educación en Uganda y de educación en Jordania, hubo grandes beneficios¹¹³.

Después de todas las páginas de demostración de este estudio podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que con el diseño, implementación y modificación de la ley 100 de 1993, el Estado colombiano ha violado de manera sistemática el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Las políticas que materializan dicha ley son contrarias a la noción presentada aquí de salud como derecho humano.

¹⁰⁹ El promedio mundial de medicamentos producidos en el mercado negro es del 6% [Declaraciones del director del Invima, Germán Rueda, en: "El otro tráfico de drogas" *Semana*, núm. 965, Bogotá, 9 de octubre de 2000].

¹¹⁰ Germán Aguirre, presidente de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, se preguntó: "¿será que se pretende favorecer más a los grupos económicos o a los gremios que a la salud de los colombianos" [Citado en "El gobierno nacional no avala su plan de salud", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2000].

¹¹¹ "Listo acuerdo con el FMI", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de octubre de 2002.

¹¹² Stiglitz [2002, 71].

¹¹³ Stiglitz [2002, 106-111].

ANEXO 1**Distribución de la cobertura en el sistema general de salud y seguridad social según régimen 2000**

Número de afiliados y beneficiarios y de personas sin cobertura

Régimen	Afiliados y beneficiarios	Personas sin cobertura	Total de población según régimen
Contributivo	13.652.878	2.943.798	16.596.676
Subsidiado	9.325.832	15.626.327	24.952.159
Total	22.978.710	18.570.125	41.548.835

Fuente: elaborado a partir de datos del CNSSS, 2000.

Porcentaje de afiliados y beneficiarios y de personas sin cobertura

Régimen	Afiliados y beneficiarios %	Personas sin cobertura %	Total de población según régimen %
Contributivo	59, 41	15, 85	39, 95
Subsidiado	40, 58	84, 14	60, 05
Total	100	100	100

Fuente: elaborado a partir de datos del CNSSS, 2000.

ANEXO 2**Evolución de la cobertura en el régimen subsidiado
1996-2000****Número de beneficiarios**

Año	Beneficiarios	Variación (%)	Cobertura (%)
1996	5.981.774	24,6	40,0
1997	7.026.690	17,5	47,0
1998	8.527.061	21,4	55,5
1999	9.325.832	9,4	59,7
2000*	8.833.074	-5,3	55,6

* Información hasta abril 2000
Fuente: CNSSS, 2000

ANEXO 3**Distribución de la cobertura en el régimen subsidiado por tipo de institución 2000**

Tipo de institución	Número de afiliados	Porcentaje de afiliación
EPS (18)*	3.745.260	40,16
ESS (178)	3.688.736	39,55
Cajas de Compensación (38)	1.740.511	18,66
Convenios con instituciones (5)	151.325	1,62
Total	9.325.832	100

* Número de instituciones de ese tipo
Fuente: elaborado a partir de datos del CNSSS, 2000.

ANEXO 4**Evolución de la cobertura
en el régimen contributivo 1996-1999****Número de cotizantes y de beneficiarios**

Año	Cotizantes	Beneficiarios	Total
1996	6.632.429	7.095.868	13.728.297
1997	6.991.962	7.977.316	14.969.278
1998	5.865.123	10.225.601	16.090.724
1999*	5.631.268	8.021.610	13.652.878

* Información en verificación por parte del ISS EPS

Fuente: resolución 2390 de 1998 y Circular 2, Dirección General de Desarrollo de Servicios de Salud (diciembre de 1999). Ministerio de Salud.

ANEXO 5**Evolución financiera en el régimen contributivo
1998-2000****Millones de pesos**

Entidad Promotora de Servicios de salud	1998	1999	Variación relativa
Cafesalud	-1.370	3.071	4.441
Colmena Salud	-1.177	669	1.846
Colpatria Salud	1.008	370	-637
Colseguros	-2.203	-879	1.324
Comfenalco Antioquia	-444	1.175	1.619
Comfenalco Valle	-121	1.475	1.596
Compensar	-235	1.157	1.392
Coomeva	-2.658	1.034	3.692
Cruz Blanca	332	2.728	2.396
Famisanar	131	212	81
Humana Vivir	464	155	-309
Salud Total	-1.498	3.250	4.748
SaludCoop	-238	22.370	22.610
Sanitas	54	79	25
SOS	1.554	3.941	2.387
Susalud	1.983	2.031	49
Unimec	-18.914	6.957	11.957
Total	-23.332	35.883	59.215

Fuente: Reporte de afiliados, Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI, 2000

Bibliografía

LIBROS Y ARTÍCULOS

- ACOSTA, José Ramón. 1996. "¿Es la vida un valor absoluto?", *Avances médicos* núm. 7, La Habana.
- ACNUR. 2000. *La situación de los refugiados en el mundo*, Icaria, Barcelona.
- AHUMADA, Consuelo. 1998. "Política social y reforma de salud en Colombia", *Papel Político*, núm. 7, Bogotá.
- AKIN, J. 1987. *Financing Health Services in Developing Countries. An Agenda for Reform*, World Bank, Washington, D. C.
- ALFREDSSON, Gudmundur; TOMASEVSKI, Katarina (ed.). 1998. *A Thematic guide to Documents on Health and Human Rights*, Martinus Nijhof Publishers, Londres.
- ALONSO, Guillermo. 1997. "Vida, pasión y ¿muerte? del Seguro Social de salud argentino", *Perfiles latinoamericanos*, núm. 11, México.
- ARRIZABALO MONTORO, Xavier. 1995. *Milagro o químera. La economía chilena durante la dictadura*, La Catarata, Madrid.
- ASOCIACIÓN MÉDICA COLOMBIANA. 1999. *Propuesta para reestructurar el Sistema General de Seguridad Social, 1998*. citado por MOVIMIENTO NACIONAL POR LA SALUD PÚBLICA [1999, 42].
- BACHELARD, Gastón. 1974. *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo* (La formation de l'esprit scientifique), Siglo XXI, Madrid.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, BID. 1991. *Progreso económico y social en América Latina*, citado por Sindess [1996, 29].

- BANCO MUNDIAL. 1989. "El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma", *Economía de la Salud. Perspectivas para América Latina*. OPS, Publicación Científica núm. 517, Washington.
- BANCO MUNDIAL. 1993. *Informe sobre el desarrollo mundial. Invertir en salud*, Banco Mundial, Washington, D. C.
- BANCO MUNDIAL y FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. 1996. *Revista Finanzas y Desarrollo, septiembre de 1993*, citado por Sindess [1996, 34].
- BARRIOS, Ana. 1999. "Indicadores de medición, aspectos metodológicos y estrategias de exigibilidad del derecho a la salud", *Plataforma colombiana, derechos humanos, democracia y desarrollo. Documentos de trabajo del Seminario Internacional "Indicadores de exigibilidad y vigilancia social de los derechos económicos, sociales y culturales"*, Bogotá, mayo.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl. 1989. "Chile", OPS y OMS [1989, 187-205]
- BOBBIO, Norberto. 1989. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (Stato, governo, società. Per una teoria generale della Politica. Giulio Einaudi editore, Turín, 1985), traducción de José F. Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica, México.
- BOBBIO, Norberto. 1992. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona.
- BOLE III, Thomas J. y BONDESON, William B. (ed.). 1991. *Rights to health care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.
- BOLÍVAR, Ligia. 1996. *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*, Provea, Caracas.
- BRODY, Baruch. 1991. "Why the Right to Health Care is not a useful concept for policy debates", BOLE III y BONDESON [1991, 113-131].
- BRODY, Eugene. 1993. *Biomedical technology and Human Rights*, Dartmouth, Hants.
- BUCHANAN, Allen. 1991. "Rights, Obligations, and the special importance of Health Care", en BOLE III y BONDESON [1991, 169-184].
- CÁRDENAS, Miguel Eduardo; OLANO Guillermo. 1992. *Reforma de la Seguridad Social en Salud*, Fescol, FES, FRB, Fundación Corona, Bogotá.
- CARDONA Álvaro y otros. 1999. *Impacto de la reforma de la Seguridad Social sobre la organización institucional y la prestación de los servicios de salud en Colombia*, Universidad de Antioquia, Medellín.
- CASTAÑEDA, Tarcisio. 1989. "El sistema de salud chileno: organización, funcionamiento y financiamiento", en VV.AA [1989, 3-27].
- CASTAÑO YEPES, Ramón Abel. 1998. "¿Cómo medir la calidad?", *Vía Salud*, núm. 5, Bogotá.
- CASTAÑO YEPES, Ramón Abel. 1999. "Aspectos económicos de la acción de tutela en salud", *Saludad* núm. 6, Bogotá, diciembre.
- CASTAÑO YEPES, Ramón Abel. 2001. "Equilibrio equidad - eficiencia: desafío de política en salud", *Saludad*, núm. 8, Bogotá, marzo.

BIBLIOGRAFÍA

- CESPEDES LONDOÑO, Juan Eduardo. 1999. "El tratamiento va para largo", *Seguridad Social al día*, Bogotá, junio. Disponible en www.seguridadsocial.com.co/jun99a.htm
- COLOMER, Antonio (coord.). 1995. *Economía, sociedad y Estado en América Latina Contemporánea*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, CEPAL. 1994. *El gasto social en América Latina: un examen cuantitativo y cualitativo*. Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, CEPAL. 1995. *Panorama Social. América Latina. 1994*. Santiago de Chile.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, CEPAL. 1997. *Panorama social de América Latina 1996*, Santiago de Chile.
- CONSEJO DIRECTIVO DEL CENTRO DE GESTIÓN HOSPITALARIA. 1998. "La coyuntura del sector salud en el cambio de gobierno", *Vía Salud*, núm. 6, Bogotá.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 1990. "La deuda externa se paga, la deuda social se reprograma", *Informe Financiero*, Bogotá, mayo.
- COPETE LIZARRALDE, Álvaro. 1989. "Colombia", en OPS y OMS [1989, 153-162].
- COTARELO, Ramón. 1990a. *Del estado de bienestar al estado de malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- COTARELO, Ramón. 1990b. *En torno a la teoría de la democracia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CHAPMAN, Andrey (ed.). 1994. *Health Care Reform. A Human Rights Approach*, Georgetown University Press, Washington, D.C.
- DAZA, Enrique y TORO, Iván. 1996. *La privatización de la salud en Colombia*, Sindess, citado por AHUMADA [1998, 24-25].
- DE CURREA-LUGO, Víctor. 1997. *De la violencia y otras costumbres*, Signos e Imágenes, Bogotá.
- DE CURREA-LUGO, Víctor. 1999. *Derecho internacional humanitario y sector salud: el caso colombiano*. Plaza y Janés, Bogotá.
- DE CURREA-LUGO, Víctor. 2003. "La Salud en el derecho internacional de los derechos humanos", *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 81, Madrid, primavera.
- DE CURREA-LUGO, Víctor y otros. 2000. *La salud está grave. Una visión desde los derechos humanos*, Antropos, Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 1996a. *Lo que usted debe saber acerca de la acción de tutela*. Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2000. "Primera encuesta de calidad en salud percibida por los usuarios", Bogotá.
- DEL RÍO, Javier. 1998. *La década de los noventa en América Latina y el Caribe: coyuntura y tendencias económicas*, mimeo, Universidad de Salamanca.

- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomos I y II, Siglo XXI, Bogotá.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP. 2000. "Evaluación al Sistema de Seguridad Social en Salud", En VV.AA [2000a, 147-191]-
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP. 1988. *Informe sobre el desarrollo humano para Colombia, 1998*, Tercer Mundo - PNUD, Bogotá. Citado en Garay [1999, 146].
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Indicadores de Coyuntura Económica, Vol. 2, núm. 2*. Citado en SÁNCHEZ y NÚÑEZ [1999, 4].
- DÍAZ, Elías. 1998. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición: 1966, Novena edición, Taurus, Madrid.
- DÍAZ URIBE, Eduardo: "Lineamientos para la Reestructuración del Sistema Nacional de Salud" en Minsalud/Acomsap [1990], citado en Vega [2001, 9].
- DONELLY, Jack. 1989. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca / Londres.
- DOUGHERTY, Charles. 1988. *American Health Care. Realities, rights and reforms*, Oxford University Press, Nueva York.
- DOYAL, Len y GOUGH, Ian. 1994. *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona.
- DUZÁN, MARÍA JIMENA. 1998. "La embarrada del ministro Galvis", *El Espectador*, Bogotá, 3 de diciembre.
- EIBL-EIBESFELDT, Irenäus. 1993. *Biología del comportamiento humano* (Die Biologie des Menschlichen Verhaltens), Alianza, Madrid.
- EIDE, Asbjorn y otros (ed.). 2001. *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.
- ESGUERRA GUTIÉRREZ, Roberto. 1998a. "El Estado y la situación hospitalaria". *Vía Salud*, núm. 4, Bogotá.
- ESGUERRA GUTIÉRREZ, Roberto. 1998b. "Sector salud: principales problemas y recomendaciones", en *Debates de Coyuntura Social*, núm 11, Bogotá, noviembre.
- ESGUERRA, María del Pilar y otros. 2001. "Señales de alerta en el sector salud". *Debates de Coyuntura Social*, núm. 14, Bogotá, febrero.
- ESPADA, Joao Carlos. 1996. *Derechos sociales del ciudadano*, Acento, Madrid.
- ESLAVA, Juan Carlos. 1999. "Seguridad social en salud: reforma a la reforma", *Revista de salud pública*, Vol. 1. núm. 2, Bogotá.
- ESTADÍSTICA S. A. 1997. *Dimensionamiento y caracterización de la población de participantes vinculados en Santa Fe de Bogotá, D.C.*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, citado en Vega [2001, 13].
- ETXEBERRIA, Xavier. 1997. "Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad", en *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*, Centro Pignatelli, Zaragoza.

- ETXEBERRIA, Xavier. 2002a. "Justicia distributiva internacional", en ETXEBERRIA y otros [2002, 13-31].
- ETXEBERRIA, Xavier y otros. 2002b. *Ética y derechos humanos en la cooperación internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- FELDSTEIN, J. P. 1993. *Health Care Economics*, Delmar, Nueva York, citado en CASTAÑO [1999, 13].
- FLEURY, Sonia. Sin fecha. "¿Universal, dual o plural? Modelos y dilemas de atención de la salud en América Latina". multicopiado, Fundación Getulio Vargas, Río de Janeiro.
- FRANCO, Saúl. 1997. "Violencia y salud en Colombia". *Revista Panamericana de Salud Pública*, No. 2.
- FRANCO, Saúl; OCHOA, Doris; HERNÁNDEZ, Mario. 1995. *La promoción de la salud y la seguridad social*, Corporación Salud y Desarrollo, Bogotá.
- FRANCO, Rolando. 1995. "Reforma del Estado y nuevas orientaciones de las políticas sociales en los noventa", en COLOMER [1995].
- FREDERICK, Pablo. 1994. "Redimensionamiento de los derechos humanos. Una visión desde los derechos económicos y sociales", en VV.AA. [1994].
- FRENCH-DAVIS, Ricardo y DEVLIN, Robert. 1993. "Diez años de la crisis de la deuda latinoamericana", *Comercio Exterior*, México, enero.
- FOUCAULT, Michel. 1986. *El nacimiento de la clínica* (Naissance de la clinique, Presses Universitaires de France) Paris, 1963. Madrid, Siglo XXI. Traducción de Francisca Perujo.
- FOUCAULT, Michel. 1988. "El sujeto y el poder", *RMS*, núm. 3/88, México, DF.
- FUERTES, Marianela. 1994. "La ley 100 creó un sistema de incertidumbre social", entrevista a la congresista María Cristina Ocampo, en *Su Defensor*, núm. 12, Bogotá.
- FUNDACIÓN CORONA. 1998. *Reporte Anual, 1998*, Bogotá.
- FUNDACIÓN PRESENCIA. 1999. "Las condiciones laborales de los médicos en Colombia 1996-1998", *Vía Salud*, núm. 8, Bogotá.
- FURTADO, Celso: "Trasnacionalización y monetarismo", en MÉNDEZ [1984, 111-141]
- GALTUNG, Johan. 1994. *Human Rights. In another key*. Polity Press, Cambridge.
- GALLARDO, Henry: "El sistema de salud en Colombia. Evolución, situación actual y perspectivas", en FUNDACION CORONA [1998, 10-27].
- GALLÓN, Gustavo y otros. 1993. "Derechos humanos en Colombia, los retos de los noventa", En VV. AA [1993].
- GARAY, Luis Jorge. 1999. *Globalización y crisis*, Tercer Mundo, Bogotá.
- GARAY, Luis Jorge. 2002. "En torno a la economía política de la exclusión social en Colombia", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.
- GARCÍA, Álvaro. 1987. "Concertación social para superar la crisis: una perspectiva económica", en: VV.AA. [1987, 79-108].

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1984. *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1995. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.
- GAYNOR, M. y ANDERSON, G. F. 1995. "Uncertain Demand, the Structure of the Hospital Cost, and the Cost of Empty Hospital Beds", *Journal of Health Economic*, 14, 219-317, citado en GIEDIÓN y otros [1999, 32].
- GIEDIÓN, Úrsula y WÜLLNER, Andrea. 1996. *La Unidad de Pago por Capitación y el equilibrio financiero del sistema de salud*, Fedesarrollo, Bogotá.
- GIEDIÓN, Úrsula; MORALES, Luis Gonzalo; MURIEL, Álvaro; RODRÍGUEZ, Carlos Jorge. 1999. GOBIERNO DE CHILE. Ley 18469 de 1985.
- GOL. 1977. "La salud", *Annals de Medicina*, 63, Barcelona, citado por Salleras [1991, 34].
- GÓMEZ, Olga Lucía y CARRASQUILLA, Gabriel. 2000. "Factores asociados a cesárea no justificada en cuatro hospitales de Cali, Colombia", *Vía Salud*, núm. 12, Bogotá 24-29.
- GONZÁLEZ BUSTELO, Mabel. 2001. "Desterrados. Desplazamiento forzado en Colombia", *Cuadernos para el debate* núm. 12, Médicos Sin Fronteras, Barcelona.
- GONZÁLEZ, Camilo. 1994. "Subsidios para el trabajador de la economía informal urbana", en VV.AA. [1994b, 9-30].
- GONZÁLEZ-TORRE, Ángel Pelayo. 1997. *La intervención jurídica de la Actividad Médica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- GUERRA, Óscar. 1998. "Evaluación de la reforma a la seguridad social", en *Debates de Coyuntura Social*, núm 11, Bogotá, noviembre, 31-51.
- GUZMÁN, Fernando y REDONDO, Herman 1999. *La reforma de la salud y la seguridad social en Colombia*, Biblioteca Jurídica, Bogotá.
- HABBARD, Anne-Christine y GUIRAUD, Marie. 2000. "La Organización Mundial de Comercio y los derechos humanos", en VV.AA. [2000a, 123-138].
- HABERMAS, Jürgen. 1998. *Ensayos Políticos*, Península, Barcelona. Traducción de Ramón García Cotarelo.
- HANSON, Kara. 2000. *La medición del estado de la salud*, Organización Panamericana de la Salud, Washington.
- HAYEK, Friedrich. 1975. *Los fundamentos de la libertad* (The Constitution of Liberty, University of Chicago Press, 1959), Unión, Madrid.
- HERNÁNDEZ, Mario. 2000. El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización". en DE CURREA-LUGO y otros [2000, 133-164].
- HSIAO, William. 1991. "¿Qué pueden aprender todos los países de la experiencia de los países desarrollados en la financiación de la atención sanitaria?", en *Anthropos*, núm. 118-119, Barcelona, marzo-abril, 99-111.
- IMMERGUT, Ellen. 1991. "Medical Markets and Professional Power: The Economic and Political Logic of Government Health Programs", *Estudios/Working Papers 1991/24*. Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid.

- IMMERGUT, Ellen. 2000. "Sanidad: la política de la elección colectiva", en *Estudios/Working Paper 1990/5*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, junio.
- INTERMON-OXFAM. 2001a. *Argumentos inverosímiles. Por qué las razones de los gigantes farmacéuticos no se sostienen*, Madrid.
- INTERMON-OXFAM. 2001b. *Salud pública, bienestar privado*, Madrid.
- INTERMON-OXFAM. 2001c. *Reducir el coste, patentar la injusticia. Las reglas del comercio internacional: una amenaza para la salud de los pobres*, Madrid.
- INTERMON-OXFAM. 2001d. *Sudáfrica vs. Gigantes farmacéuticos. Dossier Informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al gobierno sudafricano*, Madrid, abril.
- INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS, IRELA. 1997. "Las reformas estructurales en América Latina: una agenda inacabada", en *Dossier núm. 62*, Madrid.
- ISUANI, Ernesto. 1986. "Seguridad social y asistencia pública", en MESA-LAGO [1986, 113-128].
- JARAMILLO, Iván. 1997. "La puesta en marcha de la Ley 100". *Salud*, núm 1, Bogotá.
- JARAMILLO, Iván. 1998. "La seguridad social en salud: análisis comparativo", *Salud*, núm. 3, Bogotá.
- JARAMILLO, Iván. 1999a "Ley 100: los primeros cinco años". *Salud*, núm 5, (Bogotá,), pp. 6-24.
- JARAMILLO, Iván. 1999b. *El Futuro de la salud en Colombia*, FES – Fescol –FRB, Bogotá,
- KABUNDA BADI, Mbuyi: "Los derechos humanos vistos desde Africa", en: *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1997, pp. 109-140.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro. 1978. *Historia de la medicina*, Masson, Barcelona.
- LEARLY, Virginia. 1994. "The Right to Health in International Human Rights Law", en *Health and Human Rights*, núm. 1, Boston.
- LOCKE, John. 1990. *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (The Second Treatise of Civil Government. An essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government, 1690), Alianza, Madrid. Traducción de Carlos Mellizo.
- LUHMANN, Niklas. 1997. *Teoría política en el Estado de bienestar* (*Politische theorie im Wohlfahrtsstaat*. Alianza, Madrid, 1997. Traducción e introducción de Fernando Vallespín.
- MADRID-MALO, Mario. 1997. *Derechos fundamentales: conózcalos, ejérzalos, defiéndalos*. 3R, Bogotá.
- MAINGON, Thais. 1995. "La relación salud, nutrición y ambiente en el marco de las políticas de ajuste estructural. 1989-1994", *Cuadernos del CENDES*, núm. 28, Caracas, enero – abril, 29-61.

- MARINI, Ruy Mauro. 1984. "La América Latina ante la crisis mundial", en MÉNDEZ [1984].
- MARTÍ TUSQUETS. 1999. José Luis: *El descubrimiento científico de la salud*, Anthropos, Barcelona, 1999.
- MARTÍNEZ, Eduardo y GARCÍA, Francisco. 2000. *Tratado del derecho a la protección de la salud*, Comunidad de Madrid, Madrid.
- MARX, Karl. 1974. *Manuscritos. Economía y filosofía*. Alianza, Primera Edición: 1968. Quinta Edición, Madrid, 1974. Introducción y traducción de Francisco Rubio Llorente.
- MASCARREÑO, Carlos. 1996. *Municipalización de los servicios sociales en América Latina*, CLAD, Caracas.
- MÉNDEZ, Sofia (comp.). 1984. *La crisis internacional y la América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- MESA-LAGO, Carmelo. 1986. "Diversas estrategias frente a la crisis de la seguridad social: enfoques socialista, de mercado y mixto", en MESA-LAGO [1986, 368-427]
- MESA-LAGO, Carmelo. 1997. "Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina", en *Contribuciones*, núm. 1, Buenos Aires.
- MESA-LAGO, Carmelo (comp.). 1986, *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE. 1999a. *1990-1999: 10 años mejorando la salud de los chilenos*, Santiago de Chile.
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE. 1999b. *Situación de la salud en Chile*, Santiago de Chile.
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE. 2000. *Política de salud del gobierno del Presidente Frei 1998 y 1999. Énfasis y prioridades*, en www.minsal.cl/politicas/desalud/Default.htm, diciembre.
- MINISTERIO DE SALUD. 1982. *Desarrollo de una Política de Salud. Informe al Honorable Congreso de la República*. Instituto Nacional de Salud, tomo 1, 32. Bogotá. Citado en Minsalud y DNP [1990a, 78].
- MINISTERIO DE SALUD. 1998. Informe de Actividades 1997-1998 al Honorable Congreso de la República, Bogotá, julio. Citado en Cardona y otros [1999, 41].
- MISHIRA, Ramesh: "El Estado de bienestar después de la crisis: los años ochenta y más allá", en MUÑOZ DEL BUSTILLO [1989, 55-79].
- MONTESQUIEU. 1984. *Del espíritu de las leyes* (De L'esprit des lois, Geneve, 1748), Sarpe, tomos I y II, Madrid. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.
- MORALES, Luis y otros. 1998. "La evasión en el sistema de salud en Colombia", *Vía Salud*, núm. 4, Bogotá.
- MORO, Tomás. 1984. *Utopía* (De Optimo Reip. Statu, Deque Noua Insula Utopía, Basilea, 1518), Alianza, Madrid, 1984. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián.
- MOVIMIENTO NACIONAL POR LA SALUD PÚBLICA. 1999. *Pre-textos de Salud Pública No. 1*. Bogotá.

- MOVIMIENTO NACIONAL POR LA SALUD PÚBLICA. 2000. "Hacia una política pública de salud al servicio de la paz: la garantía del derecho a la salud", Bogotá, 7 de septiembre de 2000.
- MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael. 1989. *Crisis y futuro del estado de bienestar*, Alianza, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 1995. *La formación y la crisis de los servicios sanitarios*, Alianza, Madrid.
- MUSGROVE, Philip. 1986. "El efecto de la seguridad social y la atención en salud en la distribución del ingreso", en MESA-LAGO [1986, 224-254].
- NIKKEN, Pedro. 1988. *En defensa de la persona humana*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, citado por BOLÍVAR [1996, 19].
- ORDÓÑEZ, Sara. 2001. "Evolución de la reforma en salud", *Debates de Coyuntura Social*, núm. 14, Bogotá, febrero.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1976. *Health Aspects of Human Rights. With Special Reference to Developments in Biology and Medicine*, Ginebra.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. 1991. "Constitución de la Organización Mundial de la Salud", en *Documentos Básicos*, Documento oficial núm. 240, Washington, 1991.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS. 1992. *La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate*, Publicación científica núm. 540, Washington.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS. 1993. *Desarrollo y fortalecimiento de los Sistemas Locales de Salud*, Washington.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS. 1999. *Informe de Salud de las Américas*.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS, Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS. 1989. *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*. Washington.
- ORTEGÓN SÁNCHEZ, Miguel y PAREDES, Nelsy. 2001. "El problema del pasivo prestacional: una aproximación a partir del caso de Cundinamarca", *Vía Salud* núm. 15, Bogotá, 31-35.
- PAREDES, Nelsy. 1999. "¿Qué está pasando con el Régimen Subsidiado?", *Vía Salud* núm. 9, Bogotá, 1999.
- PAREDES, Nelsy. 2001. "Los logros de la reforma", *Debates de Coyuntura Social*, núm. 14, Bogotá, febrero.
- PATIÑO, José Felix (ed.). 1999a. *Ley 100 de 1993: reforma y crisis de la salud*, Academia Colombiana de Medicina, Bogotá.
- PATIÑO, José Felix. 1999b. "Planteamientos del Presidente de la Academia Nacional de Medicina ante el Grupo de Trabajo", en PATIÑO [1999a].

- PÉCOUL, Bernard y otros. 2001. "Acceso a medicamentos esenciales en países pobres: ¿una batalla perdida?", en *The Journal of the American Medical Association*, (enero 27, 1999), vol. 281, 361-367. Versión en español tomada de: www.msf.es/3_1_4.asp, marzo 23 de 2001.
- PÉREZ CALLE, Francisco. 1997. "La autofinanciación de los hospitales públicos", *Vía Salud*, núm. 2, Bogotá, septiembre.
- PINZÓN, J. M. 2000. "Análisis descriptivo del equilibrio económico del Régimen Subsidiado en Colombia". *Documento Técnico Cendex ASS/759B-00*. Citado en RUIZ [2001, 20-22].
- PLATA, Beatriz; GIEDIÓN, Úrsula; GONZALO MORALES, Luis; BLOOM, Eric. 1999. *La evasión de aportes obligatorios al sistema de salud en Colombia*, Fundación Corona, Bogotá.
- PLAZA, Beatriz y BARONA, Ana Beatriz. 1999. *Afiliación de población pobre al sistema de salud: el caso colombiano*, Fedesarrollo, Bogotá.
- PREBISCH, Raúl. 1984. "Centro y periferia en el origen y la maduración de la crisis", en MÉNDEZ [1984, 19-34].
- PROFAMILIA. 2000. *Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta Nacional de Demografía y Salud*, Profamilia, Bogotá.
- QUINTANA, Stella. 2002. "El acceso a los servicios de salud en Colombia", *Colección Cuadernos Para el Debate*, núm. 13, Médicos Sin Fronteras, Barcelona.
- RACZYNSKI, Dagmar. 1994. "Social Policies in Chile. Origin, Transformation, and Perspectives", en *Democracy and Social Policy Series, Working Paper* núm. 4, Kellogg Institute, Notre Dame, EUA. 28-35.
- RAMOS, Joseph. 1997. "Un balance de las reformas estructurales neoliberales en América Latina", *Revista de la Cepal*, núm. 62, Santiago de Chile, agosto, 15-38.
- RAWLS, John. 1996. *El liberalismo político* (Political Liberalism, Columbia University Press, Nueva York, 1993), Crítica, Barcelona. Traducción de Antoni Domènech.
- RAWLS, John. 1998. "Derecho de gentes", en VV.AA [1998, 47-85].
- REDONDO, Herman. 2002. "El derecho a la salud ¿lo respeta el Proyecto de Ley Estatutaria?" Bogotá, septiembre.
- REQUENA-BIQUET, Mariano. 1980. *Análisis preliminar sobre la política social en Chile, 1979*. (Background paper for the Workshop: "Six Years of the Military Rule in Chile", sponsored by the Latinoamerican Program of the Woodrow Wilson International Center for Scholars. Smithsonian Institution, Washington DC, May 15-17).
- RESTREPO, G. y VILLA, A. 1980. *Desarrollo de la salud pública colombiana*, Universidad de Antioquia, Medellín, citado en Minsalud y DNP [1990a, 40-41].
- ROSTOW, W.W. 1962. *The Stages of Economic Growth*, Cambridge University Press, citado en Minsalud y DNP [1990b].

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1984. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social* (Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, Chambéry, 1754), Orbis, Barcelona. Traducción de José López y López.
- RUBIO LARA, María Josefa. 1991. *La formación del Estado social*, Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1993. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1997. "Los derechos fundamentales", *Claves*, num. 75, Madrid, septiembre.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 2001. "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional", en VV.AA. [2001c, 67-91].
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 2002. "Los límites de la justicia penal", *El País*, Madrid, 25 de septiembre.
- RUIZ, Fernando. 2001. "La crisis en el régimen subsidiado: ¿falla regulatoria o falla del mercado?", *Debates de Coyuntura Social*, núm. 14, Bogotá, febrero.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. 1990. "Los derechos humanos como derechos morales", en *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, Madrid.
- SAÍNZ, Pedro. 1987. "Crisis y desarrollo: presente y futuro de América Latina y el Caribe", en VV.AA. [1987, 25-78].
- SALLERAS SANMARTÍN, L. 1991. "La salud y sus determinantes", *Anthropos*, núm. 118-119, Barcelona, marzo-abril.
- SANAHÚJA, José Antonio. 2001. *Altruismo, poder y mercado*, Intermón Oxfam, Madrid.
- SÁNCHEZ TORRES, Fabio y NÚÑEZ MÉNDEZ, Jairo. 1999. "Descentralización, pobreza y acceso a los servicios sociales. ¿Quién se benefició del gasto público social en los noventa?", Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.
- SAVATER, Fernando. 1995. "La universalidad y sus enemigos", *Claves*, núm. 49, Madrid, enero-febrero.
- SEN, Amartya. 1989. *Sobre ética y economía* (On Ethics and Economics Oxford 1987), Alianza, Madrid, versión de Ángeles Conde.
- SEN, Amartya. 2000. *Desarrollo y libertad* (Development as a Freedom), Planeta, Madrid, traducción de Esther Robasco y Luis Toharia.
- SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, SINDESS. 1996. *La privatización de la salud en Colombia*, Sindess, Bogotá.
- SOKAL, Alan y BRICMONT, Jean. 2000. *Imposturas intelectuales* (Intellectual Impostures 1998), Paidós, Barcelona. Traducción de Joan Carles Guix Vilaplana).
- SOJO, Ana. 1996a. "Posibilidades y límites de la reforma de la gestión de la salud en Chile", en *Revista de la Cepal* 59, Santiago de Chile.

- SOJO, Ana. 1996b. *Reforma de Gestión en la salud pública en Chile*, Series Políticas Sociales de la CEPAL, núm. 13, Santiago de Chile.
- STAHL, Karin. 1994. "Política social en América Latina. La privatización de la crisis", *Nueva Sociedad*, núm. 131, Caracas.
- STIGLITZ, Joseph. 2002. *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid. Traducción de Carlos Rodríguez Braun.
- SUBDIRECCIÓN DE SERVICIOS FORENSES. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. 1995. *Reporte del comportamiento de lesiones fatales y no fatales de Colombia, 1994*. Bogotá.
- SUNKEL, Osvaldo y TOMASSINI, Luciano. 1984. "La crisis del sistema trasnacional y el cambio en las relaciones internacionales de los países en desarrollo", en MÉNDEZ [1984].
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. 1999. *Resultados del proceso de inspección, vigilancia y control*. Serie de Resultados, 1, Bogotá. Citado en VEGA [2001, 14].
- TAMBURI, Giovanni. 1986. "La seguridad social en la América Latina: tendencias y perspectivas", en MESA-LAGO [1986, 76-107].
- TOEBES, Brigit. 1999. *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia-Hart, Antwerpen.
- TOEBES, Brigit. 2001. "The Right to Health", en EIDE y otros [2001, 169-190].
- TÜRK, Danilo. 1993. *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales*. Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombia. Bogotá.
- UGALDE, Antonio. 1986. "La integración de programas de salud en un sistema nacional de salud", en MESA-LAGO [1986, 136-176].
- UPRIMNY, Rodrigo. 1993. "Violencia, orden democrático y derechos humanos en América Latina. Viejos y nuevos retos para los noventa", en VV. AA. [1993].
- URIBE, Alirio y PAREDES, Natalia. 1999. "A cinco años de aplicación de la reforma, ¿qué ha pasado con el derecho a la salud?", *Memorias del Coloquio sobre Derechos Económicos y Sociales en Colombia*. Bogotá, octubre.
- URIBE, Juan Pablo. 1998. "El ISS y el sector salud colombiano. Signos y síntomas en el estudio de la OIT", *Vía Salud*, núm. 5, Bogotá.
- VALDECANTOS, Antonio. 1999. *Contra el relativismo*, Visor, Madrid.
- VALDÉS, Juan Gabriel. 1995. *Pinochet's Economists*, Cambridge University Press.
- VEGA ROMERO, Román. 2001. *Salud y equidad* (documento preparatorio del Congreso Nacional por la Salud), Corporación Viva La Ciudadanía, Bogotá.
- VÉLEZ, Carlos Eduardo. 1996. *Gasto social y desigualdad. Logros y extravíos*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 1996.
- VOLTAIRE. 1983. *Cartas filosóficas y otros escritos*, Sarpe, Madrid.

- VV.AA. 1987. *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá.
- VV.AA. 1989. *Economía de la salud. Perspectiva para América Latina*, OPS/OMS, Washington.
- VV. AA. 1993. *Derechos Humanos, democracia y desarrollo en América Latina*. Novib, Bogotá.
- VV.AA. 1994a. "Hacia una reconceptualización de los derechos humanos", *Documentos* núm. 10, Bogotá.
- VV.AA. 1994b. *Universalidad de la salud. Otro reto de fin de siglo*, Corporación Salud y Desarrollo, Bogotá.
- VV.AA. 1996. *¿Y cómo va la reforma?*, Consejería de Política Social, FES, Fescol, Bogotá.
- VV.AA. 1998. *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid. Traducción de Hernando Valencia Villa.
- VV.AA. 1999. *Handbook for Legislator on HIV / AIDS, Law and Human Rights*, Joint United Nations Programme on HIV/SIDA, UNAIDS.
- VV.AA. 2000a. *Entre el libre comercio y el comercio justo*, Coordinadora de ONG para el Desarrollo, Madrid.
- VV.AA. 2000b. *La salud en la agenda de paz. Mandato Ciudadano por la Paz y Corporación Salud y Desarrollo*, Bogotá.
- VVAA. 2001a. "Reforma a la seguridad social en salud en Colombia y efectos sobre la equidad en el acceso y la utilización de servicios de salud", *Salud*, núm. 8, Bogotá.
- VV.AA. 2001b. *¿Equidad? El problema de la equidad financiera en salud*, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Alames, Bogotá.
- VV.AA. 2001c. *El núcleo duro de los derechos humanos*, J.M. Bosh, Navarra.
- VV.AA. 2002. "Informe de los conversatorios realizados con líderes de diferentes instancias de participación en salud de Medellín", Medellín, noviembre.
- WEBER, Max. 1992. *La ciencia como profesión. La política como profesión (Wissenschaft als Beruf, 1919. Politik als Beruf, 1919)*, Espasa Calpe, Madrid. Traducción de Joaquín Abellán.

DOCUMENTOS OFICIALES Y NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES¹

- CNSSS. 1999. *Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a las Comisiones Séptimas de Senado de la República y Cámara de Representantes, 1998 – 1999*. Bogotá, julio.
- CNSSS. 2000. *Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a las Comisiones Séptimas de Senado de la República y Cámara de Representantes, 1999 – 2000*. Bogotá, julio. Transcrito en partes en “El informe del CNSSS al Congreso” en *Salud Colombia*, núm. 50 (Bogotá, julio agosto 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud50/noticia50.htm
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES. 1999. “Balance macroeconómico y perspectivas para el año 2000”, *Documento CONPES 3061*, Bogotá.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2000. *Informe de auditoría gubernamental al enfoque integral. Ministerio de Salud – nivel central 1999*, Bogotá, septiembre.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. *Evaluación del funcionamiento del régimen subsidiario en salud*, citado en Corte Constitucional: Sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
- COMITÉ DE DESC. 1995. *Examen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al tercer informe periódico presentado por Colombia*. Doc. E/C.12/1995/12, 28 de diciembre.
- COMITÉ DE DESC. 2000. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments), Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 1996b. *Tercer informe del Defensor del Pueblo al Congreso*, Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 1998. *Quinto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso*. Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2001. *Octavo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso*. Bogotá.

¹ No se incluyen en la bibliografía las normas citadas en los pies de página (leyes y decretos), que constituyen una extensa lista. La mayoría de ellas se tomaron de *Compendio Normativo del Sector Salud*, Legis, Bogotá, 1999. Otras normas se tomaron de la página web oficial del Ministerio de Salud de Colombia; www.minsalud.gov.co, igual que las resoluciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS. Las diferentes sentencias de Tutela, de Unificación y de Constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana (alrededor de 115 sentencias citadas) se consultaron en la página web oficial del Ministerio de Justicia de Colombia: www.bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional.

- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, DANE. 1994. *Sistema de Indicadores Sociodemográficos para Colombia. Pobreza por ciudades. Boletín Número 8*. Bogotá.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, DANE. 1997. *Encuesta de Calidad de Vida*, Bogotá.
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. 1993. *La mortalidad en Colombia, 1953 – 1991*, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1999a. *Mortalidad y Años de Vida Ajustados por Discapacidad como medidas de la Carga de Enfermedad 1985-1995*, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1990b. *Municipios saludables*, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1994a. *El ABC de la descentralización en salud*. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1994b. *Estudio nacional de salud mental y consumo de sustancias psicoactivas*. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1994c. *La carga de la enfermedad en Colombia*. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1994d. *La reforma a la Seguridad Social en Salud*, 3 Tomos. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1994e. *Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud*.
- MINISTERIO DE SALUD. 1995. *Organización de los Sistemas Territoriales de Seguridad Social en Salud en Colombia*, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD. 1999b. *Proyecto de ley estatutaria: por el cual se fijan las reglas y se adoptan los principios, derechos y deberes que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud* (versión del 17 de agosto de 1999). Documento de circulación restringida.
- MINISTERIO DE SALUD/ACOMSAP. 1999. *Reorganización del Sistema Nacional de Salud. Una respuesta al cambio social. Memoria analítica de la Ley 10 de 1990*. Tomos I y II. Tercer Mundo, Bogotá, 1990.
- MINISTERIO DE SALUD/AUGUSTO GALÁN SARMIENTO. 1995. *Violencia: Una realidad que se esconde tras las cifras*. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD/DNP. 1990a. *La Salud en Colombia. Análisis socio-histórico*. Dirección Francisco José Yepes, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD/DNP. 1990b. *La salud en Colombia. Hallazgos y recomendaciones*, Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD/DNP. 1990c. *La salud en Colombia. Medio Ambiente*. Bogotá.
- MINISTERIO DE SALUD/DIRECCIÓN DE ASEGURAMIENTO: CASTAÑO YEPES, Ramón (coord.). 2001. "La Acción de Tutela. Apartes del estudio "Evaluación del equilibrio financiero del SGSSS: causas y propuestas de solución". En: *Salud Colombia, núm. 62*, (Bogotá, nov.-dic. 2001). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud62/portad62.htm
- MINISTERIO DE SALUD/LONDOÑO DE LA CUESTA, Juan Luis. 1994. *El revolcón de la salud 1992-1994*. Ministerio de Salud, Bogotá.

- MINISTERIO DE SALUD/OFCINA DE EPIDEMIOLOGIA. 1999. *Boletín del Sistema de Vigilancia* núm. 18, Bogotá.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1948a. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1948b. *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1965. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1966a. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1966b. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1968. *Proclamación de Teherán*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1969. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1979. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1981. *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1984. *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1985. *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1989a. *Convención sobre Derechos del Niño*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1989b. *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1992. *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU. 1993. *Declaración y Programa de Acción de Viena*.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT. 1996. *Programa de Seguridad Social de Ottawa para las Américas*, Ginebra, citado por TAMBURI [1986, 80].
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS. 1978. *Declaración de Alma-Ata*, Alma-Ata.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1988a. *Counselling in HIV Infection and Disease, 1988*.

BIBLIOGRAFÍA

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1988b. *London Declaration on AIDS Prevention*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1989. *Statement on HIV Epidemiology and prostitution*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS. 1991. "Constitución de la Organización Mundial de la Salud", en: *Documentos Básicos, Documento oficial núm. 240*, Washington.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1992. *HIV Transmission nad Breast-Feeding*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1994a. *Declaration of the Paris AIDS Summit*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO). 1994b. *Declaration on the Promotion of Patient's Rights in Europe*.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS. 1999. *Informe de Salud de las Américas*.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS. 1964. *Reunión de Ministros de Salud. Grupo de Estudio*. Washington, Documento Oficial núm. 51.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. 1991. *Constitución Política de Colombia*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 10 de 1990*, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud en Colombia".
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 100 de 1993*, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 60 de 1993*, "por la cual se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias y recursos".
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 50 de 1990* "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. 1996. *Encuesta Nacional de Demografía y Salud 1995. Informe resumido*. Bogotá.

ARTÍCULOS DE PRENSA

- "23.096 homicidios en 1998", *El Espectador*, Bogotá, 24 de abril de 1999.
- "450 mil colombianos podrían ser portadores del VIH (sida), dice estudio", *El Tiempo*, Bogotá, 20 de septiembre de 2002.
- "Agoniza el Hospital San Juan de Dios", *El Espectador*, Bogotá, 1º de octubre de 1999.
- "A la salud no le cuadran las cifras", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2001.
- "¿Aquí quién manda?", *Semana*, núm. 965, Bogotá, 3 de noviembre de 2000.
- "Barbarie nacional", *Semana*, Bogotá, 30 de abril de 2001.
- "Bomba de tiempo en salud", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de julio de 2000.
- "'Boom' de tutelas a causa de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de enero de 2000.
- "Cada día secuestran seis personas", *El Espectador*, Bogotá, 27 de abril de 1999.
- "Caos en la salud subsidiada", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de septiembre de 1999.
- "Caridad versus rentabilidad", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000.
- "Colombia: un plagio cada dos horas en el 2000", *El Tiempo*, Bogotá, 22 de febrero de 2001.
- "Colombia, un Estado lamentable" *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.
- "Continúa la reglamentación acelerada e inconveniente", *Salud Colombia*, núm. 45 (Bogotá, febrero - marzo, 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud45/noticia45.htm
- "Comisión aprobó ley de transferencias; paro nacional este jueves", *El Tiempo*, Bogotá, 7 de junio de 2001.
- "Costos de medicinas: un corto circuito", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 1999.
- "Cuestionan listas de afiliados al Sisbén", *El Espectador*, Bogotá, 3 de junio de 1999.
- "De cal y arena. Balance de Minsalud", *El Espectador*, Bogotá, 30 de julio de 1998.
- "Debate por costo del tratamiento del sida", *Portafolio*, Bogotá, 1º de diciembre de 1998.
- "Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2002.
- "Denuncian alzas desmedidas en los medicamentos", *El Tiempo*, Bogotá, 11 de septiembre de 2002.
- "Desempleo. Los expertos opinan", *Revista Dinero* núm. 130 (Bogotá, abril 9, 2001). Disponible en www.dinero.com/larevista/130/COYUNTURA.asp.
- "Despilfarros y desviaciones con recursos para la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de junio de 2001.
- "Domésticas, sin seguridad social", *El Espectador*, Bogotá, 30 de mayo de 1999.
- "Dramas de alto pagaré", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000.
- "Drástico ajuste a la salud subsidiada", *El Tiempo*, Bogotá, 18 de septiembre de 1999.

- "El año pasado desaparecieron 743 personas en Colombia", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2001.
- "El colapso de la salud", Editorial, *El Tiempo*, Bogotá, 5 de septiembre de 1999.
- "El Congreso cocina nuevo golpe a las finanzas de la salud y educación", *Momento Médico*, núm. 59, Editorial, Medellín, marzo - abril, 2001.
- "El informe del CNSSS al Congreso" en *Salud Colombia*, núm. 50 (Bogotá, julio-agosto 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud50/noticia50.htm
- "El Gobierno buscará quitarle alcances a la tutela", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2002.
- "El gobierno nacional no avala su plan de salud", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2000.
- "El HUV no se puede cerrar", *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.
- "El otro tráfico de drogas", *Semana*, núm. 965, Bogotá, 9 de octubre de 2000.
- "El remedio del gobierno para la salud", *El Espectador*, Bogotá, 27 de junio de 1993.
- "En cuatro años, 4.925 secuestrados", *El Espectador*, Bogotá, 5 de mayo de 1999.
- "Encuesta raja a la Constitución", *El Tiempo*, Bogotá, 4 de julio de 2001.
- "En el 99 arreciaron las masacres", *El Tiempo*, Bogotá, 30 de diciembre de 1999.
- "Enfermedades que cuestan y duelen", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2000.
- "En Invima, dádivas colectivas", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 1999.
- "Embolatados 15.000 millones en el Instituto Nacional Cancerológico", *El Tiempo*, Bogotá, 12 de agosto de 2001.
- "EPS, al banquillo por posible fraude", *El Tiempo*, Bogotá, 24 de enero de 2000.
- "EPS: La intermediación y su costo", *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, diciembre 1999 - enero 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud43/noticias43.htm
- "EPS privadas: ¿Capital salvaje o debilidad ética de los funcionarios?". *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, Dic. 1999 - Ene. 2000). Disponible en: www.saludcolombia.com/actual/salud43/noticias43.htm
- "Fase crítica", *Revista Dinero*, núm. 145 (Bogotá, 9 de noviembre de 2001). Disponible en www.dinero.com/larevista/145/.
- "Fuerte control anuncia la Ministra", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2000.
- "Galimatías jurídico en el sistema", *Salud Colombia*, núm. 48 (Bogotá, mayo - junio, 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud48/noticia48.htm
- "Grandes EPS, entre las investigadas por fraude", *El Tiempo*, Bogotá, 28 de febrero de 2000.
- "Hacían cesáreas a los hombres", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2001.
- "Investigan a ex-presidentes del ISS", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de septiembre de 1999.

- "La debacle hospitalaria", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de octubre de 2001.
- "La crisis hospitalaria: muchas causas y pocas soluciones", En *Salud Colombia*, núm. 42 (Bogotá, noviembre-diciembre 1999). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud42/noticia42.htm
- "La ley 101 nos está desangrando". *Seguridad Social al día*, (Bogotá, abril de 1999). Disponible en www.seguridadsocial.com.co/abr99c.htm
- "La lucha por tener acceso al Sisbén", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.
- "La Reforma", en *Salud Colombia*, Informe Especial (octubre de 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/lareform.htm
- "La salud en Bancarrota", *El Tiempo*, Bogotá, 8 de octubre de 2001.
- "La salud en emergencia", *El Tiempo*, Bogotá, 19 de septiembre de 1999.
- "La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.
- "La salud pública sigue en retroceso", *Salud Colombia*, núm. 37 (Bogotá, junio - julio 1999). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud37/noticias37.htm
- "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, 28 de abril de 2000). Disponible en www.dinero.com/larevista/106/NEGOCIOS.ASP
- "La violencia desplaza a un colombiano cada minuto", *El Tiempo*, Bogotá, 19 de julio de 2001.
- "Ley 100, una perfecta desconocida", *Seguridad Social al día*, (Bogotá, noviembre de 1998). Disponible en www.seguridadsocial.com.co/nov98/a.htm
- "Listo acuerdo con el FMI", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de octubre de 2002.
- "Listo censo de la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 3 de julio de 2000.
- "Los derechos de la mujer que olvidó la ley 100", *El Espectador*, Bogotá, 29 de diciembre de 1996.
- "Los muertos del Seguro Social", *El Espectador*, Bogotá, 10 de diciembre de 2000.
- "Los proveedores de suministros: ¿financian la falta de liquidez del sector?", *Vía Salud*, núm. 5, Bogotá, 1998.
- "Los retos de la seguridad social del 2000", *Seguridad Social al día*, (Bogotá, octubre 1998). Disponible en www.seguridadsocial.com.co/abr98a.htm
- "Nos obligan a violar la ética", *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001.
- "Ninguna EPS debería funcionar", *El Espectador*, Bogotá, 30 de agosto de 1999.
- "Me han ofrecido plata y he tenido presiones políticas", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2000.
- "Médicos en la cuerda floja", *El Tiempo*, Bogotá, 2 de abril de 2000.
- "Médicos y usuarios denuncian", *El Tiempo*, Bogotá, 13 de octubre de 2001.
- "Médicos se confiesan", *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001.

- "Mercado negro de vacunas: Contralor", *El Heraldo*, Barranquilla, 21 de mayo de 1999.
- "Oscuro panorama de la salud en el Chocó", *El Tiempo*, Bogotá, 8 de septiembre de 1999.
- "Prohibirles a EPS comprar más clínicas", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de diciembre de 2000.
- "Prueba de VIH no es requisito", *El Tiempo*, Bogotá, 30 de junio de 2000.
- "Radiografía de las urgencias hospitalarias en Bogotá", *El Tiempo*, 16 de diciembre de 2001.
- "Recaen' hospitales", *El Tiempo*, Bogotá, 15 de agosto de 2000.
- "Recetas ruinosas", *El País*, Madrid 14 de octubre de 2002.
- "Resultados EPS 1999", Informe Especial, *Salud Colombia*, núm. 51 (Bogotá, agosto – septiembre 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud51/informe.htm
- "Salud busca sus derechos", *El Espectador*, Bogotá, 27 de agosto de 2001.
- "Salud: cobertura sigue baja", *El Espectador*, Bogotá, 14 de julio de 2002.
- "Salud infectada de corrupción", *El Espectador*, Bogotá, 17 de mayo de 1998.
- "Se agudiza crisis de los hospitales públicos". *Salud Colombia*, núm. 44 (Bogotá, febrero–marzo 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud44/noticias44.htm
- "Se adelgazan las nóminas, engordan los contratos", *Seguridad Social al día* (Bogotá, septiembre 1998). Disponible en www.seguridadsocial.com.co/jun99a.htm
- "Se avecina colapso financiero en la salud"; *El Tiempo*, Bogotá, 6 de agosto de 2001.
- "Sector salud en peligro por avalancha de tutelás", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.
- "Se 'esfumaron' cerca de 100 mil millones de la salud", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 2001.
- "Sólo el 10% de los estudios es válido para el médico" *El País*, Madrid, 1 de octubre de 2002.
- Un estudio de Philip Morris dice que la muerte por tabaco ahorra gasto sanitario" *El País*, Madrid, 17 de julio 2001.
- "¿Un salvavidas para los hospitales" *Salud Colombia*, núm. 34 (marzo – abril 1999).
- "Una desaparición cada 24 horas", *El Espectador*, Bogotá, 25 de mayo de 1999.
- "Una masacre cada 48 horas durante 1998". *El Tiempo*, Bogotá, 13 de febrero de 1999.
- "UPC se incrementará un 10% para el año 2000", *Salud Colombia*, núm. 43 (Bogotá, diciembre 1999 – enero 2000). Disponible en www.saludcolombia.com/actual/salud43/noticias43.htm
- "Usuarios y médicos denuncian", *El Tiempo*, Bogotá, 13 de octubre de 2001.