



El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de la administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

**PRÁCTICA JUDICIAL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD**

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**PRÁCTICA JUDICIAL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD**



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”**

PRÁCTICA JUDICIAL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDWAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora

JORGE LUIS RESTREPO PIMENTA
PhD en Derecho

PRÁCTICA JUDICIAL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

TABLA DE CONTENIDO

CONVENCIONES	10
PRESENTACIÓN	11
SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR Jorge Luis Restrepo Pimienta	14
JUSTIFICACIÓN	15
BREVE RESUMEN DEL MÓDULO	22
MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO	24
OBJETIVOS DEL MÓDULO	25
MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 1	29
UNIDAD 1.	
COMPRENSIÓN TEÓRICO-NORMATIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD	
1.1. El derecho fundamental a la salud, perspectiva de derecho humano fundamental	30
1.1.1. Naturaleza jurídica del derecho fundamental a la salud	31
1.1.2. Instrumentos internacionales del derecho fundamental a la salud	35
1.1.2.1. Compresión del derecho a la salud en Sistema de las Naciones Unidas...	36
1.1.2.2. Derecho a la Salud en la mirada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	40
1.1.3. Contenidos y elementos del derecho fundamental a la salud y las obligaciones de los Estados	41
1.1.4. Tasaciones constitucionales del derecho fundamental a la salud	48
1.1.5. Derecho fundamental a la salud y la configuración del Sistema de Salud	50
1.2. Sistema de salud en el Código de Seguridad Social Integral	53
1.2.1. Marco ideológico-político de la reforma del Sistema de Salud	53
1.2.2. Compresión institucional del Sistema de Salud	57
1.3. Elementos jurídicos estructurales de los regímenes del Sistema de Salud	62

ISBN: 978-958-52139-2-0

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

1.3.1. Régimen Subsidiado en el Sistema de Seguridad Social en Salud	63	3.4. Orientación y regulación Sistema de Salud y vínculo jurídico con el derecho fundamental a la salud	111
1.3.1.1. Génesis y tipología del Régimen Subsidiado en Salud	63	3.4.1. Funciones generales de Inspección, Vigilancia y Control frente a la Garantía del Derecho Fundamental a la Salud	113
1.3.1.1.1. Gestión y administración del Régimen Subsidiado en Salud	64	3.4.2. Financiación y administración del Sistema de Salud para garantizar la eficiente prestación del derecho fundamental a la salud	120
1.3.1.2. Prestaciones asistenciales del Régimen Subsidiado.....	64	3.5. Garantía eficaz del derecho fundamental a la salud a partir de la prestación de los servicios y participación de los usuarios	121
1.3.1.3. Prestaciones económicas en el Régimen Contributivo	65	3.5.1. El funcionamiento real de un sistema ideal de atención en salud	124
1.3.1.4. Prestaciones económicas en el Régimen Subsidiado	67	3.5.2. Calidad en los servicios de salud. Los problemas persisten	129
1.4. Sentencia C -713/2012. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.....	68	3.5.3. Sistema de Control de Calidad deficiente frente al derecho fundamental de la salud	134
1.5. Casos.....	72	3.5.4. Dinámica de un modelo con enfoque diferencial en el SGSSS	134
UNIDAD 2.		3.5.5. Sistema económico y modelo de Sistema de Salud para garantizar el derecho fundamental a la salud	136
EL SISTEMA DE SALUD Y SU VÍNCULO CON LOS DERECHOS HUMANOS		3.5.5.1. Planes Voluntarios de Salud. Hechos de desigualdad en la prestación de servicios.....	139
MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 2.....	76	3.5.5.1.1. Pólizas de salud	139
2.1. Estudio de la compatibilidad del Sistema de Salud con los de derechos humanos	77	3.5.5.1.2. Contrato de medicina prepaga	140
2.2. Una compatibilidad <i>prima facie</i>	77	3.5.5.1.3. Seguros privados	140
2.3. La precariedad de la prevención y la salud pública	78	3.5.6. Descripción de estructura del Sistema de Salud en relación a su eficiencia de derecho fundamental a la salud.....	141
2.4. Las barreras de acceso a la atención a los servicios de salud.....	80	3.5.7. Fuentes de financiación y administración del Sistema de Salud	141
2.4.1. La uniformidad en las cotizaciones.....	81	3.5.7.1. Calidad y garantías jurídicas en la prestación de los servicios de salud	143
2.5. Los principios de igualdad y de no discriminación	83	3.5.7.2. Los Afiliados y usuarios del SGSSS	144
2.6. Sentencia T- 763/2011 M. P.: María Victoria Calle Correa	88	3.6. Sentencia T-603/2015 M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.....	145
2.7. Casos	92	3.7. Casos	150
UNIDAD 3.		Bibliografía	160
CONTROL, VIGILANCIA Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS, GARANTÍAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD			
MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 3.....	99		
3.1. Funcionalismo estructural jurídico, el modelo del SGSSS	100		
3.2. Dimensión e implicaciones de los sistemas mecánicos en el derecho fundamental a la salud	100		
3.3. Esquema de organización y gestión del SGSSS	105		
3.3.1. Estructura General del SGSSS en Relación al Derecho Fundamental a la Salud	108		

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

La adopción por Colombia de la fórmula del Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991 implica un compromiso claro de las autoridades por hacer efectivos los derechos de las personas. No solo los derechos civiles y políticos sino también los derechos económicos, sociales y culturales, pues una efectiva protección de la dignidad de la persona, que es la base del ordenamiento constitucional, requiere que estas gozen de unas condiciones materiales básicas que les permitan un ejercicio real de sus capacidades y libertades.

Esto explica que la Constitución haya incorporado un catálogo amplio de derechos sociales y haya conferido una especial fuerza jurídica a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, entre los cuales se encuentran aquellos relativos a los derechos sociales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entre esos derechos se encuentra aquel de todas las personas a gozar del máximo nivel de salud física y mental, reconocido por el artículo 12 del mencionado Pacto y por los artículos 44, 48 y 49 de la Constitución. Este derecho tiene contenidos que han sido especificados por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, y que implica obligaciones para las autoridades de respetar, proteger y realizar dicho derecho.

En ese sentido, este estudio parte del análisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), desde la concepción de la salud como derecho humano, por lo cual la definición del contenido del derecho dada por las instancias internacionales vinculadas al tema y los desarrollos de la normatividad y jurisprudencia, nacional e internacional, también son el marco de análisis para valorar los avances y retrocesos del sistema de salud en Colombia.

Esta dimensión normativa permite llegar a un consenso generalizado, y es que la salud es un derecho humano, aunque no se desconoce la existencia de desacuerdos en cuanto a los medios para lograr la satisfacción del derecho, suscitados entre quienes defienden la exclusiva intervención estatal en la prestación de los servicios y aceptan la concurrencia de los particulares en ello, fórmula adoptada expresamente en la Constitución de 1991.

En efecto, los diversos problemas detectados y ampliamente documentados sobre el acceso a la salud y calidad de la prestación no han

encontrado soluciones adecuadas y generan el reclamo frecuente de los usuarios a través de los canales previstos para ello, puesto que desde el diseño inicial, el modelo de salud planteó un sistema de prestación mixta, cuya eficiencia y eficacia estarían garantizadas por un dispositivo de control y vigilancia estatal fuerte, porque aseguraría el logro de sus cometidos (Restrepo 2012).

En ese sentido, este módulo hizo de la metodología investigativa utilizada por los modelos de estudios cualitativos hermenéutico documental, donde a través de la revisión de documentos, entre ellos doctrina, jurisprudencias, normas jurídicas, teorías, modelos, sistemas, regímenes y conceptos, se conoce toda la problemática del derecho fundamental a la salud en Colombia, desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos fundamentales (Restrepo 2012).

Asimismo, cabe destacar que el Derecho Fundamental a la Salud es una complejidad en su contenido dado que el de él se desprende el derecho sanitario y el derecho a la seguridad social en salud; en cuanto al derecho sanitario es la regulación de los factores determinantes de condiciones de normalidad de los seres humanos, el cual está compuesto por seguridad alimentaria y nutricional, seguridad vial, manejo de basuras, saneamiento básico, control de vectores, agua potable, manejo de residuos, higiene, seguridad y salud en trabajado, licencias medicamentos, registro de fórmulas, zoonosis, manejo de cadáveres y cementerios, habilitación de servicios de salud y control y calidad bienes y suministros humanos. Es decir salud pública ambiental y epidemiológica, ello se encuentra en Colombia en la Ley 9^a de 1979 Código Sanitario, Ley 10 de 1990 Sistema Nacional de Salud, niveles de atención, tipos de servicios y grados de complejidad, Ley 715 de 2001 Sistema de General de Participación en Salud y en Ley 1122 de 2017 planes de nacionales y territoriales en salud, al igual el concepto de salud pública.

Seguidamente, se debe desacatar la manera como está entendido el derecho a la seguridad social en salud, este es de carácter prestacional el cual se relaciona con el aseguramiento, inscripción, registro, afiliación, cotización, movilidad, recursos, financiación, prestaciones asistenciales y económicas, regímenes de salud, autorizaciones y aplicación de los procesos de atención a los asociados tales como promoción, prevención, asistencia, intervención clínica y quirúrgicas, recuperación y rehabilitación.

Asimismo la regulación contratación, facturación, procedimientos administrativos y judiciales, es esta parte del derecho a la salud es la organización prestacional y de gestión, para atender contingencias humanas las cuales son síndromes, enfermedades, discapacidad, deficiencia,

minusvalía, invalidez, lesiones al cuerpo, daños corporales, maternidad, paternidad, parto, embarazo, nacimiento, traumas, entre otras, ello está regulado en Colombia en la Ley 100 de 1993, Decreto 806 de 1998, en las leyes 1438 de 2011, 1751 de 2015, 1753 de 2015 y 1797 de 2016 y los decretos 2353 de 2015, 780 de 2016, 3047 de 2013.

La compresión compleja de este derecho a la salud se basa en la Observación 14 de ONU, donde se deja ver con claridad que el Estado de Colombia lo ha adoptado de manera precisa en el artículo 49 de Constitución Política, planteando “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”, de esta manera se puede ilustrar así según la ONU:



Figura 1. Derecho a la salud complejidad.

Fuente: Observación General No. 14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. OMS y ONU.

Luego de haber presentado el anterior recuento histórico jurídico, político social acerca en relación a las retribuciones humanas fundamentales en el mundo y en Colombia, desde una perspectiva de evolución de derechos y garantías humanas en relación con la vida y a los estados o condiciones óptimas de los individuos y las colectividades, se desarrolla el presente Módulo de Práctica Judicial en Derecho Fundamental a la Salud, con el objeto de informar, aportar, adiestrar, actualizar, orientar y generar espacios de diálogos en temas sensibles como es la toma de decisiones judiciales acerca de prestaciones asistenciales para el mejoramiento y conservación de la calidad de vida de las personas, ocasionada por una contingencias humanas o materiales tales como enfermedades, síndromes, daños corporales, discapacidad, epidemias, pandemias, endemias y demás, en el ejercicio de la función judicial de los funcionarios y empleados de la rama judicial.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR JORGE LUIS RESTREPO PIMENTA

Abogado, Especialista en Educación y competencias Laborales, Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho Constitucional, Magíster en Derecho con énfasis en Seguridad Social, PhD en Derecho, Pos-Doctor en Epistemología.

Se ha desempeñado como Par Académico Colciencias, Concaces, CNA, Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho al Trabajo y la Seguridad Social, Investigador Senior, Miembro Grupo de Investigación Científica INVIES Categoría A, Docente de Carrera y Coordinador de Área Laboral y Seguridad Social, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, Docente Universidad del Norte Pregrado y Posgrados, exdirector y creador del Programa de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Libre, Docente Invitado en Posgrados en Derecho Trabajo, Seguridad Social, Salud y Seguridad en el Trabajo, Auditoría en Salud de la Universidad del Sinú, Universidad Simón Bolívar, Universidad de la Costa, CECAR, Universidad San Buenaventura Cali, Conjuez Sala Laboral Distrito Judicial del Atlántico. Autor de más de 8 textos en relación con la materia y más de 20 artículos científicos indexados.

JUSTIFICACIÓN

La antropología jurídica es una disciplina que tiene por objeto abordar temas acerca de la dimensión humanística normada desde una transcendencia cultural y biológica, ubicando la diversidad de razas, géneros, sexo y estilos de vida de los humanos; de esta manera se puede entrar a profundizar sobre la salud y enfermedad ejes de regulación de los sistemas de derechos humanos y sistema de salud. En este sentido, se prepondera enunciación más importante del derecho a la salud está presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Arenas, 2014).

Precisando fundamentos normativos internacionales, cabe expresar que en el artículo 25, es donde se establece que todo individuo debe alcanzar un nivel de vida que le permita a él y a su familia, salud y bienestar; se entenderá cumplida cuando cuenta con alimentación, un nivel nutricional óptimo, vestido, recreación, estabilidad, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios. Adicionalmente, tendrán derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios; esto es un reflejo de la compresión del hombre en su dimensión biopsicosocial (Arenas, 2014).

Siguiendo en este ritmo de ideas consonantes cabe decir que la Organización Mundial de la Salud al constituirse dispuso que el deseo o anhelo de los pueblos es alcanzar el mayor disfrute posible de la salud para todos los ciudadanos; por lo tanto, todos contamos con la potestad de conservar la salud, y contar con los medios suficientes para restablecer la misma en caso de enfermedad, la protección no debe ser sólo individual, su integralidad radica en que debe abarcar a los familiares (Almanza Pastor, 1992).

Las declaraciones deben ser reglamentadas dentro de un orden normativo internacional, es así que surgió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1967 convenido por la Asamblea ONU, sujeto de derecho internacional público rector, acá se registró el derecho de toda hombre al disfrute del más alto paralelismo posible de salud física, mental y social; por lo tanto, los seres humanos deben contar con la garantía de estar libres de enfermedades y que el Estado debe promocionar, prevenir, difundir, educar, orientar, respetar, proteger y cumplir este derecho (Almanza Pastor, 1992).

Para seguir ilustrando con precisión jurídica, cabe decir que las normas internacionales descritas lo han contemplado como un derecho humano justificado, de titularidad universal y complejo que encuentra su fundamento en la ética, porque persigue acabar con la pobreza y la marginación, además de estar íntimamente relacionado con otros derechos como el de la educación, el trabajo y vivienda, debido a que la garantía de aplicación depende de diversos factores socioeconómicos (Morante, 2011).

Sin embargo, la idea del derecho a la salud durante gran parte del siglo XX fue emparentado más a las posibilidades que tenían las autoridades sanitarias de controlar (factores determinantes de estados de normalidad físico-social y psíquico), que de brindar una influencia y exigibilidad al Estado porque como se narró la salud vista como derecho desde el positivismo jurídico es un producto de las reclamaciones sociales que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX (Morante, 2011).

Así es menester expresar que las primeras constituciones –en su parte dogmática– se ocuparon del derecho a la salud y demás derechos económicos, sociales y culturales fueron la Carta Constitucional mexicana de 1917 y la norma suprema de Weimar de 1919; otras cartas magnas lo vislumbraron como un derecho social relacionado al derecho a la asistencia sanitaria debido a los dos modelos existentes de protección de la salud: el modelo de seguridad social y el del sistema nacional de salud (Morante, 2011).

También se hace necesario mencionar en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador” de 1988 esto dentro de los sistemas regionales de defensa de derechos de los hombres, en este es básico aducir que se aprecia cómo la salud es el goce más estimable a nivel de bienestar físico, mental y social, además, de ser considerado internacionalmente como un bien público (Morante, 2011).

En aras de argumentar y exponer conceptos de los sujetos internacionales de derecho público cabe decir que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud señala que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, este es una dimensión cimentada en la antropología bilógica y en las ciencias del cuidado (Restrepo, 2017).

Por lo tanto, actualmente el derecho a la salud debe comprenderse esencialmente bajo estos elementos: contingencias humanas previas a las patologías las cuales serían daños corporales, lesiones, traumas, víctimas, victimarios, pobreza, vejez, también daño a la condición de normalidad

por terceros; derecho a que el Estado debe suscitar medidas de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad alimentaria, vial, nutricional y nacional; derecho a la asistencia prestacional y su generalidad (Restrepo, 2017).

Ahora bien, la salud en su entendido de condición humana de normalidad la cual es regulada y plasmada en documentos internacionales e internos de naciones, este para su operacionalización real y efectiva requiere modelos de Estados y financiación al igual que un sistema; es por ello que aplicando lo antes expresado Colombia hace su abordaje de estudio y aplicación bajo los parámetros de un Estado Social de Derecho de esta forma se entiende que sus características jurídicas son irrenunciabilidad, inherencia a todos los seres humanos, integralidad e integracional, determinante para alcanzar una vida digna y de calidad, vital para la eficacia real del principio de igualdad material (Restrepo, 2017).

Los Estados contemporáneos hacen esfuerzos por regular esta garantía (salud) de modo integral, es por ello que puede resumirse como un derecho que está detalladamente protegido por instrumentos jurídicos internacionales que permiten concluir que el derecho a la salud es un derecho humano, universal, vinculante, coercitivo, inherente, e indispensable para el ejercicio de los demás derechos de los individuos, de esto no se puede perder de vista que los Sistemas de Salud no solo garantizan derecho prestacional a la salud, sino a la vida; igualdad; y libertad. De allí la multidimensionalidad compleja y completa de proteger la diversidad de garantías en la operatividad del régimen (Restrepo, 2017).

Se resalta en esta línea, la significación de un derecho social que se caracteriza por su comprensión, inclusión, interdependencia e integración con otros derechos; que supone el alcance de libertades y comisiones, que permiten el reconocimiento del derecho a la salud como un bien público, servicio, proceso de atención, modelo, debidamente garantizado por los Estados parte. Por eso, dentro del Estado social, constitucional y comunitario, este debe entenderse desde la contumelia a los hombres y mujeres, y el alcance a una riqueza integral existencial (Restrepo, 2017).

Se deriva desde el contexto histórico que el derecho a la salud está minuciosamente regularizado a nivel internacional mediante los instrumentos jurídicos. Esta protección supranacional permite brindarle al derecho a la salud, la categoría de obligatoriedad para que el ejercicio de los demás derechos humanos pueda llevarse a cabal término, además de considerarse como un derecho social y universal (Gañán, 2013).

Válgame indicar que en Colombia, el derecho a la salud se constitucionalizó expresamente en los artículos 44 y 49 y fue considerado como un derecho compuesto por lo sanitario asistencial y lo meramente prestacional propio del aseguramiento; entonces, de esta forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha elevado a uno de doble connotación, es decir, fundamental y asistencial, seguidamente en sus avances luego catalogado en un derecho fundamental por conexidad. Asimismo la Corte siguió con su interpretación y lo catalogó como un derecho fundamental directamente relacionado a determinadas poblaciones como los ancianos, adultos mayores, discapacitados y desplazados; para finalizar existe una norma estatutaria de 2015 que lo considera fundamental (Gañán, 2013).

Cabe resaltar dentro de un estilo amplio que, aunque su protección se encuentra positivizada en el artículo 11, busca la satisfacción efectiva e integral de una vida digna a los habitantes mediante la ratificación de otros derechos que coadyuvan a su cumplimiento, entre ellos, el derecho a la salud (Gañán, 2013).

Haciendo alusión a la interrelación de este derecho a la salud con diversidad o multiplicidad de garantías reguladas en la Carta, es de insinuar que está sustentada y puede colegirse en el derecho a la salud y de los servicios que de estas se derivan a las personas de la tercera edad, asimismo con las personas en estado de discapacidad en el momento de realizar actividades de carácter deportivo, recreativo, competitivo y autóctono que pretenden la conservación y desarrollo del estado de salud de los seres humanos; también se incluyen a los trabajadores de la tercera edad o con condición de discapacidad; por último, a los trabajadores del sector agrario y la garantía de acceso a un ambiente sano (Cortés, 2011).

De esta manera, se nota ampliamente que con el desarrollo legal de los mandatos constitucionales dados mediante la ley fundamental de seguridad social, la cual estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el propósito de regular el servicio público de la salud, sus condiciones de accesibilidad para los ciudadanos, la adaptabilidad, los múltiples regímenes para la población según los niveles de atención o grados de complejidad, se logró el cubrimiento de las eventualidades producto de situaciones como enfermedad general, estado de gravidez de afiliados o beneficiarios, y como punto final, el acceso garantizado a todos los seres humanos a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (Cortés, 2011).

Seguidamente, es menester aducir que el numeral 3 del artículo 153 del Código Normativo de Seguridad Social, también se encarga de promover el

fomento de la salud y advierte la necesidad de la prevención como una fase primaria en las etapas de acceso y atención en salud. En efecto, también se incluyen la educación, orientación, promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, la salud familiar, comunitaria, su atención primaria y colectiva los cuales constituyen en las opciones y maniobras convenientes para que de manera íntegra los modelos de salud permitan mejorar la salud de los individuos y las poblaciones (Cortés, 2011).

En este orden de ideas el desarrollo paradigmático del Sistema de Seguridad Social en Salud, desde su compresión eminentemente de aseguramiento a través de sus regímenes ordinarios, especiales y exceptuados, el tratamiento jurisprudencial ha sido destacado, en sentencia T-760 de 2008, por medio del cual se reconoce este derecho como fundamental autónomo implicando que debe existir para cada uno de los habitantes garantías que les permitan disfrutar de un estado físico, mental, emocional y social óptimo, para desarrollarse en forma digna y plena que permita el desarrollo de sus potencialidades, para su bienestar personal, familiar y la sociedad, esta sentencia es el primer paso para las futuras regulaciones de las cuales se gozan hoy en Colombia (Gañán, 2013).

Téngase en cuenta, también, que el derecho a la salud es inherente a la protección y preservación de la especie humana. Los hombres, según lo reiterado por la jurisprudencia, cuentan con el derecho a un progreso pleno, esto significa tener una vida digna de calidad donde puedan disfrutar verdaderamente de las libertades, igualmente complementadas con el amparo a la integridad personal y al goce pleno de todos sus derechos constitucionales y legales (Cortés, 2011).

Con base en los hechos históricos, es loable enunciar que, bajo criterio de la Corte Constitucional colombiana en 1992, el derecho a la salud cumple las condiciones de generalidad, universalidad, calidad, eficiencia y, por consiguiente, las personas tienen derecho a él; además, incluir la protección de bienes, servicios, prestaciones, e intereses vitales. En síntesis, son inherentes todas estas características para desarrollar cualquier plan de vida digna ya que por lo descrito se considera una pretensión moral y existencial justificada (Cortés, 2011).

Dentro del sinnúmero de características normativas y jurídicas se puede resaltar que su titularidad es irrenunciable, imprescriptible, inalienable e innegociable y de no libre disposición. El Estado tampoco puede disponer de su titularidad; en fin, podría decirse que el derecho a la salud es un efectivo derecho fundamental, según lo contemplado en por la Corte Constitucional

en 2008, y deja de considerarse que únicamente es un derecho social fundamental, sino fundamental por conexidad o extensión (Cortés, 2011).

Tomando los preceptos doctrinarios Vélez Arango (2007) que conciben el derecho a la salud como la escasez de contar con unas condiciones de bienestar del individuo, que se traducen en un derecho donde no se puede disponer una vida digna, ni al acceso a servicios básicos esenciales que le permitan y garanticen un desarrollo de aquellas libertades primordiales (capacidades). Se puede derivar que el propósito es lograr una concepción completa de la salud que tenga en cuenta los diferentes tipos de los individuos y la sociedad compartida, y lograr la promoción y gestión adecuada de la salud asimismo que la prevención de las enfermedades para que se pueda permitir una salud pública y bienestar habitual (Gañán, 2013).

Seguidamente, se puede anotar que, esas características o dimensiones especiales del derecho generan la vinculatoriedad a las ramas de poder público según lo acordado en el artículo 4º de la norma superior, esa aseveración también conduce a que su aplicación puede ser ejercida directamente por los jueces y órganos ejecutivos o administrativos, según el artículo 85, porque se les brinda garantía las disposiciones legales posteriores (Barona, 2015).

Dentro del compendio normativo superior cabe resaltar el artículo 152, derecho a ser protegido aún frente al poder constituyente secundario en Colombia; el 377, gozar la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional; el 86, prohibición de suspensión durante los estados de excepción; el 214, todos ellos en función de un servicio público esencial de calidad con respeto y dignidad a los usuarios o clientes del sistemas dentro de sus múltiples regímenes (Barona, 2015).

Completando esta información se puede concluir que en Colombia el derecho a la seguridad social y a la salud es considerado constitucionalmente dentro de los derechos sociales, económicos y culturales y determinado como fundamental, según el artículo 44 de la norma superior. Asimismo, es un servicio público obligatorio, cuyo manejo está a cargo del Estado, pero que puede ser prestado por las entidades públicas o privadas. Inicialmente, este derecho fue catalogado como prestacional a la luz de las normas estatutarias vigentes (Barona, 2015).

De esta forma, es válido afirmar que si no cuenta con esas garantías especiales en el país dentro de los elementos de un Sistema de Seguridad Social en Salud (instituciones, normas y procedimientos), el derecho a la salud se valoraría como fundamental únicamente en los casos en los que se

recurre a su protección por vía acción de tutela, aunque no se entendería por lo mismo como fundamental desde el ámbito presupuestal o financiero (Gañán, 2013).

Para finalizar, cabe exponer que, además, debido a la naturaleza y sustancia con la que se instituyó en Colombia el derecho puede depender de restricciones de carácter legal y procedural, según la disposición del artículo 49 se ordena regular aspectos de la participación e intervención de particulares en la administración y prestación de los servicios derivados de dichos derechos, las capacidades nacionales y territoriales, los medios e instrumentos para su materialización (Barona, 2015).

De ese modo, a manera de síntesis sistemática analítica, debe entenderse que la seguridad social, según el Código Iberoamericano de Salud, es un derecho propio del ser humano con el objetivo de gozar de una alta calidad de vida y de riqueza integral para él y para la comunidad. Incluso, el concepto de derecho a la salud, de acuerdo con el Protocolo de San Salvador, se considera como un derecho de las personas a gozar de los más altos niveles de bienestar integral, con el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, siempre y cuando se encuentre bajo los preceptos de un Estado social de derecho y en el concepto de Estado constitucional (Barona, 2015).

BREVE RESUMEN DEL MÓDULO

Tanto en su diseño como en la puesta en marcha del modelo de Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), se observan tensiones que afectan la garantía plena del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional. En ese sentido, el modelo, desde su concepción, excluye a gran parte de la población, pues discrimina a sectores enteros en función del ingreso, sin embargo, la exclusión, en este caso, no debe ser entendida únicamente desde el punto de vista económico. Por el contrario, el fenómeno de exclusión resulta más complejo, y abarca esferas como la cultural, la social y, en el caso particular colombiano, la geográfica (Restrepo 2012).

La concepción operativa del modelo no cuenta con un enfoque diferencial, por lo cual son limitados los recursos que el sistema tiene para adoptar acciones tendientes a favorecer a la población particularmente vulnerable, aunque cuenta con especial protección a la luz de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y de la Constitución Política. La existencia del régimen subsidiado, que ha sido importante para limitar las inequidades en el acceso a la salud por razón de la capacidad de pago, no es suficiente para superar las diversas discriminaciones.

En este sentido, cabe decir que el modelo que adoptó el Estado colombiano para la prestación del servicio de salud carece de un efectivo enfoque diferencial que considere la particularidad de amplios sectores de la población y garantice que las políticas del sector promuevan criterios explícitos para la equidad y la inclusión. Además, no siempre la focalización ha mostrado los mejores resultados en materia de acceso de los más pobres a los servicios sociales.

Si bien una de las premisas del modelo diseñado para la prestación del servicio de salud en Colombia es la descentralización, la concepción de la política pública no parte del reconocimiento de las profundas diferencias de capacidad institucional que se presentan a lo largo del territorio nacional.

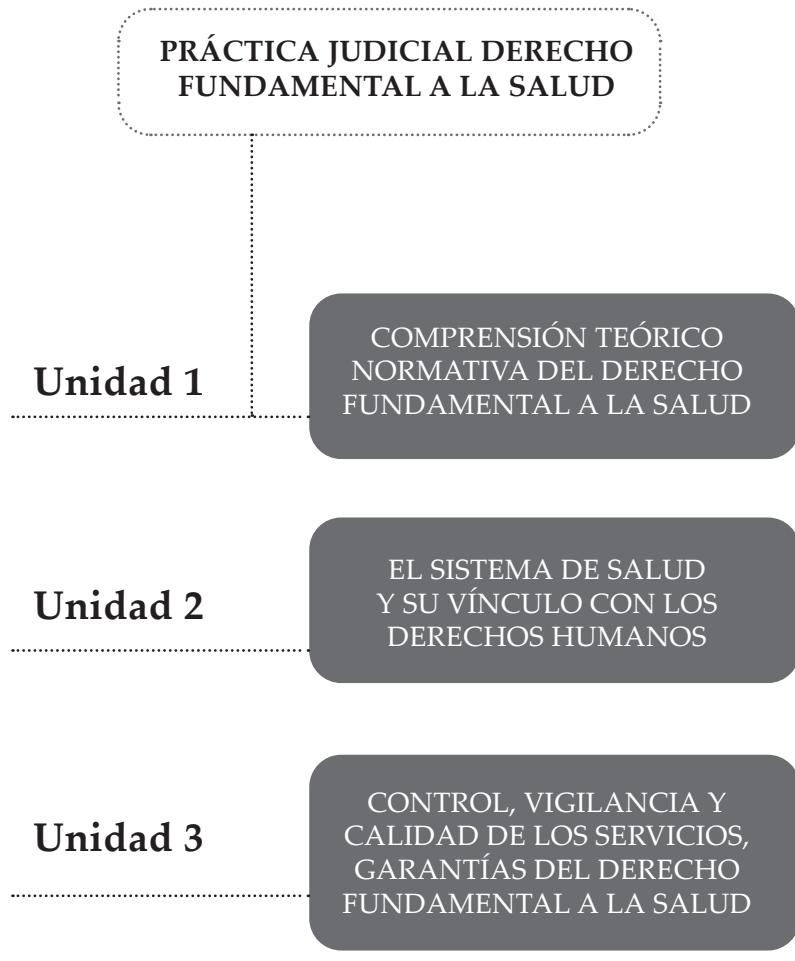
Por lo tanto, la puesta en marcha del modelo SGSSS, adoptado en Colombia con la Ley 100 (régimen ordinario de salud (contributivo y subsidiado)) no solo resalta las inequidades que el propio sistema engendra, sino que, de manera adicional, profundiza los desequilibrios basados en la variada capacidad institucional de apropiarse y desempeñar las funciones relacionadas con el sistema y, en especial, en la garantía del derecho a la salud,

que se relaciona directamente con las diferencias en los niveles de desarrollo socioeconómico que existen en los entes territoriales (Restrepo, 2015).

Para finalizar, cabe expresar que la Ley 100 ha sido objeto de múltiples modificaciones, adiciones y cambios en cuanto a complementar regímenes, acciones, cobertura, accesibilidad de derechos fundamental a la salud, en una diversidad de leyes, las cuales serían las leyes 352 de 1997 –régimen exceptuado contributivo de la fuerza pública–; 647 de 2001 –régimen especial contributivo de salud servidores entes universitarios–, 691 –régimen especial subsidiado de etnias–, 715 –sistema general de participación en salud entes territoriales funciones y obligaciones jurídicas y financieras dentro del sistema de salud–, 1122 de 2007 –aseguramiento, defensores públicos, salud pública y planes nacionales y territoriales en salud–, 1438 de 2011 –portabilidad, igualdad planes obligatorios, periodos de carencia, accesibilidad–, 1751 de 2015 –derecho fundamental a la salud–, 1753 Plan Desarrollo define el enfoque de salud y crea la entidad administradora de recursos en seguridad social en salud (ADRES), la cual reemplazó el Fondo de Solidad y Garantía en Salud (Fosyga) y, por último, la 1797 de 2016 –saneamiento financiero del sector salud y decisiones político-administrativas en las Empresas Sociales del Estado (ESE) por los entes territoriales– (Restrepo 2015).

MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO

OBJETIVOS DEL MÓDULO



Og	<p>Objetivo General</p> <p>Analizar las incidencias de la operatividad del derecho fundamental a la salud en Colombia.</p>
Oe	<p>Objetivo Específico</p> <ol style="list-style-type: none">1. Describir la multidimensionalidad del derecho fundamental a la salud.2. Identificar la vulneración del derecho a la salud en operatividad del Sistema.3. Detallar los factores jurídicos sociales que afectan los derechos humanos en el contenido normativo de sistema de seguridad social en salud.

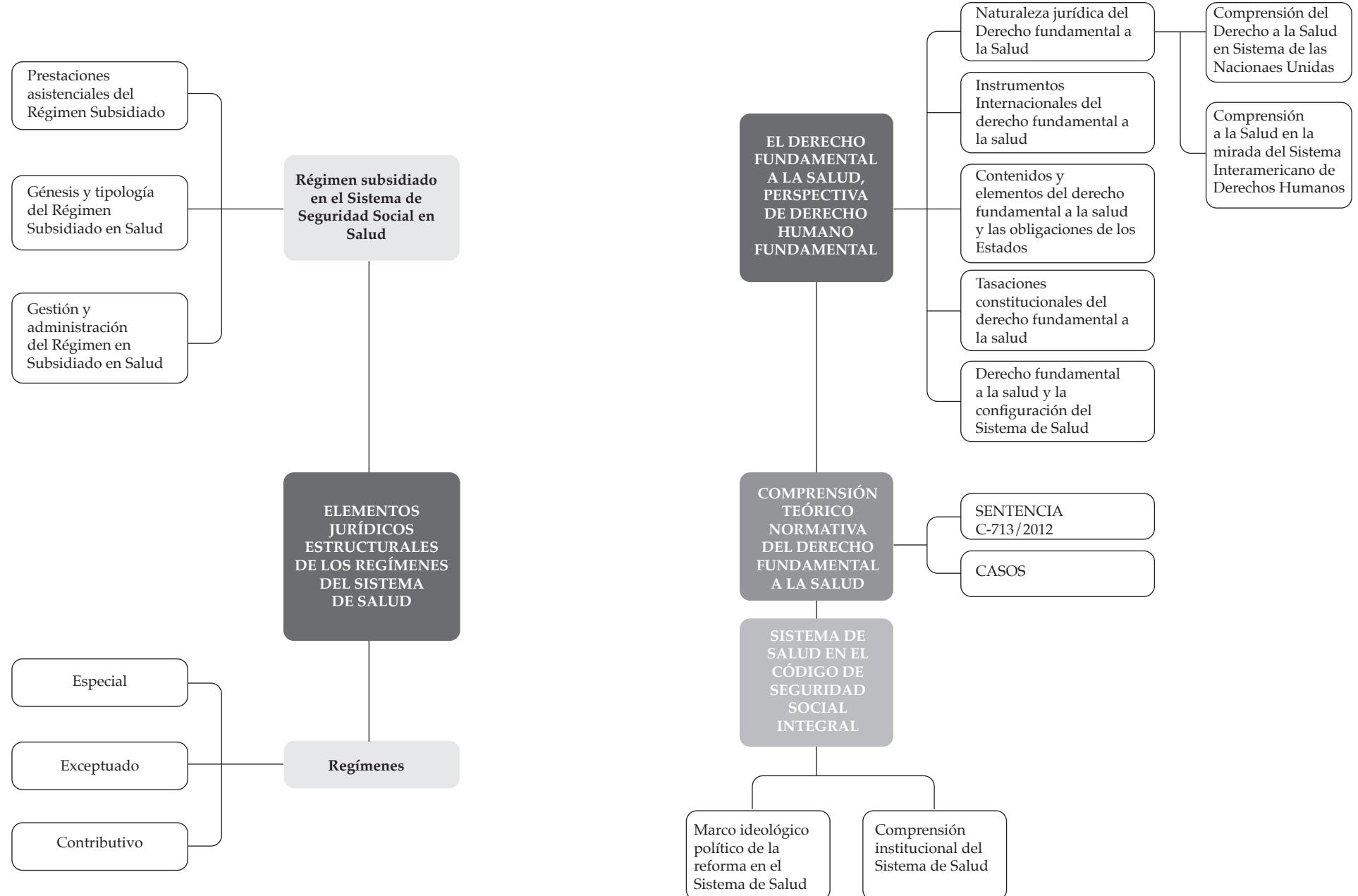
Unidad 1

COMPRENSIÓN
TEÓRICO-NORMATIVA
DEL DERECHO
FUNDAMENTAL
A LA SALUD

Og	<p>Objetivo general</p> <p>Analizar la dimensión, características e incidencia jurídica antropológica compleja del derecho fundamental a la salud.</p>
----	---

Oe	<p>Objetivos específicos</p> <ol style="list-style-type: none">1. Identificar los componentes del derecho fundamental de la salud.2. Describir los elementos jurídicos nacionales e internacionales del derecho fundamental a la salud dentro del Sistema Universal y Regional de Derecho Humanos.3. Precisar la diversidad de definiciones epistémicas acerca del concepto derecho fundamental a la salud.4. Establecer diferencias teóricas, prácticas y aplicadas del derecho fundamental a la salud, derecho sanitario y derecho a la seguridad social en salud.
----	--

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 1



1.1.EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, PERSPECTIVA DE DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

“Es mi aspiración que la salud sea vista no como una bendición deseable, sino como un derecho humano por el cual luchar”¹. Es basado en lo antecedido que puede expresarse que la realidad en torno a los derechos humanos, no se cumple en un derecho específico, como el de la salud, si no que rige una noción de defensa y respeto al espíritu que fundamenta el derecho internacional de los derechos humanos.

Evidentemente, este se encuentra incorporado al ordenamiento constitucional, jurídico, institucional y, por tanto, obliga al Estado como parte de estos instrumentos internacionales, pero no se podría considerar que la sociedad colombiana haya asumido los derechos humanos como una visión rectora ni de las relaciones del Estado con las personas ni del valor de la dignidad individual.

De tal forma, la realización del derecho a la salud probablemente adolece de las mismas debilidades que cualquier otro derecho en el país y su realización se enfrenta con los mismos obstáculos. Podría decirse que las debilidades que afectan su potencial como derecho derivan de la “salud” de los derechos humanos.

La anterior consideración, que da cuenta de las debilidades presentes en el entorno en términos de conciencia y compromiso desde una lógica de derechos humanos subyacente a las políticas públicas y reflejada en el lento desarrollo normativo de cada una de las obligaciones internacionales adquiridas, afirma la importancia de que jurídicamente el derecho esté protegido de manera sólida, y sustenta la necesidad de mecanismos estrictos de vigilancia y control como elementos necesarios para su efectividad.

Tal como se conceptualiza en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la salud es un bien jurídico exigible al Estado como parte de la consagración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC); de esta manera cabe decir que el Estado colombiano quedó obligado a partir de la ratificación de los instrumentos de derecho internacional, bajo el principio de *pacta sunt servanda*, lo que, en el caso de la salud, como todos los derechos humanos, deriva de la noción de respeto a la dignidad

¹ Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas. “It is my aspiration that health will finally be seen not as a blessing to be wished for, but as a human right to be fought for”.

humana y significa un avance en los compromisos morales y políticos de las sociedades; entonces los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se rigen por los principios que definen todos los derechos consagrados en el derecho internacional, como son la universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Tales principios hacen que se apliquen las mismas exigencias para su realización que aquellas que se imponen en el respeto a los derechos civiles y políticos, es decir, medidas adecuadas y efectivas de promoción, respeto y garantía, con la misma obligación de resultado. Esto se entiende en términos de resultado “progresivo”, a diferencia de los derechos civiles y políticos para los que se exige una efectividad inmediata.

1.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

La protección del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos tiende a generar debate en dos sentidos relacionados con su naturaleza jurídica, por una parte, surge el interrogante en cuanto a si es un derecho fundamental en sí mismo, o si lo es por conexidad con el derecho a la vida y otros derechos.

Por otra parte, la salud como derecho se inscribe dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual implica unos términos de protección y realización de los derechos comunes a este género, con algunas diferencias frente a los que obligan a los Estados en relación con los derechos civiles y políticos.

La salud en perspectiva de derechos humanos se enmarca en la normatividad internacional y, en consecuencia, en el cumplimiento de las obligaciones que son responsabilidad del Estado colombiano, adquiridas al suscribir los pactos internacionales pertinentes al tema.

Tanto los derechos reconocidos expresados inicialmente como fundamentales, es decir aquellos que asumen la protección del individuo frente al mismo poder del Estado, bien sea en la defensa de su libertad, vida, igualdad ante la ley, etc., como los prestacionales, la salud, entre ellos, requieren para su efectiva realización la intervención activa y positiva del Estado.

El desarrollo de la legislación e institucionalidad adecuadas o la asignación consecuente de recursos, hacen parte de la exigencia del derecho

para que su realización no sea un simple enunciado sujeto a las posibilidades de acuerdo con el grado de desarrollo de los distintos Estados, o a la voluntad política de las diferentes administraciones.

Algunos sectores doctrinarios y políticos tienden a cuestionar la fuerza jurídica de los derechos sociales y su entendimiento como derechos exigibles, con el argumento de que se trata de derechos de realización progresiva, los cuales requieren la asignación de recursos y desarrollos legales, de manera que su satisfacción depende de la voluntad de los órganos políticos de decisión.

Para otro sector de la doctrina y para el Comité DESC, esto no es así, pues se ha mostrado que hay obligaciones de realización inmediata en relación con los derechos sociales y que para el caso de salud son también determinadas; como lo han señalado numerosos autores, esa diferencia debe relativizarse, pues los DESC también tienen obligaciones de inmediato cumplimiento (como la prohibición de discriminación), y el mandato de progresividad no es una autorización para la inacción de los Estados².

En particular, en su período No. 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité DESC, adoptó la Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (artículo 12). De esta manera es menester aducir que en ese comentario autorizado del artículo 12 del Pacto, el Comité destaca ciertos puntos que son importantes. De un lado, caracteriza a la salud como un “Derecho humano fundamental” (Párrafo 1), que debe ser amparado a todas las personas, que establece, entre otras cosas, que los Estados deben crear “Condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”; luego el Comité establece ciertos “Elementos esenciales e interrelacionados” que hacen parte del contenido de ese derecho a la salud, como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los bienes y servicios de salud (Párrafo 12).

Posteriormente, el Comité desarrolla el alcance del principio de igualdad en salud, este supone no solo la prohibición de discriminar en el acceso a esos servicios, sino el deber de las autoridades de favorecer especialmente a ciertas poblaciones (Párrafos. 18 a 27).

Finalmente, en cuanto al alcance de la obligación estatal en la materia, el Comité reconoce que existen limitaciones de recursos que obstaculizan el pleno goce de este derecho, por lo cual la obligación estatal es progresiva.

² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta. 2002, pp. 24-37.

Sin embargo, el Comité destaca que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, al menos en los siguientes aspectos:

- a) Existen medidas inmediatas que deben ser tomadas, como la prohibición de la discriminación en el acceso a los servicios de salud (Párrafo 30);
- b) En principio las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto, por lo cual el Estado tiene que demostrar que éstas eran necesarias y que “Se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Párrafo 32);
- c) El Estado tiene la obligación “Concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización” de este derecho (Párrafo 31); y
- d) Existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud (Párrafo 43), y unas prioridades que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas (Párrafo 44).

La Observación supera entonces el debate frente a la naturaleza del derecho, al optar por la caracterización como derecho fundamental en sí mismo. Además, el concepto de “El más alto nivel posible de salud”, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, de tal forma que el derecho debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el nivel señalado.

Por su parte, la Corte Constitucional ha acogido en numerosas sentencias una doctrina semejante, pues ha señalado que la naturaleza esencialmente prestacional de los derechos sociales no excluye que estos puedan ser fundamentales en ciertos aspectos, ni vacía de contenido las obligaciones de las autoridades para lograr la plena realización de tales derechos.

Así lo explicó, entre otras, en la Sentencia C-21 de 1997, en donde examinó la constitucionalidad del llamado Protocolo de San Salvador sobre DESC en el ámbito americano, aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996. En esa sentencia, y luego de afirmar la relevancia constitucional de los criterios

del Comité DESC y de ciertos documentos en este ámbito, como los llamados “Principios de Limburgo”, dijo la Corte Constitucional:

Conforme a esa doctrina, y de acuerdo al tenor literal de este artículo, resulta claro que el carácter progresivo del deber de realización de estos derechos no implica que los Estados pueden demorar la toma de las medidas necesarias para hacerlos efectivos; de esta forma por el contrario, el deber de adoptar todas las medidas posibles es inmediato, ya que los Estados “tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto” (Principio de Limburgo No. 16).

De otro lado, conviene tener en cuenta que no es totalmente correcto considerar que todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, y que todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes estatales de abstención, pues la situación es más compleja.

Así, la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades. Por ejemplo, el derecho a la intimidad implica no solo que el Estado debe respetar mi privacidad sino también que las autoridades deben protegerme contra injerencias de terceros.

Igualmente, muchos derechos considerados sociales no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, similar al que opera en el campo de los derechos civiles. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho. En estos eventos, es claro que esos derechos sociales, o ese componente de los derechos sociales, no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata³.

Finalmente, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte.

En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico” (Principio de Limburgo No. 25).

³ Hernández Álvarez, Mario. *El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización*. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2006, p. 12.

Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación, en este orden se alude la multidimensional compleja y completa de proteger la diversidad de garantías entre ellas la guarda del cuerpo, ambiente sano, preservación de la vida, derechos sexuales y reproductivos, seguridad y salud en trabajo, higiene, sanidad pública, derecho al agua potable, limitaciones al consumo de psicoactivos, regulación de fármacos, alimentación, comercialización órganos, seguridad nutricional, limitación a las fumigaciones y, por último, aseguramiento a los servicios.

Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar “*todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles*”, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales, por lo cual, al determinar si se han adoptado las medidas adecuadas para la realización de los derechos reconocidos por el Pacto, se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles (Principio de Limburgo No. 27).

Conforme a lo anterior, según el Principio de Limburgo No. 72, un Estado Parte comete una violación de los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, “no logra adoptar una medida exigida por el Pacto, no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige; no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado; o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo”⁴.

Por consiguiente, conforme a la más autorizada doctrina internacional y constitucional, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, que, aunque es de desarrollo progresivo, impone a las autoridades estatales obligaciones específicas inmediatas.

1.1.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Una vez precisada la naturaleza del derecho a la salud, es conveniente proceder a recordar brevemente los principales tratados que reconocen este

⁴ Ibíd., p. 14.

derecho. Y es que existe una serie de instrumentos jurídicos internacionales en los cuales está expresamente reconocido el derecho a la salud; ellos constituyen el parámetro que delimita el contenido del derecho, la responsabilidad del Estado y el ámbito de protección que puede exigir toda persona. Entonces es posible organizarlos distinguiendo en el ámbito universal los que hacen parte del Sistema de Naciones Unidas, y en lo regional los instrumentos propios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵.

1.1.2.1. COMPRESIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS

- La Declaración Universal de Derechos Humanos protege explícitamente el derecho a la salud al decir que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7, dispone que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos científicos". Este pacto fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que entró en vigor para Colombia desde 1968, en su artículo 12 contiene una de las disposiciones de desarrollo más amplio en derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. Dice esta disposición: Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad infantil y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

⁵ Ibíd., p. 21.

- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Comité DESC es el órgano de supervisión del Pacto y está encargado de vigilar el cumplimiento de sus disposiciones y de asegurar la correcta interpretación de cada una de ellas.

Para ello examina los informes presentados por cada uno de los Estados partes y mediante recomendaciones y observaciones generales explica el contenido y alcance de cada derecho, a fin de que los Estados deriven de estas el desarrollo normativo, las políticas, las instituciones y los programas requeridos.

En lo referente al derecho a la salud, el Comité produjo la Observación General No. 14 relativa al artículo 12, que define la naturaleza, el contenido y alcance del derecho a partir de la inclusión de elementos y procedimientos complementarios, inherentes a la afirmación de la salud como "derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos".

En cuanto a las medidas indicadas en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto con el fin de asegurar la efectividad del derecho, los apartados a, b, c y d constituyen, en concepto del Comité, una lista incompleta de ejemplos dados a modo de orientación para definir todas las que deben adoptar los Estados.

La disposición relativa a la reducción de la mortalidad infantil y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños se amplía e implica el amparo a condiciones relacionadas con la salud materna, infantil y reproductiva, es así que se destaca que la higiene en el trabajo y el medio ambiente, implica la adopción de medidas preventivas respecto de accidentes laborales y enfermedades profesionales, el suministro de agua potable, la reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas, químicas, etc.

La prevención y lucha contra enfermedades epidémicas "tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas"⁶.

⁶ Ibíd., p. 32.

La creación de condiciones que aseguren a todos y todas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, exige prevención y educación, programas de reconocimiento periódico, además de la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y en particular la participación en las decisiones políticas en el plano comunitario y nacional.

La posibilidad de cumplir el nivel de satisfacción del derecho estipulado en el Pacto, de ampliarlo a todos los sujetos sin discriminación y dentro de todos los elementos que lo constituyen, abarca, como lo señala la Observación, la conformación de un sistema de protección que incluye derechos complementarios protegidos en otros instrumentos internacionales.

Sin embargo, desde la adopción del Pacto en 1966, el concepto de salud ha evolucionado en su contenido y alcance y así la vida, la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad, el acceso a la información, la libertad de asociación, de reunión y de circulación entre otros, han quedado vinculados como componentes integrales del concepto del derecho a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Así mismo las consideraciones sobre la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones en el plano comunitario, nacional e internacional, son un aspecto innovador y trascendente para la vigencia y control del derecho, y probablemente sea allí donde radica la posibilidad de diferenciar entre el Estado que ofrece un “servicio” y el Estado que asume el cumplimiento efectivo y cabal de sus obligaciones frente a la realización de los derechos.

En cuanto a las obligaciones surgidas del Pacto, la Observación General No. 3, emitida por el mismo Comité, habla del compromiso de adoptar medidas pertinentes, no limitadas ni condicionadas por otras consideraciones, por ejemplo, de recursos. Las medidas deben ser deliberadas y concretas, orientadas claramente a la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto y “por todos los medios apropiados”.

El Comité señala además la conveniencia de que los Estados justifiquen en sus informes la categoría de “apropiadas” en referencia a las medidas adoptadas, por cuanto se han comprometido a presentar *“informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”*.

Los conceptos de “progresiva efectividad” y de “obligación de resultados” derivan del artículo 2 del Pacto, según el cual cada Estado se compromete

a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente, económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Al respecto el Comité pone de relieve que, aunque se demuestre la insuficiencia de recursos disponibles, se mantiene la obligación de garantía y en consecuencia también la obligación de vigilar la realización o no realización de los derechos permanece. De manera análoga, subraya el Comité, aun en caso de limitaciones graves (crisis económica, procesos de ajuste u otros factores) se puede y se debe proteger a los grupos más vulnerables.

En el mismo sentido, el Comité del Pacto adoptó una declaración en mayo de 1998 referida a la “globalización y los DESC” en razón de la preocupación porque dicho fenómeno pueda desplazar las obligaciones y particularmente las prioridades de satisfacción de los derechos, por ejemplo, que en los servicios básicos de salud, las políticas de recuperación de costos puedan dar base a una reducción de los servicios, si no están acompañadas de medidas que los salvaguarden.

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 22 de 1981) reconoce el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, (Ley 1 de 1981) incluye el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción; el acceso a los servicios que se refieren a la planificación familiar, el período posterior al parto, y la nutrición adecuada durante el embarazo y lactancia.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991) demanda en el artículo 24 la plena aplicación del derecho a la salud y la adopción de medidas mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre; la atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres; y el desarrollo de atención sanitaria preventiva. Requiere la adopción de las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud del niño.

Compromete a los Estados Partes a “*promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en este artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo*”.

De esta forma, se introducen conceptos importantes como el de revisar prácticas culturales tradicionales que puedan afectar negativamente el derecho, así como la responsabilidad específica de los países más desarrollados, frente a la posibilidad de realización de este en condiciones de subdesarrollo propias de otros Estados.

Finalmente hay otra serie de instrumentos internacionales que están referidos al derecho a la salud de otros grupos poblacionales específicos, como los trabajadores, las personas privadas de la libertad, las personas en situación de desplazamiento forzado, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y raciales, los adultos mayores y los enfermos de sida⁷.

Posteriores resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos, así como declaraciones y programas de acción del mismo Sistema, contienen definiciones y ampliaciones del reconocimiento al derecho a la salud, que fortalecen los vínculos con otros derechos, en desarrollo de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia inherentes a los derechos humanos⁸.

1.1.2.2 DERECHO A LA SALUD EN LA MIRADA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra en el artículo XI el derecho de toda persona a la preservación de la salud y el bienestar. Seguidamente se destaca La Convención Americana de Derechos Humanos aunque no hace alusión expresa al derecho, sí afirma en su artículo 26 que los Estados partes se comprometen “a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que en su artículo 33 hace referencia al derecho a la salud⁹.

⁷ Gañán Echavarría, Jaime L. *Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia*. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (1 ed.). Universidad de Antioquia. Medellín 2013. p. 80.

⁸ Ibid., p. 89

⁹ Arbeláez Rudas, Mónica. *Derecho a la Salud en Colombia. El acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Colciencias, Bogotá, 2009, p. 53.

Así mismo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador suscrito en 1988, aprobado por Colombia en 1996 y que entró en vigor en 1999, protege igualmente el derecho a la salud al decir: Artículo 10: 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b) extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Tal como sucede en el sistema de las Naciones Unidas, el artículo 19 de este Protocolo compromete a los Estados a elaborar y presentar informes periódicos respecto de “las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo”; el procedimiento posterior igualmente implica la revisión por parte de los organismos especializados del Sistema Interamericano, sobre el estado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones y de las recomendaciones correspondientes¹⁰.

1.1.3. CONTENIDOS Y ELEMENTOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

A partir de las normas internacionales y los desarrollos que sobre estas han producido los órganos autorizados, se ha consolidado una doctrina sobre

¹⁰ Ibid., p. 45.

los contenidos del derecho y las correlativas obligaciones estatales para la materialización de dichos contenidos.

En cuanto a lo primero, el estudio detallado de algunos derechos ha permitido al Comité DESC delimitar cuáles son los contenidos básicos o niveles esenciales. Por ello se distinguen usualmente cuatro componentes normativos, que en el caso del derecho a la salud se caracterizan de la siguiente manera:

- Disponibilidad: Consiste esencialmente en que exista oferta suficiente de servicios e infraestructura asociados al goce del derecho a la salud, que se traduce en contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, por ejemplo, una red de hospitales apropiada, o los profesionales y medicamentos necesarios.

- Accesibilidad: Consiste en que las personas no tengan obstáculos para acceder al derecho, lo que se expresa en el acceso efectivo a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, en condiciones que permitan el acceso físico, el económico y que puedan acceder a la información.

- Aceptabilidad: Está vinculada no solo a la calidad que deben tener las prestaciones suministradas sino a la conformidad de las condiciones de realización del derecho con el contexto y a su relación con otros derechos.

En virtud de este componente, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica, y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y ciclo de vida y deben estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas que se trate.

La aceptabilidad también implica el respeto por *“el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”*.¹¹

De este componente se derivan también derechos como la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, el derecho a una muerte digna, la autodeterminación reproductiva, la prevención de los problemas de salud mental y la protección del cuerpo contra injerencias ajenas.

11 Ibid., p. 62.

- Calidad: Esta implica que *“además de ser aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde un punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere entre otras cosas personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”*.

Algunos elementos que son especialmente relevantes desde el punto de vista de la calidad tienen que ver con el derecho a que la prestación de los servicios sea llevada a cabo por personal idóneo, capacitado y que disponga de condiciones laborales adecuadas, que el servicio sea prestado en condiciones satisfactorias, que se brinden medicamentos de calidad y atención oportuna.

De otro lado, las obligaciones del Estado derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en relación con salud pueden sintetizarse en:

- a) La de no discriminar, que consiste en que en el desarrollo progresivo de los derechos sociales las autoridades no pueden tomar medidas discriminatorias, como excluir a ciertas poblaciones, de manera injustificada, de las prestaciones garantizadas.
- b) La obligación de adoptar inmediatamente medidas, y hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr la plena realización de los derechos sociales.
- c) La obligación de asegurar un contenido mínimo lo cual mostraría que es posible distinguir en los derechos sociales dos tipos de contenidos: De un lado, un contenido básico o mínimo, que debe ser asegurado de manera inmediata por los Estados, y que estaría ligado al “derecho a la subsistencia”, en la terminología del derecho internacional de los derechos humanos, o al derecho al “mínimo vital”, según la terminología de la jurisprudencia de ciertos tribunales constitucionales, como el tribunal alemán o la Corte Constitucional colombiana; y de otro, un contenido de desarrollo progresivo, frente al cual la obligación estatal es la de tomar medidas para lograr progresivamente su plena realización; y
- d) La prohibición de retroceso, según la cual, si el deber de los Estados es avanzar progresivamente en la realización de los derechos sociales, entonces las medidas que disminuyen una protección alcanzada en el pasado deben ser consideradas, al menos *prima facie*, como contrarias

al PIDESC, por lo que sólo serían válidas si las autoridades pueden justificar su necesidad tomando en consideración el conjunto de los derechos reconocidos por el mismo pacto.

La legislación internacional ha desarrollado obligaciones de orden general y de orden específico, bajo los conceptos de “progresiva efectividad” y “obligaciones de resultado” sobre cuyo cumplimiento el Estado se responsabiliza ante el control ciudadano e institucional y ante la vigilancia de los organismos internacionales. Las posibles limitaciones económicas no eximen al Estado de la adopción de medidas deliberadas y concretas tendientes al disfrute efectivo del derecho.

Si bien la realización puede ser paulatina, en términos razonables, la obligación de resultado permanece y en consecuencia la vigilancia se concentra en el correcto encauzamiento y priorización de las políticas y programas conducentes al logro de resultados. Son precisamente las políticas y los programas adoptados los que garantizan que el derecho prevalezca frente a otras razones de orden económico o político que puedan debilitar, retardar u obstaculizar su realización¹².

Precisamente, en uno de sus informes más recientes, el Relator Especial en Salud, señor Paul Hunt, abordó los problemas que en materia de derechos humanos suscita la inevitable priorización que debe existir en materia de salud, debido al carácter limitado de los recursos.

El Relator reconoce que se trata de un tema difícil, frente al cual aún no hay respuestas consolidadas y que requerirá un trabajo interdisciplinario entre los “especialistas en derechos humanos y los especialistas del ámbito de la salud, incluidos los epidemiológicos y los economistas” (Párrafo 19).

Sin embargo, el Relator precisa que existen algunos principios básicos que deben ser recordados, como que existen niveles mínimos que deben ser satisfechos y que no deberían admitir priorizaciones, que el proceso debe ser transparente y sustentado, que debe ser participativo, y que debe, por decirlo paradójicamente, priorizar en la priorización, a las poblaciones menos favorecidas (Párrafos 20 y ss.).

La Observación General No. 14, a la que ya hemos hecho referencia, pormenoriza las obligaciones de carácter general y de carácter específico a que se deben los Estados; sobre ellas aclara que, si bien el derecho establece la aplicación progresiva, igualmente impone obligaciones de efecto inmediato,

por ejemplo la garantía de la no discriminación y la obligación de adoptar medidas “deliberadas y concretas” destinadas a la plena realización del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Estado también tiene obligaciones jurídicas específicas, al igual que en relación con los demás derechos, de respetar, proteger y cumplir¹³.

La obligación de respetar es una obligación negativa ya que ordena a las autoridades que no tomen medidas que impidan el goce del derecho a la salud, lo cual exige no denegar ni limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos presos, representantes de minorías, etc., es decir, ninguna práctica discriminatoria.

La de proteger incluye la adopción de medidas para velar por la igualdad en el acceso a los servicios proporcionados por terceros, velando “porque la privatización del sector no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, controlando la comercialización de equipo médico y de medicamentos por terceros”.

Igualmente es responsabilidad del Estado proteger de posibles prácticas nocivas, tradicionales, por ejemplo, que afecten el acceso, por parte de terceros, a la atención anterior y posterior al parto o a la planificación familiar; impedir que la mujer sea sometida a la mutilación de sus órganos o a cualquier acto de violencia desde la perspectiva de género.

Finalmente, la obligación de cumplir requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para su ejercicio, instaurando un sistema de seguro de salud pública, privado o mixto asequible a todos. Exige igualmente promover, a través de actividades, el mantenimiento y restablecimiento de la salud de la población.

En su Observación General No. 3, el Comité enfatiza la obligación de los Estados partes respecto a los otros Estados, para lo cual deben reconocer el papel fundamental de la cooperación y cumplir con el compromiso de adoptar medidas conjuntas e individuales para dar plena efectividad al derecho.

Al respecto se remite a la Declaración de Alma-Ata, que proclama la grave desigualdad existente en la salud, particularmente entre los países desarrollados y aquellos en vía de desarrollo. La obligación se extiende al respeto del disfrute del derecho en otros países a través de acuerdos

12 Ibid., p. 68.

13 Ibid., p. 69.

internacionales, a la elaboración de nuevos instrumentos legales, a la influencia para que organizaciones internacionales, por ejemplo, las financieras como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, presten mayor protección al derecho a la salud. Así mismo deben abstenerse de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan a otro Estado el suministro de medicamentos o de equipo médico adecuado.

En la Observación General No. 14, teniendo como base la Observación General No. 3, el Comité confirma que 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. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12.

Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

- a) 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;
- b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS);
- e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) 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 población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que

permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados (OG No. 14, Párrafo 43). Otra obligación particularmente interesante es la de proporcionar capacitación adecuada al personal del sector salud, que incluya la educación en materia de derechos humanos.

La Observación General No. 14 también desarrolla las conductas violatorias del derecho a partir de cada una de las obligaciones delimitadas. Así, se afirma que *“las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados”* y se presentan por acción o por omisión¹⁴.

Evidentemente, la adopción de cualquier medida regresiva incompatible con las obligaciones básicas constituye una violación por acción, tanto como en caso de la no adopción de medidas necesarias derivadas de las obligaciones adquiridas, se trata de violación por omisión; con la violación a la obligación de respetar abarca cualquier acción, política o ley que contravenga el artículo 12 del Pacto, por ejemplo, la ocultación o tergiversación deliberada de información, la suspensión de legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afecten desfavorablemente el disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud.

También constituye violación no tener en cuenta las obligaciones legales al concertar acuerdos con organizaciones internacionales, como pueden ser las empresas multinacionales; también se viola la obligación de proteger al no regular las actividades de los particulares, grupos o empresas que afecten la salud; así como se viola la obligación de cumplir si hay asignación insuficiente de recursos o si no se plantea el enfoque de la salud desde la perspectiva de género. No reducir la tasa de mortalidad infantil y materna es igualmente una violación de esta obligación.

La estrategia nacional y los planes de acción de salud deben basarse en la rendición de cuentas y en la transparencia e independencia del poder judicial. Los Estados deben adoptar una “ley marco” que contenga disposiciones sobre los objetivos que deben alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los

14 Ibid., p. 75.

expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacional del derecho a la salud¹⁵.

1.1.4. TASACIONES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Antes de la Constitución de 1991, el derecho a la salud no tenía un claro reconocimiento constitucional, a pesar de los avances indudables que en materia de derechos sociales significaron la reforma constitucional de 1936 y la ratificación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta situación cambia con la Constitución de 1991, que señala como fin del Estado el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma, en el marco del Estado Social de Derecho.

La Corte Constitucional ha precisado que 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; es así que esa adopción de la fórmula constitucional del Estado social y democrático de derecho permitió entonces una incorporación vigorosa de los derechos sociales en general y del derecho a la salud en particular¹⁶.

Seguidamente es menester decir que el artículo 44 consagra la salud como derecho fundamental de los niños, y es claro que éste también se entiende incorporado en la protección de la vejez contenida en el artículo 46. El artículo 48 establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio *“que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado”*, cuyo desarrollo legal debe ajustarse a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, permitiendo también la participación de los particulares en el sistema de seguridad social¹⁷.

La Corte Constitucional ha entendido el concepto de seguridad social como los medios de protección institucionales para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atentan contra la capacidad que éstos tienen para generar los ingresos suficientes para gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez. Por ello, la Constitución establece que la seguridad social es no solo un servicio

público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sino que también representa un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado.

Por su parte el artículo 49 de la Constitución establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”*. Más adelante dispone que todas las personas puedan acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Esto debe leerse en armonía con los artículos 36 y 366 ibídem que establecen que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley. Más adelante el mismo artículo dispone que “corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y el saneamiento” y el deber de ejercer la vigilancia y el control de la prestación de los servicios, que puede ser llevada a cabo por particulares.

Finalmente, el artículo 50 establece el derecho de atención gratuita, en las instituciones que reciben aportes públicos, para todos los menores de un año; ahora bien, en virtud del llamado bloque de constitucionalidad, esta recepción del derecho a la salud por la Constitución de 1991 implica también, en cierta medida, la constitucionalización de los estándares internacionales sobre dicho derecho, explicados en los apartes anteriores de este capítulo.

En efecto, conforme a dicha figura, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y en particular el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador tienen rango constitucional en el ordenamiento colombiano, por lo cual sus mandatos deben ser tomados en cuenta por las autoridades¹⁸.

A su vez, los criterios desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son criterios relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (artículo 93 CP), como el derecho a la salud, por lo que las doctrinas de dicho Comité, explicadas anteriormente en este capítulo, tienen clara relevancia constitucional en Colombia; cabe expresar en este orden de ideas que fuera de esa recepción interna de los estándares internacionales de derechos humanos, la Constitución tiene otros desarrollos específicos frente a este derecho, que conviene destacar. De un lado, la Corte Constitucional ha

15 Cortés Hernández, Óscar Iván. *Derecho de la Seguridad Social*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Primera Edición, 2003. p. 34.

16 Ibíd., p. 123.

17 Ibíd., p. 84.

18 Ibíd., p. 86.

admitido la protección del derecho a la salud por vía de tutela, con lo cual ha desarrollado su justiciabilidad en forma más intensa que la prevista en otros ordenamientos constitucionales para este tipo de derechos sociales.

De otro lado, la Corte Constitucional ha también mostrado, a través de su jurisprudencia, otras dimensiones o aspectos del derecho a la salud, en lo cual coincide con la visión del Comité DESC que también ha indicado que se trata de un derecho inclusivo, que comprende desde el derecho al propio cuerpo, que incluye la libertad sexual y eugenésica, hasta el derecho a una atención médica y asistencial adecuada y oportuna.

Por ejemplo, la Corte ha desarrollado in extenso los problemas asociados a los derechos de los usuarios no solo de acceso al sistema de salud sino sus derechos en el propio acto médico, es decir, los derechos del paciente frente al personal sanitario. Esto tiene múltiples dimensiones, como el alcance del deber de reserva del médico en materia de datos clínicos o el derecho del paciente a aceptar o no un tratamiento médico, que se encuentra vinculado al llamado consentimiento informado.

1.1.5. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD

El derecho fundamental a la salud, tanto en su dimensión internacional como en su incorporación constitucional, impone al Estado colombiano una serie de obligaciones, que pretenden que progresivamente se logre la plena realización de este derecho; esto significa que las autoridades no pueden adoptar cualquier política o sistema de salud ya que deben respetar ciertos estándares básicos, tanto constitucionales como internacionales. Por consiguiente, es deber del Estado adoptar un sistema de salud que respete dichos estándares.

Sin embargo, eso no significa que el Estado colombiano deba adoptar una política de salud o un sistema de salud concreto y determinado, pues, como ha sido destacado tanto por la doctrina constitucional como por la doctrina en derechos humanos, ni los pactos ni las Constituciones suelen imponer una política o un esquema institucional determinados para que los Estados cumplan con estas obligaciones.

Los Estados, y en especial las autoridades de origen democrático, gozan de una cierta libertad de configuración, según la conocida terminología constitucional, para adoptar una política determinada para realizar un derecho humano, obviamente dentro de los límites impuestos por la normatividad internacional y constitucional. Es muy raro que las

Constituciones impongan una estrategia determinada para la realización de los derechos constitucionales pues una Constitución totalmente cerrada, que impusiera un modelo económico y social muy estricto, sería incompatible con la alternancia democrática.

Por ello ha dicho al respecto la Corte Constitucional que la Carta *“ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc.”*, pues la definición del “contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales, que, en principio, escapan al control de constitucionalidad”.

Por su parte, la doctrina internacional de derechos humanos ha precisado que *“el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define”*; esto significa que el legislador goza de amplia libertad para definir la forma como se prestará la seguridad social y la salud, sin embargo, existen unos mínimos que debe satisfacer un sistema de salud o una política de salud para adecuarse a los estándares de derechos constitucionales y de derechos humanos.

Esos mínimos corresponden obviamente a las obligaciones del Estado en este campo y a los contenidos del derecho a la salud, que han sido explicados por distintas instancias internacionales, como el Comité DESC o el Relator del derecho a la salud, o por la propia jurisprudencia constitucional. En algunos documentos recientes, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, el señor Paul Hunt, ha intentado sistematizar algunos de esos elementos básicos que debe reunir un sistema de salud para ser compatible con los estándares internacionales; sin pretender sintetizar sus reflexiones, que el propio relator reconoce como parciales y preliminares, conviene destacar algunos elementos importantes de su enfoque, pues pueden ser útiles para la discusión colombiana¹⁹.

En primer término, si el derecho a la salud no se reduce al derecho a acceder a la atención médica, sino que es más amplio e integral, pues consiste en el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física, mental y psíquica, entonces los sistemas y las políticas de salud no pueden limitarse a atender la enfermedad, pues deben también tratar los factores subyacentes

19 Yamin, Alicia Ely. *La lucha por los derechos a la salud*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 2013. p. 279

determinantes de la salud. Esto muestra entonces la importancia de las políticas de salud pública en la realización del derecho a la salud.

Continuando en segundo término, un sistema de salud debe, en su diseño y funcionamiento, respetar ciertos principios básicos comunes a los derechos humanos, como el deber de transparencia, la participación, la rendición de cuentas, el respeto a las diferencias culturales y a los principios de igualdad y no discriminación. Es por ello esencial que el sistema adopte estrategias que favorezcan especialmente a las poblaciones vulnerables y discriminadas.

Asimismo, tercer término, y precisamente para lograr una adecuada rendición de cuentas y el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, un sistema de salud acorde con los derechos humanos debería desarrollar un sistema de información, de indicadores y metas, que permita evaluar con claridad los avances y retrocesos en la satisfacción del derecho a la salud²⁰. Esta información debe ser desagregada, hasta donde sea posible, por categorías adecuadas, como género, situación social y geográfica, pertenencia étnica, etc., a fin de evaluar el impacto diferenciado del sistema de salud sobre las poblaciones vulnerables y discriminadas.

Por último, en cuarto término, el Estado debe promover sistemas de financiación adecuados y equitativos, que canalicen los recursos necesarios para lograr una satisfacción progresiva, pero cada vez más plena e integral, del derecho a la salud.

Finalmente, un Sistema de Salud debe inmediatamente cumplir con los contenidos básicos directamente exigibles por el derecho a la salud, y que ya fueron sistematizados por el Comité DESC en la citada Observación General No. 14, a saber: a) La adopción y aplicación de una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública sobre la base de las pruebas epidemiológicas; b) El aseguramiento del acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; c) La distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y d) el suministro de los medicamentos esenciales²¹.

20 Ibid., p. 50

21 Gañán Echavarría, Jaime L. Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (1 ed.). Universidad de Antioquia. Medellín 2013. P. 179.

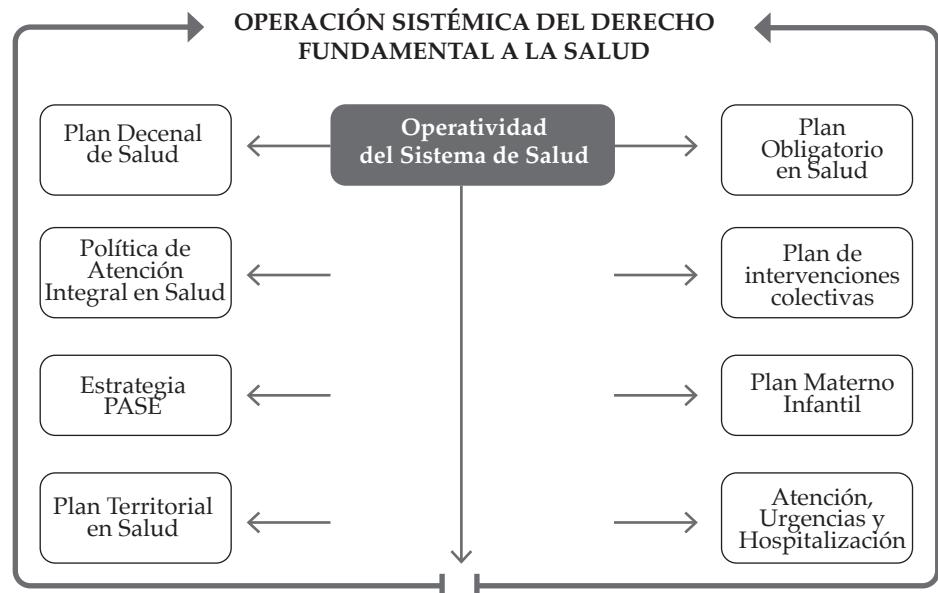


Gráfico No. 1. Operación Sistémica del Derecho Fundamental a la Salud

Fuente: Diseño del autor, basado en experiencias investigativas en dirección de investigaciones de maestría en Derecho.

1.2. SISTEMA DE SALUD EN EL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Tal como se explicó, los Estados tienen una cierta libertad para adoptar un esquema institucional y una determinada política para satisfacer los derechos sociales en general, y el derecho a la salud en particular, teniendo en cuenta el modelo económico financiero, la realidad de contexto, el perfil morbilidad y mortalidad de la población y por último los basamentos sanitarios existentes los cuales son los factores determinantes de los estados o condiciones de normalidad de los asociados. En ese argumento, en Colombia fue adoptada la Ley 100 de 1993, que implicó un cambio profundo del sistema de salud, los cuales serán explicados de la siguiente forma:

1.2.1. MARCO IDEOLÓGICO-POLÍTICO DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE SALUD

Durante los años noventa se vivió en América Latina una reorientación del significado de la política social, que pretendía superar, según sus promotores, las deficiencias que se habían constatado en los resultados de las políticas sociales en los Estados desarrollistas, frente a las cuales se

argüía fundamentalmente la ineficiencia en la prestación de los servicios y los problemas de distorsión en el acceso, por cuanto estos en muchos casos no llegaban realmente a los más pobres. La crítica a estos enfoques de la política social fue articulada al llamado “Consenso de Washington”, expresión equívoca pero necesaria para referirse a los procesos de ajuste del Estado latinoamericano en ese período.

Estos reformadores consideraban que a pesar del discurso universalista en materia de política social que se había desarrollado anteriormente, los resultados efectivos de esas políticas eran cuestionables, pues habían conducido a lo que algunos autores han denominado sugestivamente como una combinación de “falso universalismo” y “universalismo ineficaz”, en la medida en que se verificaron en dichas políticas sociales sesgos corporativistas, cuando éstas no eran francamente excluyentes²².

En efecto, en la práctica, en los Estados desarrollistas la retórica de la política social universal escondía un suministro de bienes y servicios segmentados y de distinta calidad, de tal manera que sólo accedían a servicios estatales de calidad aquellos grupos que tenían fuerza corporativa suficiente para reclamarlos políticamente, que eran esencialmente las clases medias o los sectores sindicalizados del Estado. El “universalismo” era entonces falso. O, en otros casos, como ocurría con la educación básica, algunos Estados latinoamericanos avanzaron considerablemente en el logro de una verdadera universalización, pero en detrimento de la calidad. El “universalismo” era entonces ineficaz.

Los reformadores asociados al Consenso de Washington recurrieron entonces a estrategias que implicaban un recorte importante de las responsabilidades del Estado en la materia, y que se tradujeron en formas de: - Descentralización de la política social; - Focalización de los servicios, con preferencia por los subsidios a la demanda; - Mercantilización, para introducir la competencia y eliminar el monopolio que tenía la mayoría de los Estados latinoamericanos sobre ciertos servicios sociales; y - El desarrollo de los servicios sociales con base preferentemente en proyectos puntuales que competían por recursos públicos y no en políticas de largo plazo formuladas directamente por el Estado.

Esa reorientación de la política social en las décadas de los 1990 pretendía superar las deficiencias que se habían constatado en los resultados de las políticas sociales en los Estados desarrollistas, y que eran esencialmente las

siguientes: - Su ineficiencia, que se traducía en un elevado costo fiscal; y - Su distorsión, pues realmente los servicios sociales estatales no llegaban a los más pobres.

Por ello se planteaban las estrategias para introducir criterios de eficiencia (gracias a los mecanismos de mercado, a la descentralización y a la competencia por recursos de los distintos proyectos) y de focalización (a fin de que los recursos públicos llegaran a los que más los necesitaban).

Para el caso de los servicios de salud, tanto las críticas como las alternativas también fueron planteadas, justamente tras la constatación de la coexistencia en la región “*de diversos modelos de organización para el funcionamiento y prestación de los servicios de salud, todos los cuales tienen serios obstáculos para su desempeño óptimo*”, entre los cuales se destacó con fuerza el esquema de subsidios a la oferta y las limitaciones propias de este modelo aplicado a la prestación de servicios de salud, bajo un preponderante protagonismo estatal²³.

Por eso mismo, la reforma se propuso la instauración progresiva de un esquema de subsidios a la demanda y aseguramiento, acompañada de la incorporación de mecanismos de mercado dirigidos a contrarrestar los “extremos del monopolio en el sector público y la atomización en el sector privado” propia de algunos de los modelos existentes, y se permitía la participación directa de los particulares en la prestación de los servicios.

Sin embargo, esas perspectivas no defendían una privatización pura y simple, pues reconocían que el mercado de la salud presenta grandes asimetrías y por lo tanto debía ser en todo caso un mercado fuertemente regulado, precisamente porque este sería el mecanismo para compensar las imperfecciones y “*garantizar el establecimiento de incentivos que generen condiciones para la eficiencia y la equidad*”.

Así, se concibe en Colombia la fórmula denominada por sus creadores como “pluralismo estructurado”, que se forja como la llamada a superar los problemas evidenciados, y en la cual la población resulta integrada horizontalmente, gracias a la universalización soportada en el financiamiento público de una parte de los servicios de salud.

Adicionalmente, según esta visión, el sistema de salud no debe ser entendido como una serie de organizaciones aisladas que prestan los servicios, sino como un verdadero conjunto de organismos que cumplen

22 Hernández Álvarez, Mario. *El debate sobre la Ley 100 de 1993: La salud pública enfoques y dilemas Contemporáneos*. Universidad Nacional, Bogotá, 2009, p. 43.

23 Ibíd., p. 47.

las funciones especializadas de financiación, prestación, modulación y articulación de manera coordinada, y que por lo tanto adquieren el carácter de sistema.

En este diseño lo novedoso está en el énfasis que se otorga a las dos (2) últimas funciones, pues los creadores del modelo eran conscientes de que el mercado de la salud reviste una serie de complejidades y por lo mismo era necesaria una regulación fuerte, entendida como la intervención del Estado allí donde el mercado falla. La base de esas reformas fue entonces la voluntad de combatir dos (2) defectos que los legisladores vieron en el régimen precedente, a saber, la inequidad y la ineficacia en la prestación de los servicios de salud subsidiada²⁴.

Antes de la Ley 100 de 1993, las políticas de subsidio se basaban, en lo esencial, en la financiación directa de los hospitales y centros de salud, que es lo que usualmente se conoce como subsidio a la oferta y la demanda, dándole herramientas a los entes territoriales de gestión y control del sistema.

Algunas encuestas y análisis empíricos mostraron que esos subsidios a la oferta eran inequitativos pues no llegaban a la población que más los necesitaba, ya que el Sistema Nacional de Salud, financiado con recursos públicos, terminaba prestando a los sectores sociales más pudientes, que no deberían recibir subsidios, la mayor parte de las consultas externas, odontológicas, de la atención de las maternidades, de las cirugías y de las hospitalizaciones, mientras que los sectores más pobres accedían mucho menos a esos servicios.

A su vez, según los reformadores, el funcionamiento de esos hospitales, directamente financiados por subsidios a la oferta, no eran eficientes, por cuanto esa asignación de recursos no genera incentivos para que las autoridades hospitalarias administren los dineros con economía, ya que cada hospital solía recibir las partidas sin consideración al volumen y a la calidad de los servicios prestados.

Es más, en la visión de quienes defendieron las reformas que conllevaba la Ley 100 de 1993, este sistema de subsidios a la oferta terminaba premiando la ineficiencia y castigando la buena gerencia, puesto que los hospitales en déficit y crisis podían presionar políticamente para obtener financiaciones suplementarias, mientras que las instituciones en superávit veían sus presupuestos recortados.

24 Ibid., p. 160.

Por eso se consideraba que la introducción de subsidios a la demanda y de mecanismos de mercado y de competencia, acompañados de un aseguramiento de la población y de la focalización de los subsidios y de una regulación y vigilancia y control estatal adecuados, serían capaces de corregir esas inequidades e ineficiencias²⁵.

Esta concepción inspiró la reforma al sistema de salud colombiano operada en 1993 a través de la expedición de la Ley 100, que se inscribe en el paradigma de las reformas de política social que se vivieron durante la década de los 1990 en el resto de América Latina y cuyo diseño institucional refleja las premisas orientadoras del nuevo modelo concebido.

Ahora bien, como lo han precisado varios analistas, el predominio de esta visión no surgió simplemente de unas consideraciones técnicas, sino que resultó de confrontaciones entre diversas perspectivas, en donde finalmente triunfó la concepción de “pluralismo estructurado”.

Un analista se refiere al debate que conduciría a la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos: Muchos actores sociopolíticos hicieron propuestas muy concretas. Las centrales obreras, los partidos políticos, los nuevos movimientos sociales, los empresarios, los médicos, los aseguradores de la salud, entre otros, participaron en el debate.

Sin entrar en detalles, puede decirse que hubo posiciones francamente socialdemócratas, otras abiertamente liberales o de libre mercado, y otras más universalistas, por la vía de un servicio único de financiamiento público.

1.2.2. COMPRESIÓN INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE SALUD

La Ley 100 de 1993, que desarrolla el mandato constitucional en relación con el desarrollo legislativo para el funcionamiento del servicio de seguridad social en general y la garantía del derecho a la salud en particular, tuvo origen en los debates que culminaron con la expedición de la Constitución Política de 1991.

En la Comisión Constitucional de Seguridad Social, Subcomisión de Salud, surgieron elementos, como la separación entre la administración y la prestación del servicio, y la participación del sector privado en ella, que luego quedaron incluidos en la Constitución y, posteriormente, en la Ley 100.

La creación y conformación del SGSS en las primeras discusiones de la reforma en el Congreso estuvieron claramente imbuidas por las concepciones

25 Ibid., p. 52.

antes explicadas y así quedó después reflejado en la estructura adoptada, que se fundamenta en una estrategia de aseguramiento de las familias frente al riesgo de enfermedad, un sistema mixto de prestación y la incorporación de mecanismos de mercado bajo una competencia regulada.

De esta manera, el pluralismo estructurado evitaría la segregación de las poblaciones, pues estarían en constante movilidad entre las diversas funciones, y la universalidad se lograría, no a través de subsidios a la oferta, sino de intervenciones focalizadas a través de un paquete ajustado a las condiciones costo-efectividad, al cual todas las personas tendrían acceso²⁶.

Los objetivos definidos en la ley en relación con el servicio público de salud se expresan como la creación de las condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención; de esta forma es loable decir que el sistema se estructura a partir de la definición y especialización de las cuatro funciones básicas de todos los sistemas de salud antes mencionadas, pero reconceptualizadas y adaptadas a la institucionalidad colombiana.

Es posible entonces diferenciar, en primer lugar, la función de dirección, vigilancia y control que es encargada al Ministerio de Protección Social, que tiene a su cargo la formulación de las políticas, la creación de las normas y la integración de los actores. Este Ministerio ejerce entonces lo que en el planteamiento teórico se diseñó como “La modulación para garantizar la dirección estratégica del sistema”.

La función de articulación, que es redefinida en términos de administración, es desarrollada por las Empresas Promotoras de Salud (EPS), que pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta y están encargadas de los dos regímenes establecidos para la afiliación. De un lado, el *régimen contributivo* para las personas con capacidad de pago, del cual forman parte los trabajadores con contrato laboral formal, los servidores públicos, los pensionados y los independientes con capacidad de pago. El recaudo lo efectúan las empresas promotoras de salud, que a su vez contratan con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) la atención de sus afiliados de acuerdo con un paquete pre establecido de servicios denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), la cual es la prestación asistencial del sistema.

De otro lado, se estableció el *régimen subsidiado*, diseñado para garantizar la afiliación de las personas que no tienen capacidad de pago y que se financia con recursos fiscales y de solidaridad. Para la elección de los beneficiarios del

26 Ibid., p. 72.

régimen subsidiado se utilizan las clasificaciones de los niveles 1, 2 y 3 del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN).²⁷

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscriben contratos de administración del subsidio con las empresas promotoras de salud de este régimen, que son las encargadas de la afiliación de los beneficiarios y que prestan directa o indirectamente a través de las IPS los servicios definidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), que es de menor cobertura que el del régimen contributivo.

Otro aspecto destacable es que la cobertura en los regímenes es familiar, por lo cual las personas que componen el núcleo familiar del afiliado tienen la calidad de beneficiarios de los servicios. De acuerdo con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 pueden ser beneficiarios el cónyuge o el compañero o compañera permanente del afiliado, los hijos menores de 18 años que dependan económicamente de alguno de los cónyuges o compañeros, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 2 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de este. Así mismo, la jurisprudencia ha establecido que la cobertura también se aplica a las parejas del mismo sexo.

Las personas que no tienen capacidad de pago y no han podido entrar en ninguno de los dos (2) regímenes se denominan los participantes población no cubierta o no afiliada y deben ser atendidos por la red pública mediante subsidios a la oferta. La existencia de este tipo de participantes se concebía con carácter temporal, pues se esperaba que el sistema garantizara cobertura universal luego de sus primeros años de puesta en marcha, pese a lo cual, a la fecha, aún hay un amplio porcentaje de la población que no ha logrado la afiliación y por lo mismo los participantes no cubiertos o no afiliado (sentencias T-614 de 2014 y T-314 de 2016), siguen siendo un número bastante elevado dentro del sistema.

La financiación del sistema se maneja a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) que es un mecanismo creado para la administración de los recursos del sistema. El fondo está a su vez conformado por cuatro subcuentas independientes:

27 Ibid., p. 75.

- a) La de compensación entre los recursos recibidos por las EPS por las cotizaciones y el pago por la prestación de servicios a los afiliados del régimen contributivo;
- b) La de solidaridad que permite la financiación de los servicios del régimen subsidiado y las personas sin capacidad de pago;
- c) La de promoción de la salud; y
- d) La de eventos catastróficos, terroristas y accidentes de tránsito, que se financia con recursos fiscales y con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT).

Cada subcuenta tiene como función la financiación y compensación entre entidades del respectivo régimen o actividad. Las EPS son las encargadas de recaudar las cotizaciones de los afiliados del contributivo, de las cuales se deben descontar el valor de las Unidades de Pago por Capitación (UPC), los costos de las incapacidades, las licencias de maternidad y de actividad de promoción.

Como se ve, en este esquema, desempeña un papel esencial la introducción de las EPS, como intermediarias de los regímenes subsidiado y contributivo, ya que por medio de ellas la Ley 100 pretendía combatir la ineficacia e inequidad del anterior sistema de salud, en esta forma la lógica es la siguiente: El subsidio a la demanda y el aseguramiento permiten que el usuario escoja entre las distintas instituciones de prestación de servicios de salud y esa libertad de selección premia a aquellas entidades que prestan servicios de mejor calidad.

De otro lado, una buena focalización de los subsidios permitiría generalizar rápidamente el aseguramiento. Además, la introducción de planes únicos de salud, (el POS en el contributivo y el POS-S en el subsidiado), financiados con las UPC debería evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, en la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud.

En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación (UPC) (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud - POS para el contributivo y POS-S para el subsidiado) que ofrece el sistema. Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del

sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema²⁸.

En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del régimen contributivo y total o parcialmente subsidiado por el Sistema de Salud, en el caso del régimen subsidiado; ahora bien este mecanismo de las UPC estimula, además, según estas perspectivas, la eficiencia de las EPS, como lo explicó la ponencia sobre el particular en el Congreso, la cual afirmó al respecto:

El Sistema de Seguridad Social en Salud presentado, con su conjunción de entidades promotoras de salud y entidades prestadoras directas, garantiza estas condiciones. Los sistemas de pagos por capitación a las entidades promotoras de la salud son una innovación fundamental para el logro de la eficacia en su manejo. Y, además, las garantiza porque tiene en su fundamento la posibilidad de elección de los usuarios, y la competencia de los promotores y los prestadores por proveer el mejor servicio. Con mejores instituciones, mejor interrelacionadas, más competitivas y con la posibilidad de elección libre por los usuarios, el principio constitucional de la eficacia se desarrolla a cabalidad.

Finalmente conviene resaltar la trascendencia que en este esquema institucional tiene la intervención estatal, tanto en su función directora y reguladora, como en sus labores de inspección, vigilancia y control. En efecto, conforme a la propia visión de quienes lo promovieron, la única manera de que este sistema de “pluralismo estructurado” o de “mercado regulado” funcione apropiadamente y logre realmente ser un instrumento de satisfacción del derecho a la salud es que se trate de un mercado controlado y vigilado por las autoridades estatales pertinentes, para evitar los abusos y las inequidades que surgen de las asimetrías que lo caracterizan²⁹.

En síntesis, la progresividad de derechos y garantías en el sistema de seguridad social en salud existe en la actualidad unificación del contenido del plan obligatorio de salud POS para ambos regímenes (contributivo y subsidiado) con la Ley 1438 de 2011, y materializada en las Resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social 5521 de 2013, 5926 de 2014, 001 de 2016, 6408 de 2016, 379 de 2017, 1687 de 20174, 5269 de 2017 y 046 de 2018.

28 Ibid., p. 76.

29 Yamin, Alicia Ely. *La lucha por los derechos a la salud*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 2013. p. 47.

1.3. ELEMENTOS JURÍDICOS ESTRUCTURALES DE LOS REGÍMENES DEL SISTEMA DE SALUD

Para comprender cabalmente el sistema de salud es preciso partir de la distinción fundamental entre los dos regímenes del sistema, es decir, el régimen contributivo y el régimen subsidiado. No se trata, desde luego, de dos regímenes para elegir por parte del afiliado o usuario, sino dirigimos cada uno a un sector específico de afiliados: el régimen contributivo, para quienes tienen capacidad de pago a través de las cotizaciones, por estar en el mercado formal de trabajo, ya sea como salariados o como independientes y, el régimen subsidiado, para toda la población sin capacidad de cotización por tratarse de los sectores de mayor pobreza y con necesidades básicas insatisfactorias.

En la estructura de la Ley 100 de 1993, el origen de los dos regímenes está en la idea de la universalidad de la afiliación: Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales (art. 156, b). A la primera modalidad corresponde el régimen contributivo y a la segunda, el subsidiado. En el sistema los dos regímenes coexisten articuladamente, para su financiación y administración (artículo 201)³⁰.

La ley define el régimen contributivo como “*Un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de la seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización individual y familiar, o en un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador*” (artículo 202). Por su parte, el régimen es “*un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente, con recursos sociales o de solidaridad*” (artículo 211).

Este régimen fue creado con el propósito de “*financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar*” (artículo 212). La Ley 715 del 2001 aunque conservara la denominación de “régimen subsidiado” (Véase por ejemplo el artículo 51), asigna un nuevo nombre a los recursos destinados a mismo:

Los denomina “Subsidios a la demanda” (artículo 47) esta denominación pretende significar que con el régimen subsidiado se ha cambiado la atención hospitalaria prestada directamente por el Estado antes de la Ley 100 (que sería mediante “Subsidios a la oferta” del servicio de salud), por un régimen en el que la atención de la población en situación de pobreza no se hace directamente, sino que el Estado financia los mecanismos para que sean las entidades del sistema de salud las que presenten los servicios (es decir, subsidiando la “Demanda” de los mismos).

Posteriormente se tiene en Colombia la organización del régimen pretendiendo la Universidad del derecho fundamental a la salud, dentro de la operatividad del sistema nacional de salud y el sistema de seguridad social en Salud, es la tipología de regímenes: Régimen ordinario (compuesto por régimen subsidiado y régimen contributivo), Régimen Exceptuado (compuesto por régimen contributivo fuerza pública y régimen contributivo Magisterio) y Régimen Especial (compuesto por régimen contributivo servidores públicos entes universitarios, régimen subsidiado de Etnias y régimen contributivo Ecopetrol, régimen subsidiado de víctimas, régimen subsidiado población carcelaria).

1.3.1. RÉGIMEN SUBSIDIADO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1.3.1.1. GÉNESIS Y TIPOLOGÍA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD

Este régimen fue creado con el propósito de que la población más pobre tuviera garantizado su derecho a la salud, es por esto que el Estado pudiera subsidia el pago de las cotizaciones en el sistema, con recursos fiscales y de solidaridad (artículo 211 de la Ley 100 de 1993).

Como anteriormente se dijo, los sujetos de afiliación a este régimen es la población más pobre y vulnerable del país de las áreas rurales y urbanas (Artículos 213 y 157 de la Ley 100 de 1993); de esta manera vale decir que el objetivo principal de la Ley 100 del 93, consistía en asegurar que, la mayoría de las personas menos favorecidas estuvieran cubiertas por el sistema. Lo anterior no llegó a su fin por lo que fue excluido del ordenamiento jurídico (artículo 113 de la Ley 715)³¹.

El código de seguridad social integral expedido en 1993 dio origen al régimen subsidiado como complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990. Esta ley reestructuró el servicio público de salud, situó los

30 Moncayo, Víctor Manuel y Rojas, Fernando. *Luchas obreras laborales en Colombia*. Edit. La Carreta, Bogotá, 1978, p. 135.

31 Cañón Ortegón, Leonardo. *Los servicios sociales en la seguridad social*. La Previsora, Bogotá, 1992, p. 10.

componentes del sector salud y estableció los compromisos que el Estado tenía con este sector, también se debe destacar que posterior a la ley 100 de 1993, se han expedido normas jurídicas que hacen una tipología del régimen subsidiado tales como la ley 691 de 2002 régimen subsidiado de etnias, Ley 1448 de 2011 régimen subsidio de víctimas, decretos 2353 de 2015 y 780 de 2016 régimen subsidiado población carcelaria y movilidad del régimen subsidiado –Ley 1438 de 2011 y Decreto 3047 de 2013³².

Ante la imposibilidad de la cobertura total en un principio y exclusión del ordenamiento por la Ley 715, la Ley 100 previó la ampliación de la cobertura mediante un proceso progresivo, de tal forma que estableció dos clases de sujetos: Los afiliados al régimen subsidiado, que son las personas debidamente inscritas y con derechos en el sistema y, los vinculados, los cuales aun teniendo derecho al régimen no son beneficiarios de este.

1.3.1.1. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD

Para la administración de Régimen Subsidiado, la Ley 100 estableció dos grandes criterios (Artículos 215 y 217): Las direcciones territoriales en salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del subsidio, de manera que las Secretaría de Salud Territoriales, Departamento para la Prosperidad Social (DPS), Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), Entidades Promotoras de Salud (EPS), Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S), y las Entidades Promotoras de Salud en comunidades Indígenas (EPS-I), presten directa o indirectamente los servicios de plan obligatorio de salud del régimen subsidiado³³.

A través de las cajas de compensación familiar, las cuales quedaron facultadas por la ley para administrar directamente el subsidio, constituyendo para ello una cuenta independiente de sus bienes y rentas y destinado para ello entre el 5 y 10% de recaudo³⁴.

1.3.1.2. PRESTACIONES ASISTENCIALES DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

Al establecer el Plan Obligatorio de Salud la Ley 100 de 1993 señaló que para los afiliados del régimen subsidiado el CNSSS debía diseñar un

programa para que los beneficiarios accedan al plan obligatorio de salud, en forma progresiva antes de 2001 (artículo 162);³⁵ a partir de este criterio, existe el plan obligatorio de salud (POS) que es el conjunto de servicios de salud del régimen contributivo y el plan obligatorio de salud subsidiado (POS) que comprende el conjunto de servicios a que tienen derecho los afiliados a dicho régimen, el cual está compuesto por cinco tipos de planes tales como el PIC es plan de Atención Colectivo reemplazo del PAB hoy PIC, PAMI Plan Atención Materno Infantil, atención urgencias, hospitalización, seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, al igual que prestaciones de carácter económico auxilios, indemnizaciones.

De esta manera, es válido precisar entonces que el Consejo Nacional en Seguridad Social en Salud (CNSSS) había fijado mediante acuerdos el contenido del POSS. La norma vigente al respecto es el Acuerdo No. 306 de 2005, este señala los servicios, procedimientos y suministros a que tienen derecho los afiliados³⁶.

En este momento el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, órgano que fue sustituido por el Comisión de Regulación en Salud (CRES) por la Ley 1122 de 2007, órgano a su vez suprimido por el Decreto 2560 de 2012, por lo que sus funciones hoy las tienen los Ministerios de Trabajo y de Salud y Protección Social.

Luego de la Ley 100 de 1993, fue necesario precisar la diversidad de regímenes subsidiados en Colombia, los cuales son reglamentados y presupuestados teniendo en cuenta la sentencia T-760 de 2008 la cual pretende igualar los POS (contributivo y subsidiado), también se encuentra la Ley 1148 de 2011 –de atención víctimas– la cual crea el régimen especial subsidiado de víctimas, y los decretos 2353 de 2015 y 780 de 2016 régimen especial subsidiado de población carcelaria.

1.3.1.3. PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Cabe destacar este tipo de prestaciones en el Régimen Contributivo, el cual si por razón de enfermedad o por causa de un accidente no relacionado con su trabajo, el afiliado debe soportar una incapacidad temporal, su afiliación le da derecho a recibir, durante ese tiempo, un subsidio en dinero equivalente al 66.6% del ingreso mensual base de su cotización a la EPS,

32 Rodríguez, op. cit., pp. 182-183.

33 Monsalve Arenas, Gerardo. *Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Editorial Legis, 2007, pp. 479- 485.

34 Almansa Pastor, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. Vol. I. 4^a ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 33-34.

35 Tales sentencias son principalmente las siguientes: noviembre 8 de 1979, agosto 25 de 1980 y mayo 22 de 1981. Ver análisis de sus alcances en Duque Luque, Oswaldo. La pensión sanción. Rodríguez Quito Editores, Bogotá 1991.

36 En este sentido fueron fundamentales, entre otras, las sentencias de la sala de casación Laboral de la Corte de noviembre 5 de 1976 y noviembre 8 de 1979.

como lo establece el artículo 206 de ley 100 de 1993. En el caso del empleado, estas prestaciones reemplazarán su salario, ya que su empresa no le pagará si la incapacidad es superior a tres (3) días. Para acceder a las prestaciones económicas generadas como incapacidad por enfermedad general, el afiliado deberá haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa.

No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁷.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Tabla. Régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común

PERÍODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Fuente: Sentencia T-200/2017 de la Corte Constitucional

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en

³⁷ Ávila Garzón, Jorge; Dorado Ríos, Juan; Ramos Cruz, Laura; Córdoba España, Libio; Vélez Zúñiga, Néstor. *Desigualdades en el pago de prestaciones económicas en el Régimen de Riesgos Laborales en Colombia*. Maestría para optar al título de Magíster en Derecho. Universidad ICESI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2017. p. 34.

concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común³⁸.

La afiliada cotizante tiene derecho a una licencia de maternidad la cual tiene amparos constitucionales artículos 42, 43, y 44 de la Constitución Política y, durante esta, a recibir un subsidio en dinero equivalente al 100% del ingreso base de la cotización, que la EPS le pagará 14-18 semanas, contemplada en la Ley 1822 de 2017, días calendario, sentencias soportan recientemente su garantía son: T-503/16, C-005/17 y T-278 de 2018.

El afiliado cotizante tiene derecho a una licencia de paternidad y, durante esta, a recibir un subsidio en dinero equivalente al 100% del ingreso base de la cotización, estableció la Ley 755 de 2002, o días hábiles, Sentencias C-174/09, T-190/16 y C-005/17, Corte Constitucional.

1.3.1.4. PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO

En el artículo 167 de la Ley 100 establece en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, *indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial*. El ADRES pagará directamente a la Institución que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno nacional de acuerdo con los criterios del Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 1º. En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta ley.

Parágrafo 2º. Los demás riesgos aquí previstos serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno nacional.

Parágrafo 3º. El Gobierno nacional reglamentará los procedimientos de cobro y pago de estos servicios.

Parágrafo 4º. El Sistema General de Seguridad Social en Salud podrá establecer un sistema de reaseguros para el cubrimiento de los riesgos catastróficos.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 200/2017. M.P.: José Antonio Cepeda Amarís.

<p style="font-size: 2em; margin: 0;">j</p> <p>Jurisprudencia</p> <p>El análisis de las sentencias distinguidas en las unidades son de impulso para fomentar el aprendizaje pedagógico y contextualizar con decisiones del alto tribunal constitucional aspectos asociados con la temática de la Unidad, así como ofrecer elementos que le ayudarán a desarrollar actividades de carácter pedagógico como la autoevaluación</p>
--

1.4. SENTENCIA C -713/2012. M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

“Conductas que vulneran el sistema general de seguridad social en salud y el derecho a la salud/regulación no desconoce el principio de legalidad.

Procede la Corte a examinar si el artículo 130 de la ley 1438 de 2001 el principio de legalidad como pilar fundamental del debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitucional Política, al describir las conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud, utilizando la figura de tipos en blanco y sin hacer las remisiones normativas expresas, y al no especificar el sujeto respecto del cual se predica cada una de ellas.

[...] La Constitución Política de 1991 reconoce fundamento constitucional expreso a la seguridad social. Los artículos 48 y 49 de la Constitución lo definen como un derecho irrenunciable de todos los habitantes y como un servicio público de carácter obligatorio, que debe prestarse por entidades públicas o privadas bajo la dirección coordinación y control del Estado, a ser desarrollado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, en los términos que señale la ley.

En cumplimiento de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 49, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa en materia de salud y seguridad social, expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual creó el Sistema de Seguridad Social Integral. Allí se definió el sistema general de seguridad social en salud, como un servicio público esencial y obligatorio, cuya dirección, organización y control están a cargo del Estado. En tal sentido, corresponde a este la obligación de crear las reglas

necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas, así como la de ejercer la inspección, vigilancia y control de su prestación”.

El artículo 189, numeral 22 de la Constitución Política, establece que corresponde al Presidente de la República, “ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” labor que, en materia de salud, ejerce a través de la Superintendencia Nacional de Salud.

En desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, se realizó la restructuración de la ya existente Superintendencia Nacional de Salud, estableciéndole como objetivo ser la autoridad técnica de inspección, vigilancia y control en relación con:

- a) el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que están sujetas las entidades que prestan servicios de salud, las que prestan servicios de medicina prepagada y las Cajas de Compensación Familiar;
- b) la eficiencia en la aplicación, en la obtención y aplicación de los recursos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud; y
- c) la liquidación, recaudo, giro, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destino a la prestación de los servicios de salud (Decreto 2165 de 1992).

Por Decreto 1259/94, se le amplió el ámbito de acción, extendiéndolo al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT-ADRES), a las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), empleadores y entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) y mediante la Ley 1122/07 se creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud y se estableció dentro de sus funciones, la facultad de:

- f) Sancionar en el ámbito de su competencia y denunciar ante las instancias competentes las posibles irregularidades que se puedan estar cometiendo en el Sistema General de Seguridad Social de Salud”.

La Ley 1438/11, de la que hace parte la disposición acusada, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.” consagró entre otras, en su título VII, las normas sobre inspección, vigilancia y control, en las que: i) se ordenó la desconcentración de

la Superintendencia Nacional de Salud y se le facultó para delegar funciones; ii) se establecieron normas sobre los recursos de la misma; iii) se señalaron las entidades sujetas a la inspección, vigilancia y control integral de la SNS; iv) se prescribieron disposiciones relativas a la intervención forzosa de las entidades vigiladas por parte de la SNS; v) se le otorgaron funciones jurisdiccionales y se le facultó para imponer medidas cautelares y vi) se definieron las reglas y el procedimiento para la aplicación de sanciones.

Respecto al principio de legalidad, la Corte ha señalado que en las actuaciones administrativas:

“El artículo 29 constitucional dispone que el debido proceso ‘se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’, constituyéndose en la regulación jurídica previa que limita los poderes del Estado y garantiza la protección de los derechos de los administrados, de manera que ninguna de las actuaciones de la autoridad pública dependa de su propio arbitrio, sino se encuentre sometida a los procedimientos establecidos en la ley. Por su parte, el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política, prescribe que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, todo ello, con el fin de garantizar el debido proceso, dentro del cual se reconoce como pilar fundamental el principio de legalidad”.

[...] Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: “(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable”, y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.

Lo anterior, en virtud de mientras en el derecho penal se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se dirige a la protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de las garantías, en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido. En este sentido, se ha admitido en la jurisprudencia constitucional, una menor intensidad en la exigencia en materia de tipicidad de las conductas reprochables, siendo posible la inclusión de conductas indeterminadas y la utilización de tipos en blanco”.

ap

Actividades pedagógicas

Enseguida, los y las integrantes de este proceso formativo, encontrarán una serie de cuestiones que les ayudarán a fortalecer los conocimientos adquiridos en el curso de esta unidad. Resuelva:

1. ¿Por qué el derecho fundamental a la salud es un derecho humano fundamental?
2. ¿Cuáles son las obligaciones del Estado derivadas del PIDESC en relación con salud?
3. ¿Cuál es el propósito de las medidas que deben adoptar los Estados según el PIDESC?
4. ¿En qué consiste el principio de igualdad y no discriminación en el SGSSS?
5. Establezca las diferencias básicas entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado.

ae

Autoevaluación

Cada uno de los hombres y mujeres que participan de este proceso formativo, deberá resolver según el derecho los casos que aparecen propuestos a continuación. Preferiblemente responder con fundamentos legales, solamente si es necesario.

1.5. CASOS

Caso 1. Verónica, de 54 años, residente del municipio de Loma Central en el municipio de Villanueva en el departamento de La Guajira, fue diagnosticada con cáncer de mama desde los 52 años. A partir de allí, el seguimiento a la patología venía realizándose continuamente dos veces al mes en la Clínica La Misericordia en la ciudad de Barranquilla, pues en esa ciudad los servicios de salud para su enfermedad eran tratados con mejor especialidad, de acuerdo a la decisión de su EPS "Vida Sana".

De acuerdo con las decisiones médicas, cada 8 horas debía tomar un medicamento vital para su tratamiento, que la ayudaba a mantener estable y a soportar un poco los estragos que dejaban sus sesiones de quimioterapia, pues las exposiciones a la radiación eran bastante fuertes. Sin embargo, la EPS decide suspenderle el tratamiento con el medicamento que mes a mes se le suministraba, al considerar que la nueva actualización del POS no incluía ese medicamento dentro de la lista que cubre tal servicio.

Jorge, el médico de Verónica, le comenta la situación a Verónica y la insta a ejercer acciones en contra de la EPS, para que no se cometan ese tipo de injusticias en su contra, ya que ese medicamento no tiene reemplazo por alguno de los incluidos dentro del POS, y a su consideración profesional, es indispensable para su recuperación. Verónica, al ver que su derecho fundamental a la salud y a la vida estaba siendo vulnerado, opta por impetrar una acción de tutela, alegando que, aunque no se encuentre el medicamento dentro del POS, existen unas excepciones legales, y una de ellas consiste en: "Cuando el medicamento que no existe en el POS, a criterio del médico tratante, no puede ser sustituido por alguno que si está en el POS y es indispensable para la atención adecuada del caso".

- En caso de responder negativamente la acción de tutela instaurada por Verónica, ¿qué derechos fundamentales estarían violentándose con la respuesta judicial?
- ¿Cuál sería el papel del juez o jueza que decide la tutela como garante de los derechos fundamentales de los colombianos?
- ¿Cuál cree usted que sería una decisión justa adecuada al derecho? ¿Qué decidiría usted si fuese el juez o jueza?

Caso 2. Argemiro Pérez, de 21 años, agricultor procedente del municipio de Colosó (Sucre), quien a sus 3 años fue desplazado junto con su familia por los paramilitares, se encuentra afiliado a la EPS del régimen subsidiado

"Medicina Popular" debido a que no se encuentra laborando ni cuenta con los recursos para cotizar al régimen contributivo.

En un día de trabajo, el joven Argemiro se encontraba limpiando la maleza en medio del cultivo. En el ejercicio de la actividad laboral campesina, una serpiente le aparece escondida en la maleza, quien lo intentó atacar. Debido a un reflejo el joven causa una lesión profunda en su extremidad derecha, proporcionándole una hemorragia de tercer grado, en la que se necesita intervenir quirúrgicamente. De inmediato, las personas que lo acompañaban en la labor lo auxiliaron llevándolo rápidamente a la "Clínica Central de Colosó", donde le niegan la atención porque debía realizar un aporte al copago de \$1.500.000.

Argemiro manifiesta que no cuenta con los recursos suficientes debido a que la actividad económica que desempeña no es suficiente para suplir el monto, debido a que lo poco que gana lo utiliza para mantener a su madre enferma y a su hermano y hermana menores de edad.

Además, Argemiro expresa que no debería hacerse ese cobro tan elevado a personas afiliadas al régimen subsidiado, debido a que son personas que no cuentan con los suficientes recursos económicos y lógicamente no pueden realizar aportes y no pueden afiliarse al régimen contributivo.

- Ejerciendo justicia en el nombre de la República, su obligación como juez es tutelar los derechos de los colombianos, en el caso concreto ¿es justo y necesario el costo del copago que exige la "Clínica Central de Colosó" al señor Argemiro Pérez? Justifique.
- Plantee situaciones donde el Estado ponga en marcha los contenidos del derecho a la salud, sobre todo el de disponibilidad. ¿Cómo sería el país si se aplica este precepto al sistema general de seguridad social en salud? Puede desarrollarlo en la medida que lo crea conveniente.

Caso 3. Susana María Vides Polo, a consecuencia de los años, sufre de artritis. Con 62 años, aún trabaja como empleada de Servicios Generales de una entidad dedicada al comercio de aparatos electrónicos, planes de internet para el hogar y servicios móviles. Lleva cinco meses en dicha empresa, la cual la afilió a la EPS "En Sanidad", donde, en voces de Susana: "El servicio es pésimo y me niegan los medicamentos que me ayudan a controlar los dolores en las articulaciones, y si me dan medicamentos que no me sirven, sino que me empeoran". Susana, desde los 59 años es paciente con artritis y la EPS que le brindaba el servicio de salud, le suministró un medicamento

llamado "Butazinol", el cual, manifiesta Susana que le controla los dolores que le produce la artritis.

En la nueva EPS donde se encuentra, manifiesta que ha tenido muchos inconvenientes y que el medicamento con el que venía controlando los dolores producidos por la artritis, fue sustituido por otro de nombre "Atripus" que en realidad no le funciona ni tampoco suaviza sus dolores, por lo que acude a presentar acción de tutela en contra de la EPS, para que haga nuevamente un cambio en cuanto al tratamiento y se le suministre la droga con la que venía tratándose anteriormente.

- ¿Cuál es la solución más justa y razonable para garantizar el derecho fundamental a la salud de la accionante?

Caso 4. Wendy María Pérez, señora de 57 años de edad y viuda, dedicada al comercio informal, padece de hipertensión arterial. Desde hace un par de meses, luego de la visita con el cardiólogo, se le asignó una prueba de esfuerzos, que consiste en determinar si el desgaste físico al que se somete a diario incide en las alzas en su presión arterial con anormalidad. Wendy cotiza en el régimen contributivo puntualmente, pero en el último mes no pudo realizar sus aportes, porque estuvo enferma durante 15 días y le fue imposible dedicarse a su labor. Es más, a la fecha no se ha estabilizado.

La prueba que le ordenaron realizar a Wendy resulta necesaria para determinar si debe seguir el mismo ritmo de trabajo, o si, por el contrario, debe disminuir su esfuerzo físico para controlar sus problemas de hipertensión. La clínica donde le fue asignada la prueba de esfuerzos que mantiene contrato con la EPS donde Wendy cotiza, se niega a hacerle la prueba, teniendo en cuenta que en el sistema no registra pago de aportes por el último mes.

Preocupada, Wendy escucha los consejos de un abogado cercano que le ofrece realizar una tutela para que la clínica no se niegue a practicarle dicha prueba, vital para Wendy.

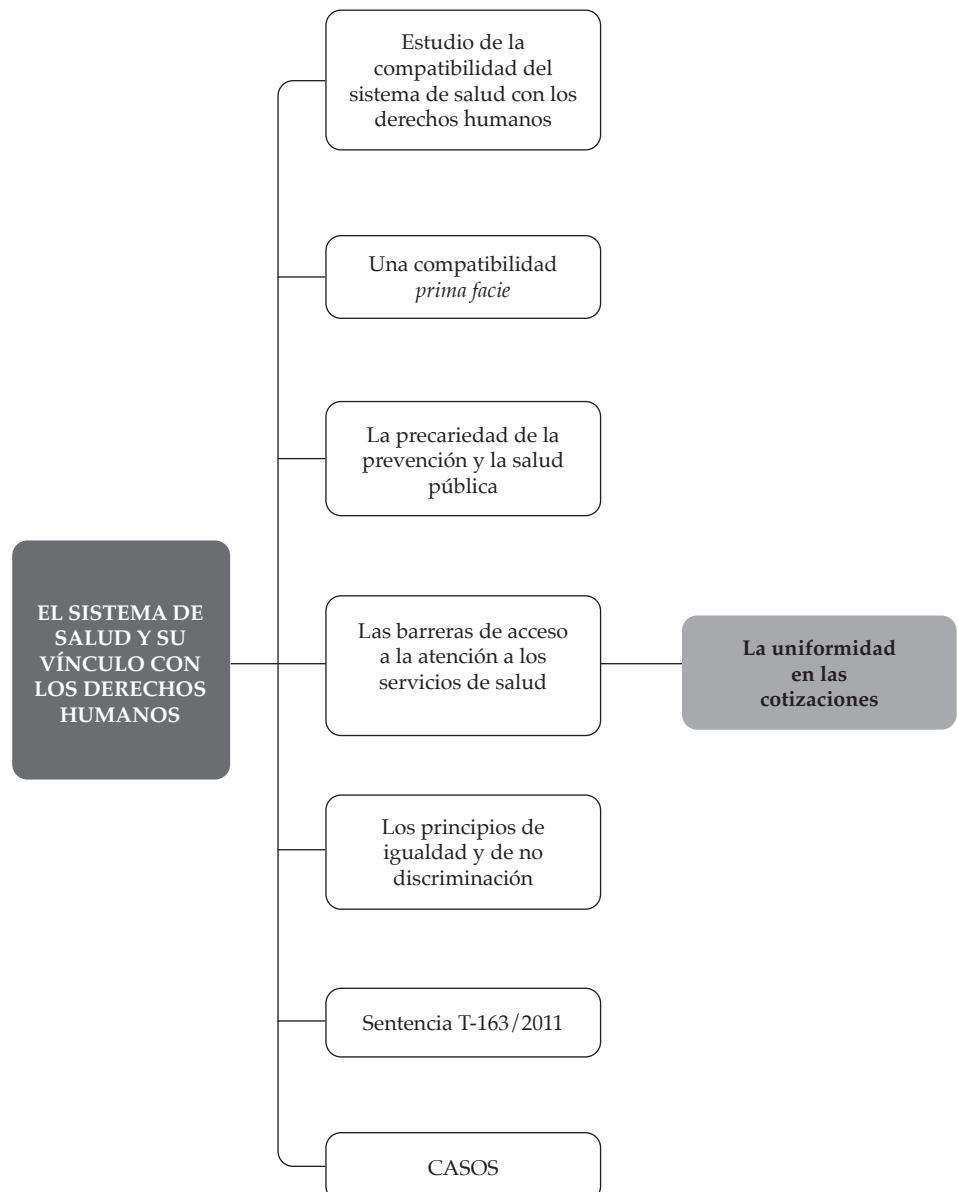
- ¿La obligación de cotizar resulta más importante o prevalece frente al derecho fundamental a la salud de Wendy?

Unidad 2

EL SISTEMA DE SALUD Y SU VÍNCULO CON LOS DERECHOS HUMANOS

Og	<p>Objetivo general</p> <p>Comprender el Sistema de Seguridad Social a partir de la valoración y vinculación del derecho humano fundamental a la salud en su operatividad.</p>
Oe	<p>Objetivos específicos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Describir el Sistema de Seguridad Social en Salud desde lo jurídico, operativo y administrativo. 2. Analizar el respecto del derecho fundamental a la salud dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud. 3. Identificar los elementos del derecho fundamental a la salud en relación con la operatividad del sistema de salud. 4. Detallar las barreras de acceso y adaptabilidad del sistema frente al derecho fundamental de la salud. 5. Determinar las acciones en defensa del derecho fundamental a la salud en peligro o vulneración de la operatividad del Sistema de Seguridad Social en Salud.

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 2



2.1. ESTUDIO DE LA COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA DE SALUD CON LOS DERECHOS HUMANOS

El análisis general del sistema diseñado por la Ley 100 de 1993 y por sus reformas ulteriores permite llegar a la conclusión de que este, en su formulación normativa abstracta, es compatible con los estándares de derechos humanos, pero que presenta algunas tensiones significativas con dichos estándares, en especial, en el tema de equidad y no discriminación.

2.2. UNA COMPATIBILIDAD *PRIMA FACIE*

En principio, el sistema previsto por la Ley 100 de 1993, con sus desarrollos posteriores, es una de las posibilidades de política pública para lograr la satisfacción del derecho a la salud, puesto que tanto la Constitución como los tratados de derechos humanos confieren a las autoridades una amplia libertad de configuración para diseñar los sistemas de salud.

Por consiguiente, nada se opone desde una perspectiva de derechos humanos a que el Estado colombiano haya adoptado un esquema de “Pluralismo estructurado” o de “Competencia regulada” para la satisfacción del derecho a la salud, independientemente de las discusiones políticas que pueda suscitar la adopción de dicho sistema, siempre y cuando el sistema se proponga satisfacer plenamente y en forma universal dicho derecho, como efectivamente lo señalan los principios establecidos en la Ley 100³⁹.

Lo anterior, es para la Corte Constitucional suficiente para mostrar que la introducción de las EPSS y EPS, no constituye, per se, un sobrecoste innecesario, como lo sugieren algunos autores, ya que esas entidades, encargadas de la intermediación de los recursos de la seguridad social y del aseguramiento de los usuarios, fueron pensadas precisamente para aumentar, por medio de un sistema que algunos denominan de “competencia regulada” y otros de “pluralismo estructurado” (así, autores como Restrepo M. califican el sistema en salud colombiano de “competencia regulada”, mientras que Frenk y Londoño lo denominan una forma de “pluralismo estructurado”), la eficiencia y equidad del sistema de salud, a fin de lograr la universalidad.

Como es obvio, algunas personas pueden controvertir la sabiduría y conveniencia de esa opción legislativa, ya que pueden, por muy respetables

³⁹ Garay, Luis Jorge. *Colombia, entre la Exclusión y el Desarrollo Propuestas para la Transición al Estado social de Derecho*. Contraloría General de la República en coedición con Alfaomega, Bogotá, 2002, P 61.

consideraciones políticas, considerar que ese modelo de subsidio a la demanda no es el más adecuado.

Ahora bien, que el sistema sea *prima facie* compatible con los estándares constitucionales y de derechos humanos no excluye empero que ciertos aspectos importantes de este puedan ser muy cuestionables desde una perspectiva del derecho a la salud. Y existen al menos cuatro aspectos constitucionalmente problemáticos en el diseño originario de la Ley 100 de 1993, a saber:

- a) La debilidad de la asignación de responsabilidades en salud pública;
- b) El establecimiento de ciertas barreras injustificadas de acceso a la salud;
- c) La vulneración al principio de igualdad por el carácter parcialmente regresivo del sistema de cotización; y
- d) La diferenciación inequitativa entre regímenes contributivo y subsidiado.

Los dos primeros problemas constitucionales han sido parcialmente corregidos por la jurisprudencia constitucional o por reformas normativas ulteriores, pero los otros problemas persisten, incluso con el aval de la Corte Constitucional.

2.3. LA PRECARIEDAD DE LA PREVENCIÓN Y LA SALUD PÚBLICA

Uno de los puntos más criticados del diseño y de la implementación del modelo de la Ley 100 ha sido el de salud pública y el de prevención y promoción de la salud. El cuestionamiento es en parte válido pues, aunque en sus principios normativos la Ley 100 establecía que la prevención de enfermedades y la promoción de la salud eran componentes prioritarios del sistema de salud, en realidad sus diseños instrumentales y la asignación concreta de responsabilidades a las instituciones que integran dicho sistema tuvieron como resultado un debilitamiento muy considerable de las políticas de salud pública.

Como lo han señalado varios analistas, el sistema previsto por la Ley 100 tendió a limitarse a ser un mecanismo de aseguramiento del riesgo financiero de las familias frente a la enfermedad, con lo cual se olvidó que el derecho a la salud no se restringe al derecho a la atención médica frente a la enfermedad, síndrome, vejez, daños corporales, lesiones, al cuerpo, invalidez, deficiencia, minusvalía, parto, nacimiento y embarazo, sino que

es más amplio, pues busca asegurar a toda la población el goce del más alto nivel de salud física y psíquica.

Un sistema de salud compatible con los estándares de derechos humanos debe entonces no solo asegurar el acceso universal e igualitario al tratamiento médico de la enfermedad, sino también prever estrategias de prevención y de salud pública, que se vinculen con los factores subyacentes y determinantes del estado de salud de la población⁴⁰.

Esto no ocurrió, pues el sistema de atención a la enfermedad previsto por la Ley 100 no estuvo acompañado de una estrategia consistente y vigorosa de salud pública, tampoco tuvo en cuenta la regulación del derecho Sanitario en la ley 9 de 1979, es decir que el Derecho Fundamental a la Salud en su multidimensional no se tuvo en cuenta, solo tuvo una mirada de un derecho eminentemente prestacional de aseguramiento a través de la prestación de servicios⁴¹.

Estas limitaciones de la Ley 100 en el campo de la salud pública han intentado ser corregidas ulteriormente, en especial por la Ley 715 de 2001 y la Ley 1122 de 2007, que reasignaron competencias en esta materia, a fin de fortalecer, aclarar y racionalizar las responsabilidades de las autoridades y de las otras instituciones que hacen parte del sistema en materia de prevención de las enfermedades y promoción de la salud.

En especial, el artículo 33 de la Ley 1122 de 2007 estableció que le corresponde al Gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Protección Social, definir cada cuatro (4) años un Plan Nacional de Salud Pública, que incluya las prioridades, objetivos, metas y estrategias en salud, en coherencia con los indicadores de situación de salud, las políticas de salud nacionales, los tratados y convenios internacionales suscritos por el país y las políticas sociales transversales de otros sectores.

Igualmente, se establece que dicho plan debe precisar las responsabilidades en salud pública a cargo de la Nación, de las entidades territoriales, y de todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que se complementarán con las acciones de los actores de otros sectores definidas en el Plan Nacional de Desarrollo y en los planes de desarrollo territorial.

En desarrollo de ese mandato, por medio del Decreto 3039 del 10 de agosto de 2007, fue adoptado el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010,

40 Ibid., p. 66.

41 Arenas, Gerardo. *Derecho Colombiano a la Seguridad Social* Bogotá: Legis, 2014, p. 136.

con lo cual parecería que se empiezan a corregir las limitaciones del diseño originario de la Ley 100 en este campo, así también luego la definición del enfoque de salud con Ley 1753 de 2015 y las resoluciones de política integral de salud y la resolución del plan intervenciones colectivas.

Es aún demasiado temprano para evaluar los resultados de este Plan y su implementación, en especial, por cuanto dicho plan y la normatividad general del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) atribuyen responsabilidades considerables a las entidades territoriales, cuyas capacidades son muy desiguales.

Pero lo cierto es que la precariedad de la regulación de los temas de salud pública ha comportado estancamientos y retrocesos en este campo. Por ejemplo, en los últimos quince (15) años hubo un debilitamiento de los programas de vacunación y los resultados en esa materia distan de ser satisfactorios.

Es importante recordar que un sistema de salud compatible con los estándares de derechos humanos no debe limitarse a la atención de la enfermedad, sino que debe contar con estrategias vigorosas de salud pública, es decir, solo que no se comprenda el derecho al aseguramiento o al derecho prestacional de la seguridad social, sino al derecho sanitario comprendido por todas las acciones de salud pública, promoción prevención, saneamiento básico, agua potable, manejo residuos, seguridad y salud en trabajo, control epidemiológico y seguridad alimentaria y nutricional.

2.4. LAS BARRERAS DE ACCESO A LA ATENCIÓN A LOS SERVICIOS DE SALUD

Un segundo aspecto del sistema de la Ley 100, problemático frente a los estándares internacionales, es que este prevé limitaciones al acceso a los servicios de salud, que pueden ser potencialmente discriminatorias; es entonces algunas de esas barreras tienen que ver con la previsión de períodos mínimos de cotización para el acceso a ciertos servicios médicos, o la utilización de criterios discriminatorios para la configuración de los beneficiarios del sistema de salud, como sucedía con la exclusión del compañero o compañera permanente de las parejas del mismo sexo como beneficiarios de las prestaciones en salud o pensiones⁴².

La mayor parte de esas limitaciones han sido en gran medida corregidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya sea por decisiones de

inconstitucionalidad o por la vía de tutela; sin embargo, conviene recordar la existencia de esas posibles barreras y discriminaciones en el diseño de la Ley 100 para resaltar la importancia de que la política de salud, además de las consideraciones de eficiencia económica, tome en cuenta los estándares de derechos humanos en la estructuración del sistema de salud; adicionalmente, porque subsisten inequidades profundas en el sistema, que se encuentran en su diseño mismo y que no han sido corregidas.

2.4.1. LA UNIFORMIDAD EN LAS COTIZACIONES

En materia de equidad ha habido importantes cuestionamientos al sistema de salud vigente, dirigidos a mostrar varias circunstancias propias de la estructura del sistema que antes que realizar dicho principio, configuran situaciones contrarias.

En primer lugar, se llama la atención sobre el hecho de que el monto de la cotización obligatoria para salud en el caso de los afiliados al régimen contributivo sea para todos igual al doce (12.5%) por ciento, independientemente del monto real del salario devengado, en todos los regímenes contributivos (ordinario, exceptuados y especial).

En la práctica esto se traduce en que tanto quien gana un salario mínimo mensual, como quien gana tres (3) o quince (15) están aportando el mismo porcentaje para salud, lo que comporta una desigualdad evidente frente a la disminución de los ingresos reales del cotizante, con las consecuencias que eso conlleva en relación con el resto de condiciones de las personas asalariadas.

La tasa de cotización uniforme es entonces inequitativa, pues no está consultando verdaderamente la capacidad de pago del asalariado. Esta posible inequidad es aún mayor si se toma en cuenta que la normatividad establece un límite, pues señala que a pesar de que el salario devengado sea mayor de veinte (25) salarios mínimos legales, de todos modos, la cotización máxima se hará sobre veinte (25) salarios mínimos, según el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.

Esto hace que, por ejemplo, frente a un salario de veinte (25) salarios mínimos legales, la cotización efectiva ya no sea del doce (12%) por ciento, sino del seis (6%) por ciento, y que el régimen contributivo haya dejado de recibir cero (0%) de contribución de este afiliado.

En cuanto a los contratistas e independientes el IBC para el sistema de salud corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensual, o declarado para independientes, del porcentaje sobre el cual se

⁴² Ibid., p. 72.

calculará el monto del aporte que en salud el cual corresponde al 12.5% del ingreso base respectivamente, ingreso base que no podrá exceder de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes ni inferior al salario mínimo mensual legal vigente, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.

Algunos defienden esa uniformidad de la cotización y su limitación a un máximo de veinte (25) salarios mínimos, con el argumento de que es necesario por razones de eficiencia, pues la experiencia de otros países mostraría que si se incrementa la base de cotización hay un incentivo importante a la elusión y evasión del pago de esas contribuciones, por lo altas que estas serían, como parece haber sucedido en Costa Rica.

Pero ese argumento no parece suficiente, pues es posible establecer mecanismos que eviten o reduzcan esa evasión; y precisamente la experiencia costarricense en materia de salud es bastante exitosa, pues gracias a su alto gasto en salud, y a una política universalista combinada con formas adecuadas de focalización destinadas a integrar a la población pobre a los programas universales, ese país ha logrado resultados muy exitosos, para su nivel de desarrollo, tanto en términos de acceso como de equidad y calidad.

Por otra parte, otro de los aspectos que debe considerarse es que la afiliación al régimen contributivo sigue siendo mayoritariamente de trabajadores formales y pensionados, mientras que los independientes representan un porcentaje inferior.

Además, estos están en desventaja frente a los empleados, ya que deben asumir de su bolsillo privado la totalidad del monto de la cotización, es decir, el doce (12%) por ciento sobre el ingreso, mientras que en el caso de los trabajadores con contrato laboral solo asumen el cuatro (4%) por ciento del porcentaje de la cotización, pues el resto lo paga el empleador.

En esta circunstancia hay claramente una diferencia de trato, que también fue objeto de cuestionamiento ante la justicia constitucional. Allí nuevamente se aceptó la constitucionalidad de la norma, en el entendido de que los trabajadores independientes y los que tienen una relación laboral de subordinación y dependencia se encuentran en una situación jurídica y material distinta que justifica, en principio, desde el punto de vista objetivo, de su razonabilidad y racionalidad, y de la finalidad perseguida por el legislador, porque a los trabajadores independientes se les exige el pago íntegro de la totalidad de las cotizaciones con que deben contribuir al Sistema de Seguridad Social.

No obstante, a pesar del respaldo que se le da a la libertad de configuración del legislador, y a la subsistencia de la diferencia entre trabajadores independientes y los vinculados a través de contrato de trabajo, la Corte Constitucional deja entrever que este no es del todo un esquema deseable y por eso termina afirmando que en cumplimiento del deber del Estado de ampliar progresivamente la cobertura en seguridad social.

No se descarta que en un futuro el legislador pueda, consultando las variables propias de las relaciones que surgen entre los trabajadores independientes y sus contratantes y las posibilidades económicas de aquél, crear mecanismos que garanticen la seguridad social para dichos trabajadores en condiciones similares a las que corresponden a los trabajadores vinculados a través de contratos de trabajo.

2.5. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

Uno de los cuestionamientos importantes en términos de la equidad en salud se ha planteado en relación con la existencia de regímenes diferenciados, estos terminan estableciendo una división entre la población a partir de los ingresos, y generando la existencia de un sistema de salud para ricos, otro para las clases medias y otro para pobres.

Ello es así porque la cobertura de los Planes Obligatorios en cada uno de los regímenes es diferenciada y los contenidos y beneficios del Plan Obligatorio del régimen subsidiado son menores que los del contributivo, lo que se refleja, entre otros aspectos, en los valores de la unidad de pago por capitación que reciben las EPS por afiliado, y a partir de los cuales se constata que el valor de la UPC del régimen subsidiado se ha mantenido durante los últimos cinco (5) años en un promedio equivalente al ocho (8%) por ciento de la UPC del contributivo⁴³.

Además, las personas con mayor capacidad de pago pueden adquirir planes complementarios de salud, a los que difícilmente podrán acceder sectores de la población de escasos recursos, por lo cual su cobertura en salud es más amplia y diferenciada.

Las anteriores consideraciones, encaminadas a advertir los problemas de inequidad en el diseño del sistema por la existencia de dos (2) regímenes diferenciados, fundamentados en la capacidad de pago de la población y en un plan de beneficios de menor alcance para un grupo de la población frente

43 Cardona, Álvaro. ¿Para qué una emergencia social? Decano de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. *Revista Semana*, Edición del 23 de diciembre de 2009. p. 12.

a un plan más amplio al que tiene acceso otro segmento, fueron ventiladas ante la Corte Constitucional en una demanda contra varias normas de la Ley 100, arguyendo precisamente las desigualdades inherentes a la subsistencia de dos (2) regímenes distintos⁴⁴.

La Corte Constitucional no consideró constitucionalmente cuestionable que existieran esos dos (2) regímenes al considerar que no resulta inexorablemente contrario a los principios constitucionales que la ley establezca diferencias entre el marco normativo aplicable a quienes en razón a su capacidad económica puedan pertenecer al régimen contributivo y aquel otro que regirá la afiliación, derechos y beneficios de las personas que en razón a su falta o insuficiencia de capacidad de pago, deberán hacer parte del régimen subsidiado⁴⁵.

Sin embargo, sí lo sería que la salud humana resultare menoscabada o desatendida para alguno de estos grupos, en lo constitucionalmente dispuesto.

En este sentido es claro que, para la Corte Constitucional, la sola existencia de dos (2) regímenes diferenciados no resulta contraria a la Constitución, aunque se aclara que en todo caso se deben garantizar óptimos niveles de satisfacción del derecho para todos, que es lo que en la práctica no se ha verificado adecuadamente.

El argumento desarrollado por la Corte Constitucional es entonces cuestionable, pues allí se confunde la libertad de configuración legislativa y el principio de progresividad en materia de derechos sociales, con los alcances del principio constitucional de igualdad.

No se desconoce que a la luz de la Constitución el legislador está facultado para diseñar el sistema de salud que se avenga a las consideraciones políticas que se estimen en el marco del debate democrático, ya que en virtud de la progresividad que debe inspirar la materialización de los derechos sociales no puede exigirse que de una sola vez se garanticen estos derechos a todos por igual, sino a la adopción de medidas que paulatinamente conduzcan al objetivo deseado.

Sin embargo, una cosa es aceptar dicha progresividad y otra admitir, al amparo de esta, la pervivencia de desigualdades profundas en la garantía de los derechos.

⁴⁴ Ibid., p. 13.

⁴⁵ Ibid., p. 14.

Ahora bien, la previsión de los dos regímenes, con beneficios y financiación menor para el subsidiado, ha sido defendida con el argumento de que, dadas las restricciones financieras del sistema, resultaba indispensable esa medida temporal para dinamizar el régimen subsidiado y vincular en forma rápida a la totalidad de la población a los mecanismos de aseguramiento, para nivelar luego los planes de beneficios.

Pero ese argumento resulta inválido, pues precisamente introduce una discriminación inaceptable en el desarrollo mismo del sistema de salud y en la satisfacción progresiva del derecho, pues consagra ineluctablemente dos (2) formas de salud: Una de mejor categoría y mejor financiada para quienes tienen mayor capacidad de pago, y otra más precaria y pobre para los pobres. La estrategia aceptable era entonces que la Ley 100 hubiera adoptado un plan de beneficios sostenible financieramente para toda la población.

El otro argumento con el cual se suele legitimar el régimen diferenciado de beneficios entre el contributivo y el subsidiado se basa en la tesis de que no existe afectación a la igualdad pues aquella persona del régimen subsidiado que no logra acceder a una prestación a la cual tiene derecho un beneficiario del contributivo no es discriminado, ya que puede acceder a ese servicio médico por otra vía.

Según esta tesis, dicha persona puede acudir a las redes públicas de instituciones prestadoras de salud, que cuentan con subsidios de oferta, pero ese argumento no es aceptable pues es contrario a la lógica misma del sistema, que parte de la idea de que la satisfacción más adecuada del derecho a la salud es precisamente establecer mecanismos de aseguramiento y subsidios a la demanda para los más pobres. Es por ello que en los últimos años los subsidios a la oferta han sido reducidos considerablemente, por lo cual la inequidad persiste, se puede entonces afirmar que lo que se cuestiona no es entonces la existencia en sí misma de dos (2) regímenes diferenciados, sino la desigualdad en los niveles de cobertura frente al derecho que tienen los grupos que pertenecen a uno u otro régimen⁴⁶.

No se pretende, como lo sugiere la Corte Constitucional, una cobertura que ampare a todos los habitantes frente a todas las contingencias posibles, sino que la cobertura que se otorgue sea equitativa para todos los sectores de la población, a menos que las diferencias de trato puedan estar justificadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que den fundamento adecuado al trato diferenciado, lo que no parece ocurrir, considerando que en este caso

⁴⁶ Ibid., p. 123.

la base de la distinción no es otra que la capacidad de pago como factor que origina la diferencia de posición económica de los destinatarios del servicio.

Por eso, aunque la Corte Constitucional recalca el papel regulador del Estado, es claro que ella asume la postura que acepta que en una economía de mercado son reales y admisibles las diferencias en los ingresos y capacidad adquisitiva de los miembros de la sociedad, y en la dinámica de libre mercado cada quien puede actuar de acuerdo con sus posibilidades económicas reales y pagar por los servicios que estén a su alcance, olvidando a todos aquellos que no tienen los recursos para poder comprar esos servicios.

Por esa razón, desde las otras posturas que consideran que los derechos no pueden ser concebidos como mercancías y que su realización no puede ser entregada a los postulados de la economía neoclásica, los pronunciamientos de la Corte Constitucional; en este sentido, pueden ser fuertemente criticados, porque se insertarían en la tendencia que *“apunta hacia una comprensión de la atención en salud como un servicio de atención individual de enfermedades que se compra en el mercado de servicios, y cada vez menos como un derecho ciudadano vinculado al bienestar”*.

Además, aunque los tratados de derechos humanos en materia de derechos sociales incorporan el mandato de progresividad, esta implica la adopción de medidas que efectivamente den cuenta de los avances en la realización del derecho, que para este caso estarían representadas en la equiparación paulatina de los servicios a los que tienen derecho los afiliados de ambos regímenes de salud, a pesar de lo cual las cifras no dan cuenta de ningún avance significativo en dicha meta de igualación y al contrario se mantiene la constante distinción, que casi termina siendo vista como connatural al modelo económico, pero que desde otras perspectivas abogan porque los derechos no sean concebidos como bienes de mercado, ya que resulta verdaderamente inaceptable, es por ello que para corregir la desigualdad y la vulneración de derechos fundamental en caso de salud se acude a la acción de tutela⁴⁷.

El sistema de salud, en su propio diseño, introduce entonces discriminaciones vinculadas a la capacidad de pago, con lo cual ha provocado una segmentación del mercado de la salud, que parece contrario a los principios de universalidad, equidad y solidaridad, porque en principio inspiran a la propia Ley 100 y que son los que armonizan con los estándares de derechos humanos; así, de un lado, están los más pobres, para los cuales

⁴⁷ Ibíd., p. 58.

se prevé un régimen subsidiado con menores beneficios, o los vinculados, que deben acudir a las redes de prestadores públicos, que tienen cada vez menor financiación por la reducción de los subsidios de oferta.

De otro se encuentran las clases medias asalariadas, que tienen un régimen contributivo con un plan de beneficios más completo, mientras que los sectores más pudientes no solo acceden a dicho régimen contributivo (ordinario, exceptuados y especiales), sino que además pueden pagar planes voluntarios de salud medicina prepagada, pólizas de salud y seguros de salud, y formas de aseguramiento privado para una medicina de mayor calidad.

<i>j</i>	<p>Jurisprudencia</p> <p>El análisis de las sentencias distinguidas en las unidades son de impulso para fomentar el aprendizaje pedagógico y contextualizar con decisiones del alto tribunal constitucional, acerca de los aspectos asociados con la temática de la Unidad, asimismo ofrecerles elementos que les ayudarán a desarrollar actividades de carácter pedagógico y de autoevaluación.</p>
----------	---

2.6. SENTENCIA T- 763/2011

M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS EN TEMPRANA INFANCIA- Protección constitucional a recién nacidos

“Los niños cuentan con especial protección constitucional sobre sus derechos a la salud y la seguridad social, particularmente los recién nacidos, que al estar iniciando la vida se encuentran en un estado de vulnerabilidad, por lo cual necesitan de una atención más calificada en salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y Estado. De esta forma, tanto las entidades públicas como privadas tienen un deber de cuidado sobre el bienestar de los niños, para lo cual deben procurar siempre, entre otros, garantizar que tengan el acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante los primeros años de vida, atendiendo en sus actuaciones al interés superior del menor. Por tanto, en desarrollo de los preceptos anteriores, el cuerpo normativo que regula la seguridad social en Colombia (Ley 100 de 1993)⁴⁸ ha dispuesto mecanismos de protección para los niños en temprana infancia.

(...) “Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente⁴⁹.

48 Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Bogotá.

49 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas por ejemplo en las sentencias T-549 de 1995 (MP. Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda

“El accionante pretende que se ampare el derecho a la salud de su nieta Linda Mariana Meléndez Benavides y se ordene su afiliación a Saludcoop EPS como miembro de su grupo familiar, sin que se imponga el pago de una cuota adicional. Como sustento de lo pretendido informa que (i) la bebé nació el quince (15) de febrero de dos mil once (2011) fruto de la relación entre los menores de edad Viviana Marcela Benavides Martínez (16 años) y, su hijo, James Andrés Meléndez Girón (14 años); que (ii) se encuentra bajo el cuidado de sus abuelos paternos porque la madre “desapareció” luego de dar a luz, y el padre, que se encuentra cursando bachillerato, depende totalmente del demandante y, finalmente, que (iii) los gastos médicos entendidos dentro del esquema de crecimiento de la niña los ha asumido el accionante completamente.

Por su parte, la entidad demandada señala que no puede afiliar a la menor como beneficiaria de su abuelo paterno porque el artículo 34 del Decreto 806 de 1998⁵⁰ no incluye a los nietos como miembros del grupo familiar y, que si prefiere, puede afiliarla como cotizante dependiente, pero tendría que pagar un aporte adicional (por un valor de \$147.700)⁵¹ de conformidad con el artículo 40 del Decreto 806 de 1998⁵².

Espinosa), T-392 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-959 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-689 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-1032 de 2007 (MP. Mauricio González Cuervo), T-366 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-108 de 2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez).

50 Artículo 34 del Decreto 806 de 1998. “Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por: [e]l cónyuge. || A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años. || Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado. || Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.”

51 La Magistrada Ponente, mediante auto del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), requirió a Saludcoop EPS para que informara el valor de la UPC adicional que el señor James Meléndez Castillo debería cancelar para afiliar a su nieta como cotizante dependiente. La entidad requerida, por escrito presentado el doce (12) de septiembre de dos mil once (2011), indicó que el valor del aporte adicional era de ciento cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$147.700). (Folio 23 del cuaderno segundo). Asimismo, se requirió al accionante para que enviara un informe respecto la capacidad económica y el estado de salud de la menor Linda Mariana. De conformidad con lo anterior, James Meléndez Castillo remitió a la Corte un escrito en el cual relacionó los ingresos y los gastos del hogar, además del estado de salud actual del bebé. (Folio 28 del cuaderno segundo).

52 Artículo 40 del Decreto 806 de 1998. “Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente. || Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos

“Cabe anotar que los niños cuentan con especial protección constitucional sobre sus derechos a la salud y la seguridad social,⁵³ particularmente, los recién nacidos,⁵⁴ que al estar iniciando la vida se encuentran en un estado de vulnerabilidad, por lo cual necesitan de una atención más calificada en salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y Estado. De esta forma, tanto las entidades públicas como privadas tienen un deber de cuidado sobre el bienestar de los niños, para lo cual deben procurar siempre (...) garantizar que tengan el acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición **durante los primeros años de vida**.

“...Para el caso de Linda Mariana Meléndez Benavides se abrió un espacio de desprotección en su ingreso al sistema de salud, en tanto se ha visto impedida para ser beneficiaria de alguno de sus padres adolescentes o de las personas que velan por su sostenimiento. Sin embargo, la Sala encuentra que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para garantizarle la afiliación al sistema como cotizante dependiente de su abuelo paterno, eximiéndolo del pago de la cuota adicional.

En ese sentido, la Corte: “ORDENA a Saludcoop EPS que, dentro de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, afilie a la menor Linda Mariana Meléndez Benavides en calidad de cotizante dependiente del señor James Meléndez Castillo, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique. Protección que solo operará hasta cuando el menor James Andrés Meléndez Girón modifique su calidad de beneficiario por la de cotizante en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud”.

servicios que los beneficiarios. || Parágrafo. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades”.

⁵³ Artículo 44 de la C.P. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

⁵⁴ Artículo 50 de la C.P. “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

ap

Actividades pedagógicas

Enseguida, los y las integrantes de este proceso formativo encontrarán una serie de cuestiones que les ayudarán a fortalecer los conocimientos adquiridos en el curso de esta unidad. Resuelva:

1. ¿Cuál es el problema existente en Colombia respecto a la uniformidad de cotizaciones en los trabajadores?
2. ¿De qué manera pueden eliminarse las barreras de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud?
3. ¿Por qué la prevención y la salud, en fomento de la salud pública como derecho fundamental, es considerado precario en el Sistema de Salud del país?
4. ¿Cuáles son los cuatro aspectos constitucionalmente problemáticos que originalmente trajo consigo la Ley 100 de 1993?.

ae

Autoevaluación

Cada uno de los hombres y mujeres que participan de este proceso formativo deberá resolver de acuerdo a derecho los casos que aparecen propuestos a continuación. Preferiblemente responder con fundamentos legales, solamente si es necesario.

2.7. CASOS

Caso 1. Julián y Francisco se conocieron en la cafetería de la Universidad donde ambos estudiaron su carrera de administración de empresas y contaduría, respectivamente. Desde entonces, han mantenido una relación sentimental luego de darse cuenta que tenían compatibilidad y gustos afines. Su relación lleva más de 8 años.

Julián, de 32 años, es procedente de una familia cristiana, quienes no apoyaron su relación con una persona de su mismo sexo cuando tenía 26 años, porque atentaba contra sus principios y moral cristianos, por lo que su familia le solicitó corregir sus conductas homosexuales o irse de su casa.

Francisco, de 34 años, al ver la situación de discriminación por razones de orientación sexual de las que fue víctima su pareja, le propuso a Julián convivir en un apartamento que este adquirió desde los 25 años. A partir de ello, conviven como una unión de hecho. Francisco trabaja desde hace un año en una empresa dedicada a la exportación de productos textiles desde la ciudad de Bogotá al resto de Colombia. La empresa, de nombre Expomodil, afilió a Francisco a la EPS “Médicos Unidos”, donde recibe sus servicios médicos y asistenciales de salud.

Julián, desde los 13 años es paciente de diabetes por razones de genética, por lo que debe suministrársele insulina para el control del azúcar, y consumir algunos medicamentos que le permiten llevar un estilo de vida saludable y digna.

Julián, quien trabajaba en la empresa “Enterprise Services”, estuvo afiliado a la EPS “Salud y Vida Integral”. Hace cinco meses quedó desempleado, por lo tanto, fue desafiliado del Sistema de Seguridad Social. Le ha costado conseguir un nuevo trabajo. Por lo tanto, y para no quedar sin Seguridad Social, Francisco hace la solicitud ante la EPS “Médicos Unidos” para que lo agreguen como beneficiario suyo, en virtud de acreditar su calidad de compañero permanente.

La EPS le responde a Francisco de forma negativa, alegando que no puede incluirse a Julián como beneficiario de Francisco como su compañero permanente, por tratarse de un hombre y no reunir dichas cualidades. Javier considera que la desactualización legal y social llevó a la EPS “Médicos Unidos” a incurrir en actos de discriminación.

Francisco ha interpuesto una acción de tutela contra la EPS “Médicos Unidos”, al considerar que se le está violando el derecho a la salud, igualdad,

vida y universalidad del sistema de su compañero permanente al no incluirlo como beneficiario del sistema.

¿Atenta la EPS accionada en actos de discriminación contra Francisco y Julián?

¿Se ve vulnerado el derecho fundamental a la salud de Julián?

¿A qué está obligada la EPS accionada ante la solicitud de Francisco?

Caso 2. Javier Flórez Osorio, pensionado de la Policía Nacional y usuario activo de Sanidad Policial de la Policía Nacional, de 69 años y residente del municipio de Bosconia (Cesar), impetra acción de tutela contra Sanidad Policial, al considerar que el derecho fundamental a la salud, dignidad humana e igualdad de su hija María José Flórez fueron vulnerados al desafiliarla del sistema por tener 21 años. María José padece de lupus eritematoso sistémico detectado desde los 12 años.

Cada mes, María José y su padre se dirigen a la ciudad de Valledupar para realizarle los controles médicos atenientes al control del lupus, ya que es una enfermedad crónica controlada médicaamente, pues el lupus se caracteriza por atacar letalmente al sistema inmunológico y afecta a órganos como riñones, hígado y páncreas que, en caso de no hacerle un seguimiento estricto, puede ser mortal.

El mismo Javier Flórez Osorio, quien actúa en nombre de su hijo en esta acción de tutela, hace constar que, desde los 13 años, su hija tuvo que suspender sus compromisos académicos debido a la enfermedad, pues la exposición a las variaciones climáticas y ambientales, habían perjudicado su sistema inmunológico.

El retiro del sistema, alega la Policía Nacional, se hace de conformidad a lo establecido en el Decreto 1795 de 2000, la cual consagra en su artículo 24 que se procede al retiro del sistema al cumplir la mayoría de edad o por la falta de acreditación de la calidad de estudiante, o bien, de certificar que se tiene la calificación de un grado de invalidez absoluta y permanente.

El accionante considera que la razón dada por la Policía Nacional no debe considerarse válida, ya que ello implicaría desconocer que, desde la edad de 13 años, María José, por razones de fuerza mayor a causa de su enfermedad, se vio imposibilitada de continuar con sus estudios y, en consecuencia, vulnerar su derecho fundamental a la salud.

En ese sentido, solicita el accionante a la entidad que reanude y actualice la afiliación de su hija como beneficiario, y a prestar el servicio en cuanto

fuere necesario, en pro de garantizar la prestación continua del servicio de salud integral que se necesita para el tratamiento de la enfermedad de su hija.

Además del derecho fundamental a la salud, ¿qué otro tipo de derechos están siendo vulnerados por la entidad demandada?

María José, siendo hija del pensionado de la Policía –accionante de este caso– ¿debe estar incluida dentro del Sistema de Salud de Sanidad Policial a pesar de tener 21 años y no estar estudiando? En el evento de resultar afirmativa la respuesta, justifique sus razones.

¿Debe continuar María José con el tratamiento del lupus en dicha entidad, como beneficiaria de su padre?

Caso 3. La empresa de calzado “Pies de Cuero” contrató a Adela Moncada como asesora comercial. La empresa realizó una solicitud para vincularla al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la EPS “Éxito y Vida”. Dicha solicitud va a acompañada con el formato de inclusión de beneficiarios, en la que incluye a su hijo e hija, quienes son menores de edad. Su hijo es hijo biológico, pero su hija fue adoptada a través de un proceso del ICBF.

La EPS envía una carta a Adela, haciéndole saber que en lo que concierne a su afiliación como cotizante fue exitosa, así como la afiliación como beneficiario de su hijo. No obstante, no se pudo concretar la afiliación como beneficiaria a su hija, pues no es hija biológica sino adoptada y según la legislación colombiana los hijos adoptados tienen excepción a los beneficios de registro de beneficiarios respecto a la Seguridad Social en Salud.

Adela, indignada por el comunicado de “Éxito y Vida” acude a la acción de tutela por considerar que la no afiliación de su hija como beneficiaria suya lesiona gravemente los derechos a la salud, dignidad humana e igualdad y que la justificación de la clínica es desactualizada sobre los hijos adoptados, pues ellos tienen los mismos derechos que los hijos biológicos y no puede darse ese tipo de discriminaciones, sobre todo cuando se trata de menores de edad.

En el caso expuesto, ¿cree usted que se vulneran los derechos reclamados por la accionante?

¿Cuál es la obligación de la EPS respecto a las solicitudes de Adela de incluir como beneficiarios a su hijo e hija?

Caso 4. Alejandro (hoy tiene 5 años) padece de una enfermedad que le generó un tumor maligno en la cabeza desde los 3 años. Desde el nacimiento

de Alejandro, su madre Luz Elena, lo llevó al médico para que le realizará los controles correspondientes a los infantes, niños y niñas en su etapa de crecimiento. Su médico de cabecera, al tercer año de edad de Alejandro, descubrió el tumor y decidió recetarle un tratamiento que ayudaba a la disminución de los fuertes dolores de cabeza que le ocasionaba, así como a menguar el crecimiento de dicho tumor.

El médico, en uno de los controles mensuales de Alejandro, determinó que debía practicársele una cirugía cuanto antes para la extirpación del tumor, pues de no hacerse, la muerte de Alejandro era inminente. Por tal motivo, decidió programarle cirugía dentro de los próximos cinco días posteriores a la consulta. La madre de Alejandro, estuvo al tanto de su hijo y siguió todas las indicaciones correspondientes para disponer a su hijo a dicha operación. El quinto día, se acerca a la clínica con la orden impartida por el médico regular de Alejandro para que le practiquen esa operación. No obstante, la “Clínica Vida Rápida” se niega a practicarle la operación y se le reprograma dentro de dos meses, teniendo en cuenta que el médico cirujano está de vacaciones, y no se le puede asignar otro médico cirujano porque ellos (el resto de médicos cirujanos) no están obligados a practicar una cirugía porque no fueron avisados con antelación.

Por razones apenas lógicas, Luz Elena, en nombre de su hijo Alejandro, opta por instaurar ante el Juzgado 12 Civil de Soledad una acción de tutela en contra de la clínica con medida cautelar, para que la operación programada para su hijo se realice cuanto antes, pues de no hacerse, sus derechos a la vida, salud, dignidad humana e igualdad se ven seriamente vulnerados, pues la extirpación del tumor es ineludible y necesaria para que Alejandro siga gozando de vida y de sus derechos.

Como juez o jueza de la República, ¿cuál sería su decisión respecto al caso? Enumere las acciones imperativas de obligatorio cumplimiento. Coloque las que considere necesarias.

¿Qué tipo de derechos fundamentales desconoce la clínica en caso de que siga negándose a no practicarle la cirugía a Alejandro, luego de la decisión a favor del niño?

Caso 5. Exponga dos situaciones en las que se vean obligadas las EPS a vincular como beneficiarios de un cotizante a hombres y mujeres sin importar edad.

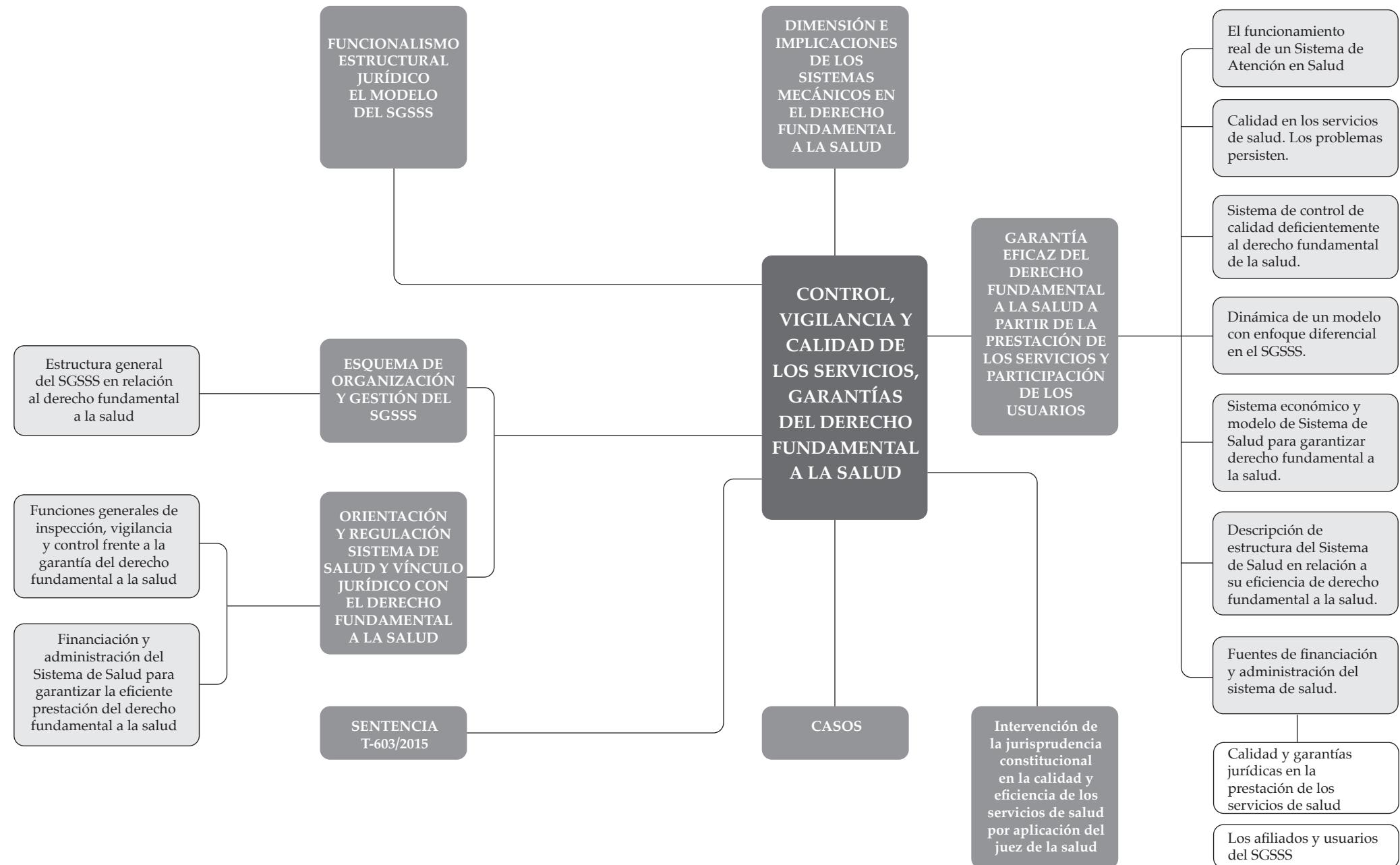
Unidad 3

*CONTROL, VIGILANCIA
Y CALIDAD DE LOS
SERVICIOS, GARANTÍAS
DEL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA
SALUD*

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Identificar el modelo del Sistema en relación con el control y calidad de los servicios de salud para garantizar el derecho fundamental a la salud.</p>
-----------	--

<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Analizar los procesos jurídicos de inspección, control y calidad de los servicios de salud.2. Especificar el sistema de garantía de calidad de servicios en salud que permite acceso el derecho fundamental a la salud.3. Presentar la operatividad de la calidad de los servicios para garantizar el derecho fundamental de la salud.4. Revisar la dinámica jurídica de eficiencia de la calidad de los servicios para garantizar el derecho fundamental de la salud.
-----------	---

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 3



3.1. FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL JURÍDICO, EL MODELO DEL SGSSS

El Estado colombiano ha avanzado en la adopción de medidas para garantizar el acceso de la población al servicio de salud, pero la compatibilidad del modelo de atención en salud con los estándares internacionales relacionados con el derecho a la salud y el fundamento filosófico que subyace en la Constitución Política, en algunos aspectos, no parecen ser nítidos ni bien definidos.

Internacionalmente, las responsabilidades del Estado en el campo de la salud no pueden reducirse a la selección de un modelo de atención que garantice el acceso a la población en condiciones de igualdad y calidad. Además, el Estado debe garantizar que la población disfrute de los niveles más altos de bienestar físico, mental y social, según lo definido por el Protocolo de San Salvador. Así, el papel que desempeña en la garantía del derecho el Subsistema de Inspección, Vigilancia y Control (SIVC) es indiscutible.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) colombiano fue diseñado con el propósito de resolver las problemáticas de cobertura, inequidad, ineficiencia, baja capacidad resolutiva y administración deficiente de las instituciones de salud. Después de dieciocho años de funcionamiento, la proliferación de quejas, tutelas, sanciones y las continuas reformas de los componentes estructurales del SGSSS comprueban que este no ha logrado cumplir con la finalidad que originó su creación.

El modelo de sistema de atención en salud escogido por el Estado delega la función de la administración y la prestación de los servicios a terceros (instituciones públicas, privadas o mixtas), los cuales deben regir sus actuaciones teniendo en cuenta los parámetros establecidos para lograr una competencia regulada y el equilibrio financiero del sistema.

En consecuencia, de acuerdo con este modelo, la actuación del Estado debe centrarse en garantizar que el comportamiento de las instituciones relacionadas con la atención en salud se inscriba dentro de los parámetros establecidos por él. Por lo tanto, el SIVC debe reclamar los correctivos de las fallas en la prestación del servicio para lograr que el derecho a la salud sea efectivamente garantizado.

3.2. DIMENSIÓN E IMPLICACIONES DE LOS SISTEMAS MECÁNICOS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Los indiscutibles éxitos obtenidos por el paradigma científico moderno, especialmente en el campo de la ingeniería, fueron posibles por la combinación

de las teorías de modelos ideales, cibernetica de primer orden y sistemas mecánicos, con aquel principio de la filosofía estructuralista que propone reducir la solución de un problema a su descomposición en un conjunto de unidades mínimas (átomos) y unas reglas esenciales (leyes).

La reducción y fragmentación de los problemas y la construcción de modelos ideales de sistemas, con funcionamiento mecánico, son los principios de organización que configuran el paradigma científico moderno; ahora bien, las máquinas generadas por la articulación de la cibernetica con la teoría general de sistemas son teleológicas, causales, predecibles, controlables y deterministas, la finalidad de las máquinas es asignada por el diseñador.

Cuando se plantea un artefacto de este tipo, él debe contener dispositivos de regulación y control que garanticen su funcionamiento. Si los dispositivos no cumplen con su función de regulación y control se deben tomar las medidas correctivas necesarias. Estos parámetros, conceptuales y prácticos fueron transferidos y utilizados por los investigadores en los diferentes campos de las ciencias naturales, humanas y sociales. Así también la identificación de los problemas de salud y el tipo de sistema mecánico seleccionado en Colombia para resolverlos es consistente con los fundamentos, teóricos y prácticos, que constituyen el paradigma científico moderno⁵⁵.

Los responsables del diseño del SGSSS redujeron la complejidad de la problemática de salud, a los conflictos económicos, financieros y administrativos que generaba el sistema tradicional de atención en salud de naturaleza pública; basándose en estos presupuestos procedieron a construir un sistema de atención en salud que permitiera la participación de múltiples agentes económicos (públicos, privados y mixtos) y que tuviera los dispositivos de regulación y control necesarios para lograr conservar el equilibrio financiero global del sistema en un contexto de mercado competitivo.

El Ministerio de Salud y Protección Social debería apartarse gradualmente de la prestación directa de servicios para encargarse de la modulación (regulación) estratégica del sistema. Con el fin de incrementar la cobertura y la calidad, los sistemas de salud modernos deben hacer frente a dos retos financieros clave, a saber, la movilización de los recursos requeridos y la contención de costos.

El diseño del financiamiento, como algo diferenciado de su operación es una parte importante de la modulación. El primer paso en este proceso

⁵⁵ Yamin, Alicia Ely. *La lucha por los derechos a la salud*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 14.

es la captación de dinero por parte de las agencias financieras, así como la acumulación de ese dinero en fondos. La descentralización del gasto, la competencia regulada, y la transición del subsidio de la oferta a la demanda, fueron los ejes regulativos globales del nuevo SGSSS; de esta manera suscita el subsistema de Inspección, Vigilancia y Control se distribuye entre los componentes y partes del sistema para seleccionar y procesar la información necesaria que permita cumplir con los objetivos regulatorios globales asignados para el sistema.

Desde esta concepción que enfatiza los aspectos económicos, financieros y administrativos del sistema, los diferentes agentes del SGSSS deben tener la información completa indispensable para tomar decisiones sustentadas en una racionalidad de competencia; es así que el patrón de organización seleccionado, que determina su estructura y delimita sus procesos de aprendizaje, está orientado hacia la búsqueda de eficiencia.

La cobertura de la población, calidad y tipo de prestación del servicio de salud dependen de la eficiencia económica, financiera y administrativa del SGSSS lograda por las decisiones racionales, autónomas, independientes y perfectas que tomen las partes y componentes del sistema; ahora bien, el diseño ideal y mecánico del sistema no considera indispensable la presencia de externalidades, cambios biológicos, económicos, sociales e individuales contingentes, que pueden afectar su funcionamiento⁵⁶.

La Ley 100 de 1993 estableció que el SGSSS estaría compuesto por cuatro (4) partes básicas denominadas Organismos de Dirección, Vigilancia y Control (constituida por tres (3) componentes: Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional en Salud); Organismos de Financiación y Administración (constituidos por cinco (5) componentes: Entidades Promotoras de Salud en todas sus especies, Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud, Unidad administradora de Recursos en Salud - ADRES); las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud públicas, mixtas o privadas (constituidas por dos (2) componentes: Instituciones Prestadoras de Salud, Empresas Sociales del Estado); y los afiliados, beneficiarios y Comités de Participación Comunitaria (Copacos) y asociaciones de usuarios⁵⁷.

El tipo de relación que tienen las cuatro partes del SGSSS fue definido por unas reglas de interacción específicas (algoritmos funcionales) que permiten seleccionar y procesar la información, interna y externa relevante para asegurar la certeza en sus elecciones, decisiones y acciones locales.

⁵⁶ Ibid., p. 15.

⁵⁷ Ibid., p. 231.

Para lograrlo y garantizar que la actuación de los agentes no se desvíe del marco regulatorio, se les asignaron a los diferentes componentes, de las partes, unas funciones específicas de inspección, vigilancia y control.

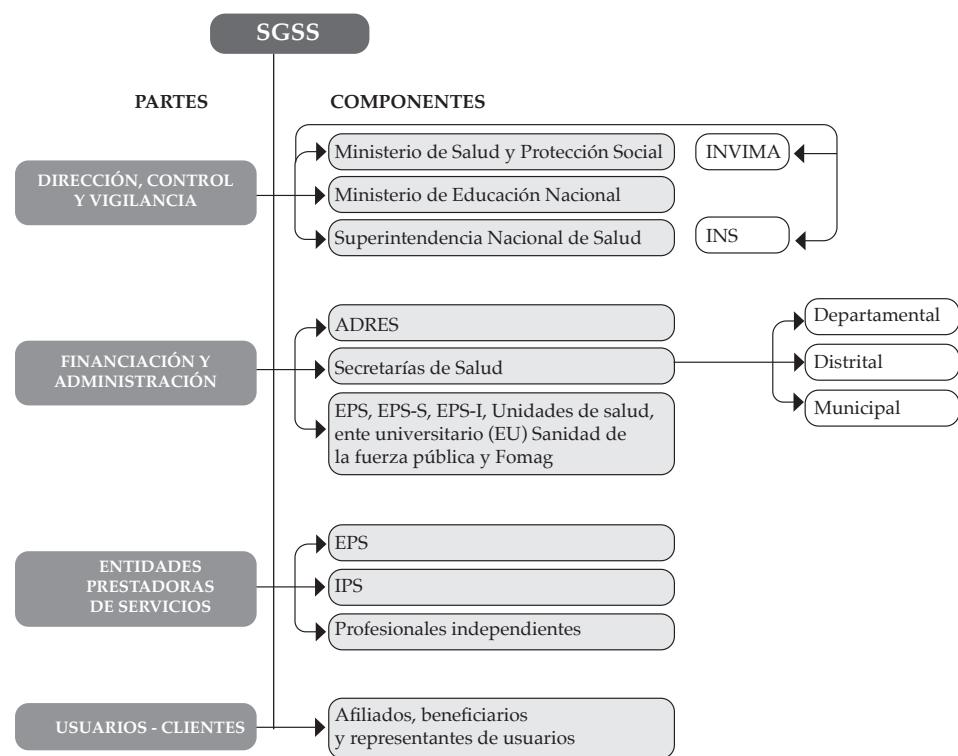


Gráfico No. 2. Las partes y componentes del SGSSS

Fuente: Diseño del Autor, basado en instructivo del Ministerio de Salud y Protección Social.

El Instituto Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos (Invima), también hacen parte del sistema de control y vigilancia del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La sigla ADRES traduce “Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, quien reemplazó al antiguo Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

Se configura así, un Subsistema de Inspección, Vigilancia y Control (SIVC) de naturaleza reactiva, que está compuesto por unos dispositivos locales de selección de información que es transmitida a un proceso local de toma de decisiones fijo y convierte la información en una respuesta a la situación.

Las relaciones lineales y causales entre las partes y componentes del sistema enfatizan los aspectos económicos, financieros y administrativos de las coordinaciones entre ellos. Este tipo de interacción es indispensable para corregir las desviaciones del sistema en aspectos específicos.

El patrón de organización económica, la estructura jerárquica piramidal de organización, los reducidos procesos de aprendizaje y los dispositivos reactivos del SIVC del SGSSS colombiano lo delimitan como un mecanismo cibernético de primer orden.

Esto quiere decir que el SGSSS fue concebido como una totalidad desarmable (máquina) compuesta por un conjunto de partes y relaciones. Las partes del sistema son intercambiables (reformas), tienen una jerarquía (piramidal) y unas funciones específicas de inspección, vigilancia y control que les permiten tener una identidad (estática) y una autonomía (absoluta)⁵⁸.

Dentro de esta lógica, el SIVC del SGSSS fue distribuido entre las diferentes partes y componentes del sistema y está dirigido básicamente a recopilar y procesar la información, interna y externa, necesaria que garantizar el cumplimiento de la finalidad económica, financiera y administrativa del sistema. Además, el modelo ideal seleccionado presupone que las partes y componentes del SGSSS conocen la totalidad de las consecuencias de sus acciones⁵⁹.

Además las partes y sus componentes tienen un polo de entrada (receptor) y otro de salida (efectos) y dos mecanismos: Uno que informa sobre el estado actual (sensor) y otro que compara el estado actual con el “ideal”⁶⁰.

Este proceso de comparación permite corregir las desviaciones, lograr un funcionamiento adecuado y cumplir con la finalidad establecida previamente. Si el sistema no produce los resultados esperados se deben realizar correcciones en las partes, en las relaciones o en los dispositivos de regulación y control. Pero cambiar el patrón de organización (sentido) implicaría cambiar el sistema; por lo tanto, este no debe ser modificado.

⁵⁸ Restrepo Pimienta, Jorge Luis. *Conceptos Científicos en Seguridad social en Salud, en contexto globalización y Estado*. Barranquilla: Universidad de la Costa, 2017, p. 78.

⁵⁹ Ibid., p. 51.

⁶⁰ Ibid., p. 90.

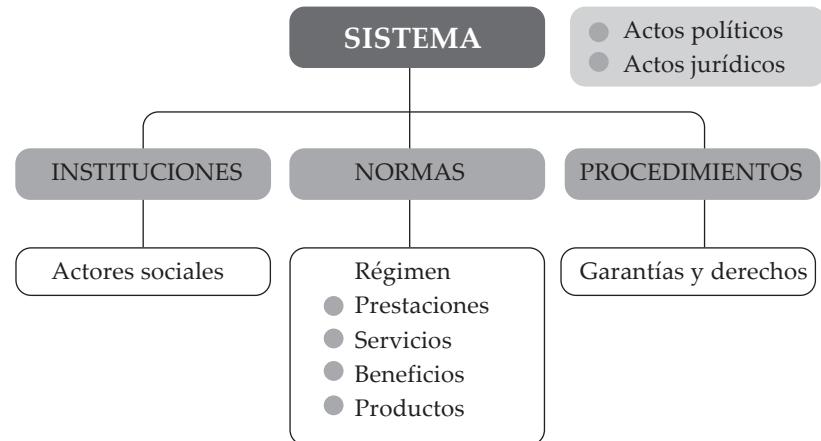


Gráfico No. 3. Esquema del Sistema de Salud

Fuente: Diseño del Autor, basado en instructivo del Ministerio de Salud y Protección Social.

Las diferentes teorías relacionadas con el estudio de los sistemas y los dispositivos de regulación y control coinciden en afirmar que los conflictos de funcionamiento, como los que ha venido presentando el SGSSS, están básicamente relacionados con el tipo de sistema (mecánico u orgánico) seleccionado y con las interacciones entre el patrón de organización (sentido), las partes o relaciones (estructura), los procesos de aprendizaje, y los dispositivos de regulación y control que estos posean.

3.3. ESQUEMA DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL SGSSS

Desde la óptica de los gestores de la reforma al SGSSS, el sistema vigente hasta 1993 estaba generando múltiples problemas en los ámbitos de la población y de las instituciones de salud; en cuanto a la población se identificaron problemas de rezago epidemiológico, inequidad, enfermedades no transmisibles, lesiones, infecciones emergentes, cambios en la demanda y presiones políticas.

En el ámbito de las instituciones se identificaron problemas de cobertura insuficiente, calidad técnica pobre, ineficiencia en la asignación de recursos, inadecuados procesos de referencia de pacientes, baja capacidad resolutiva y administración deficiente de las instituciones, escalada de costos, incentivos inadecuados, inseguridad financiera, insatisfacción de los consumidores, expansión tecnológica y gerencia deficiente del sistema⁶¹.

⁶¹ Ibid., p. 34.

En consecuencia, los problemas de salud, de acuerdo con los principios del paradigma moderno, fueron reducidos a dos: La naturaleza pública de la prestación de servicios de salud y la ineficiencia económica, financiera y administrativa del sistema y la solución para estos dos (2) problemas sería el diseño de un SGSSS basado en el modelo de pluralismo estructurado.

De acuerdo con sus lineamientos, el SGSSS debe cumplir con los objetivos de regular la prestación de los servicios de salud y crear las condiciones para el acceso de toda la población a los diferentes niveles de atención⁶².

De esta forma, el seguro público de salud sufrió una desintegración vertical con la separación de las actividades de financiamiento y prestación de servicios. Se creó un mercado que lo articuló con el de servicios médicos, que también recibió un impulso para ampliar la oferta y mejorar la calidad; es así que esta reforma de los mercados de la salud se complementó con la descentralización territorial y, como se podía predecir desde la economía institucional, llevó a diseñar mecanismos de regulación para facilitar el desarrollo armónico de los mercados⁶³.

El adecuado cumplimiento de las reglas del mercado competitivo y de las funciones especializadas de las partes y componentes del SGSSS permitirían, según el planteamiento teórico, conservar el equilibrio económico, financiero y administrativo del sistema; en este orden se destaca que las partes y los componentes del sistema tuvieran un adecuado funcionamiento se realizaron diferentes modificaciones en el entorno.

La primera de ellas consistió en fragmentar la población colombiana discriminándola según la cantidad de ingresos que ellos posean. La segmentación de la población según la cantidad de ingresos posibilitó la creación de tres (3) tipos de usuarios o clientes del SGSSS, los cuales se llamaron:

- Contributivos (personas que tengan empleos formales, servidores públicos, pensionados, jubilados e independientes con capacidad de pago);
- Subsidiados (personas con ausencia de capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, entre ellos, víctimas, victimarios, población carcelaria, indigentes, damnificados) los cuales serían subsidiados por el SGSSS con aportes fiscales de la

62 Ibid., p. 71.

63 Ibid., p. 23.

Nación, departamentos, distritos, municipios, ADRES y recursos de afiliados según su capacidad; y

- Los vinculados, constituidos por aquellos ciudadanos colombianos que por incapacidad total de pago no pueden ser afiliados al sistema. La atención en salud de ellos y su financiación será de naturaleza pública y estará a cargo de los hospitales públicos.

Los diferentes dispositivos y mecanismos que tiene el SIVC del SGSSS deben transmitir la información económica a las diferentes partes y componentes del sistema de modo que les permita clasificar económicamente a la población usuaria en contributivos, subsidiados o vinculados.

Además, para lograr conservar el equilibrio económico, financiero y administrativo, el diseño del SGSSS mantuvo los regímenes exceptuados (Fuerzas Militares, Magisterio, Ecopetrol) que introducen otro factor de segmentación, discriminación y exclusión de la población usuaria del sistema.

La discriminación económica de la población permitió la creación de diferentes tipos de Planes Obligatorios de Salud (POS contributivo y subsidiado) dirigidos a la atención individual de la salud y los "Planes Intervenciones Colectiva" dirigidos a la atención de la salud pública de la población que por focalización demuestre tener los menores ingresos y las mayores necesidades.

La cantidad y calidad de los servicios de salud incluidos en el POS y los de Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC) está determinada por la cantidad de recursos económicos, individuales o institucionales que logre acumular el sistema. Cada plan dispone de mecanismos de inspección, seguimiento y control que permiten la construcción de depósitos de información que garanticen conservar el equilibrio financiero del sistema; con el diseño del SGSSS establece dos (2) dispositivos de control, creados para lograr la consolidación de un mercado competitivo en el campo de la salud.

El POS (diferente para el régimen contributivo y subsidiado), actúa como dispositivo de control del ámbito de los servicios. La Unidad de Pago por Capitación (UPC) (diferente para el régimen contributivo y subsidiado) funciona como mecanismo de control en el campo de los precios.

Según el diseño del SGSSS, estos dispositivos básicos de control permitirían la competencia efectiva entre las administradoras Entidades Promotoras de Salud (EPS), EPSS, EPSI, Sanidad de la Fuerza Pública, Unidad de Salud de Ecopetrol, Unidad del Salud de Ente Universitario,

y las prestadoras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) de los servicios de salud; Empresas Sociales del Estado y profesionales independientes.

Para recapitular, la clasificación de la población, discriminada por la cantidad de sus ingresos; el Planes Obligatorios de Salud "POS" (contributivo y subsidiado); y la Unidad de Pago por Capitación "UPC" (contributiva y subsidiada) fueron concebidos también para actuar como dispositivos de control considerados como fundamentales para conservar el equilibrio económico, financiero y administrativo del sistema en un esquema de competencia regulada; es así que existe la selección del tipo de estructura organizacional y el diseño del subsistema de inspección, vigilancia y control también se llevó a cabo para cumplir con la finalidad del sistema.

3.3.1. ESTRUCTURA GENERAL DEL SGSSS EN RELACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

La Ley 100 de 1993 determina que el SGSSS está compuesto por cuatro (4) partes denominadas: - Organismos de Dirección, Vigilancia y Control; - Organismos de Financiación y Administración; - Prestación de los servicios de Salud y - Los Afiliados, Beneficiarios y Comités de Participación Comunitaria (Copacos); asociaciones de usuarios, representantes de usuarios justas directivas y veedores en salud.

Las partes del sistema se organizan piramidalmente. La dirección estratégica, regulación y control se ubica en la cima. Posteriormente, en un lugar intermedio, se localizan los responsables de la financiación del sistema (ADRES - Entidades Promotoras de Salud "EPS") y la administración Entidades Promotoras de Salud "EPS".

Cercana a la base de la pirámide se encuentran las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y las Empresas Sociales del Estado (ESE) públicas, responsables de la prestación de los servicios de salud. En la base están los usuarios del SGSSS.

Las partes que constituyen el SGSSS (dirección, regulación y control; financiación, administración; prestación de servicios y usuarios) están compuestas, a su vez, por un conjunto mínimo de instituciones que actúan como responsables del cumplimiento efectivo de las funciones asignadas a ellas por los diseñadores del sistema. Para cumplir adecuadamente con las funciones especializadas, las diferentes instituciones deben tener dispositivos internos de inspección, vigilancia y control.

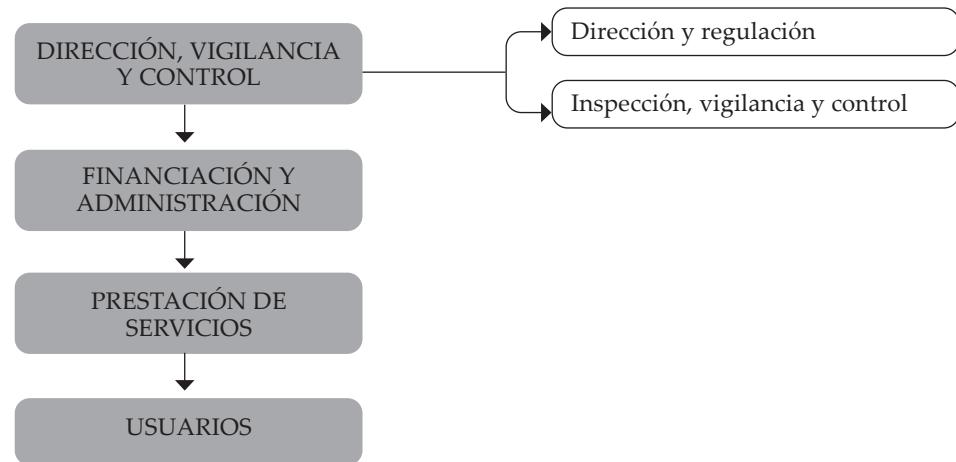


Gráfico No. 4. Subsistemas del Modelo de SGSSS

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social. Guía Práctica 2014

Se considera conveniente destacar que, aunque la Ley 100 de 1993 incorpora a los usuarios como una parte formal del sistema, su participación estructural y funcional es tangencial y está directamente relacionada con los aspectos de financiación e indirectamente con la inspección, vigilancia y control.

La información recopilada por el SIVC del SGSSS respecto de las partes y componentes del sistema permitirá establecer si los usuarios están cumpliendo con las funciones asignadas a ellos por el Sistema: Pagar la cotización reglamentaria o subsidio (recursos fiscales, solidaridad, ingresos de entes territoriales); si están recibiendo el POS que les corresponde y si este tiene la cobertura familiar esperada. Además, el SIVC establece si los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles han sido útiles para racionalizar el uso de los servicios o complementar la financiación del POS.

De acuerdo con el diseño inicial, el SIVC del SGSSS debe proveer la información, cuantitativa y cualitativa, que permita establecer si los afiliados y beneficiarios han podido: Elegir libremente las EPS, las IPS y los profesionales adscritos y conformar las alianzas y asociaciones de los usuarios que los representen ante estas.

Otro aspecto relacionado con los reclamos de los usuarios que el SIVC debe controlar es la existencia de un Comité Técnico Científico en las Entidades Promotoras de Salud -EPS. La reforma al Sistema, introducida

por las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, busca corregir las disfunciones presentadas por el diseño inicial de este Subsistema.

El tipo de organización piramidal contenido en el diseño del SGSSS busca centralizar sus funciones de dirección, regulación y control en las instituciones gubernamentales; este tipo de estructura organizacional se replica en los otros componentes (entidades e instituciones) que constituyen las cuatro partes esenciales del sistema.

En un modelo de sistema mecánico trivial, como el SGSSS colombiano, la organización piramidal y la concentración de las funciones tienen el propósito de lograr que las decisiones estratégicas se lleven a cabo con la menor participación posible de otras partes y componentes del sistema; seguidamente cabe destacar que los diseñadores de los sistemas mecánicos, como del SGSSS, consideran que la proliferación de centros de decisión en un mismo campo de acción genera demasiado ruido (proliferación de información irrelevante) lo cual afecta negativamente el funcionamiento del sistema porque aumenta la incertidumbre.

Por lo tanto, en este tipo de sistemas mecánicos triviales, debe haber siempre alguna institución o entidad que “marque el paso” de las elecciones y decisiones estratégicas que se toman en los diferentes ámbitos de acción; ahora con el modelo de sistema mecánico que orientó el diseño inicial del SGSSS establece que, para lograr su funcionamiento adecuado, los componentes (entidades e instituciones), que constituyen sus partes esenciales, deben tener un máximo de cierre organizacional y una mínima apertura informacional.

Para obtener un cierre organizacional máximo y una apertura informacional mínima, cada parte y componente del sistema debe tener unas funciones especializadas y unos dispositivos sensoriales que filtren la información para que contribuya a conservar la parte o el componente tal como fue diseñado.

Las partes del SGSSS actúan como responsables del cumplimiento efectivo de las funciones que les han sido asignadas por los diseñadores del sistema. Para cumplir adecuadamente con sus funciones especializadas, cada parte debe tener dispositivos individuales de inspección, vigilancia y control. Lo mismo sucede con la estructura de los componentes (entidades e instituciones) ya que pertenecen a las diferentes partes del sistema. Esta similitud estructural y funcional de las partes y de los componentes configuran el SGSSS mantienen constante el equilibrio económico, financiero y administrativo del sistema y cumplen con la finalidad establecida para él durante su diseño.

Las relaciones internas del SGSSS se reducen a generar los flujos de información y comunicación necesarios para mantener estable cada una de las partes y componentes del sistema, es menester aducir que los procesos de aprendizaje que facilitan la adaptación en los sistemas mecánicos son mínimos, porque, en la mayoría de los casos, la adaptación del sistema a los cambios internos y externos obliga a producir modificaciones radicales en el patrón de organización y la organización estructural global del sistema.

3.4. ORIENTACIÓN Y REGULACIÓN SISTEMA DE SALUD Y VÍNCULO JURÍDICO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Los cambios en la concepción de las funciones estatales, introducidos por el denominado Consenso de Washington, redefinen la actuación del Estado colombiano para que sea coherente con las tendencias mundiales. En consecuencia, según las orientaciones de la Constitución Política de 1991, el Estado no es necesariamente el responsable directo de la prestación de los servicios públicos, entre los cuales se encuentra la atención de la salud.

Entonces cabe destacar que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia determina que el Estado es el encargado de la dirección, coordinación y control del servicio público de la salud. Su función consiste en la definición de los roles que deben desempeñar el sistema, los diferentes agentes que participan, estableciendo los objetivos que se buscan en el accionar de cada uno, de acuerdo con las funciones que se les quiere atribuir.

Dicho en otras palabras, el diseño del sistema responde a su estructuración, con base en los propósitos que debe desarrollar cada una de las funciones existentes y las interrelaciones entre estas. Esta función de dirección queda formalmente consignada en la Ley 100 de 1993, ya que define un nuevo modelo de prestación del servicio de salud; es por ello que la función directiva está relacionada con la regulación –definida como proceso de los organismos reguladores para comprender el diseño y la fijación de normas–, y con las medidas para garantizar su aplicación, así como la fiscalización y el control.

Los componentes (entidades e instituciones) responsables de la función de regulación según el diseño formal del SGSSS serían: - Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, órgano sustituido por el Comisión de Regulación en Salud (CRES) por la Ley 1122 de 2007, el cual su vez fue suprimido por el Decreto 2560 de 2012, por lo que sus funciones las tiene el Ministerio de Salud y Protección Social; - el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud Protección Social y - La Superintendencia Nacional de Salud Instituto

Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos (Invima).

Las funciones especializadas de las instituciones reguladoras deben ser consistentes con el modelo de gestión y aseguramiento de riesgos en salud del SGSSS; por lo tanto, las elecciones, decisiones y acciones de estas instituciones están dirigidas a cumplir con lo establecido por el patrón de organización económico, financiero y administrativo del sistema. En este sentido, todas las instituciones que componen la parte de Dirección y Regulación deben tener un subsistema SIVC que les permita obtener la información necesaria para cumplir con sus funciones especializadas.

La función especializada de dirección y regulación está prioritariamente desempeñada por el Gobierno nacional, ya que el SGSSS está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud y Protección Social; esta última institución, concentra las funciones especializadas en dos ámbitos: el primero en la dirección en el que formula y adoptan las políticas, estrategias, programas y proyectos del SGSSS; establece el régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

El segundo es de regulación en el cual expide normas administrativas, mide la calidad de los servicios y reglamenta la recolección, transferencia y difusión de la información, también corresponde al componente de la dirección y regulación del Sistema el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuyas funciones fueron modificadas por la Ley 1122 de 2007. Esta institución tiene asignadas funciones especializadas de regulación, ya que define y reglamenta los grupos de afiliación prioritaria al subsidio; determina los criterios para la utilización y distribución de los recursos en salud; establece criterios para determinar el valor de la UPC y; determina el contenido y las actualizaciones de los servicios que contiene el POS para el régimen contributivo y subsidiado. El cumplimiento de estas funciones depende de los recursos económicos acumulados que tenga el Sistema.

El tercer componente constituye es la Superintendencia Nacional de Salud. En el diseño inicial del sistema (1993), sus funciones fueron definidas como de inspección, vigilancia y control a las EPS y las IPS; verificación de la conformidad del POS por cada EPS y definición de un régimen sancionatorio. Estas funciones originales fueron considerablemente ampliadas con la Ley 1122 de 2007, posteriormente desarrolladas en el Decreto 2462 de 2013 y en la Ley 1797 de 2016, artículos 7º y 9º, la cual reorganizó la Superintendencia Nacional de Salud (SNS). Para llevar a cabo sus funciones, la SNS expide

circulares de obligatorio cumplimiento para el universo de sus vigilados, razón por la cual se constituye en un eje adicional de regulación del sistema.

3.4.1. FUNCIONES GENERALES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL FRENTA A LA GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

El Estado colombiano se ha desvinculado progresivamente de la prestación directa del servicio de salud, pero su función de diseñar un efectivo subsistema de inspección y vigilancia sigue vigente.

Esta es una obligación definida tanto por los estándares internacionales, como por la Constitución Política de Colombia que en su artículo 36, la cual consagra que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, control y la vigilancia de dichos servicios.

El Estado colombiano, de acuerdo con el modelo de atención de salud elegido, debe crear las condiciones para su funcionamiento adecuado y construir los dispositivos de inspección, vigilancia y control necesarios para garantizar la libre concurrencia, elección y disponibilidad de información en el mercado, esto definido especificado en los enfoques de salud establecidos en la Ley 1753 de 2015 –Plan de Desarrollo–, el cual se ha ido realizando por medio de la Resolución 518 de 2015, en la que se dictan las disposiciones sobre la Gestión de la Salud Pública y establece las directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (en adelante, PIC) y en la Resolución 1536 de 2015, las disposiciones sobre el proceso de planeación integral para la salud.

En la Ley 100 de 1993, el legislador reconoce la importancia del control para el adecuado funcionamiento del SGSSS, así en su capítulo IV se delimitan las bases de lo que sería un Subsistema SIVC. En el texto se hace mención de las diferentes competencias que los agentes deben tener para ejercer la función especializada de inspección, vigilancia y control. Las leyes 10 de 1990, 715 de 2001 y de 2007, también contribuyen a definir los alcances de lo que se entenderán como funciones de inspección, vigilancia y control.

Las dificultades que el Programa de Apoyo para la Reforma en Salud (PARS) identifica en el funcionamiento de este subsistema en el Informe Final “Proyecto Evaluación y Reestructuración de los Procesos, Estrategias y Organismos Públicos y Privados encargados de adelantar las funciones de vigilancia y control del Sistema de Salud”, se sintetizan en ausencia de

un organismo coordinador del subsistema, superposición de funciones entre los diferentes niveles de la administración, conflicto de intereses de algunos agentes encargados de ejecutar acciones de Inspección, Vigilancia y Control (IVC), limitaciones en la capacidad administrativa y técnica de llevar a cabo estas acciones de inspección por parte de algunos de los agentes descentralizados.

En consecuencia, las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, reformadoras de la Ley 100 de 1993, buscan superar los problemas detectados y para ello define con mayor precisión los alcances del SIVC del SGSSS, especialmente, en los aspectos relacionados con la financiación, la administración, el aseguramiento y la prestación de los servicios.

Esta ley define los alcances del SIVC. Su coordinación, puesta en marcha y desarrollo estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, es así que en virtud de su designación como la institución coordinadora del IVC, emprendió una reforma organizacional para asumir lo establecido por la ley. Para la configuración del nuevo SIVC, la ley precisa los conceptos de inspección, vigilancia y control de la siguiente manera:

La inspección es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del SGSSS y sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la SNS dentro del ámbito de su competencia.

La vigilancia consiste en la atribución de la SNS para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos vigilados, cumplan con las normas que regulan el SGSSS para su desarrollo.

El control consiste en la atribución de la SNS para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científica administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.

De esta forma, el SIVC, dirigido por la SNS, buscará supervisar, corregir o sancionar comportamientos que se distancien del marco regulatorio que rige el SGSSS.

La reorganización de la estructura de la SNS (Decreto 2462 de 2013) se inscribe en consecuencia también en el esfuerzo por consolidar las funciones de inspección, vigilancia y control, dentro de los alcances que la misma ley le otorga. Para ello el desarrollo de las funciones, facultades y competencias asignadas de la Superintendencia podrán ser vistas desde dos dimensiones; por un lado, la realización directa de algunas tareas de inspección, vigilancia y control y, de otro, las labores orientadas a coordinar las acciones de los diferentes agentes de control establecidos para cada uno de los ejes del sistema, y de los distintos procesos que se desarrollan en estos.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el nuevo marco regulatorio concibe el SIVC de manera transversal a los tres (3) ejes operativos del sistema de la siguiente manera:

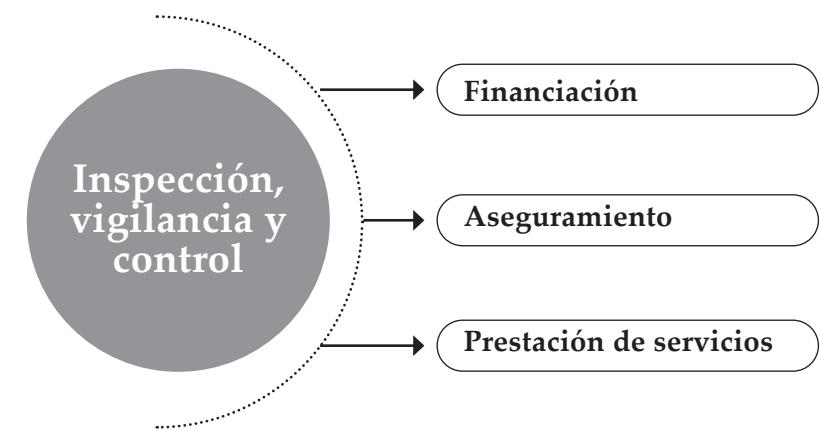


Gráfico No. 5. Función especializada de inspección, vigilancia y control
Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social. Guía Práctica 2014.

Las funciones especializadas de inspección, vigilancia y control están delegadas en los diferentes agentes del sistema, de acuerdo con lo dispuesto en distintos textos regulatorios (Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Decreto 1018 de 2007, Ley 10 de 1990, Ley 715 de 2001, Ley 1751 de 2015, Ley 1753 de 2015, Ley 1797 de 2016 y las demás normas reglamentarias) (Gráfico 6).

En las partes de aseguramiento y prestación de servicios del Sistema cuyos componentes reciben un importante número de quejas, se crea el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SOGCS); es así que el Decreto 1011 de 2006 define este subsistema como el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla

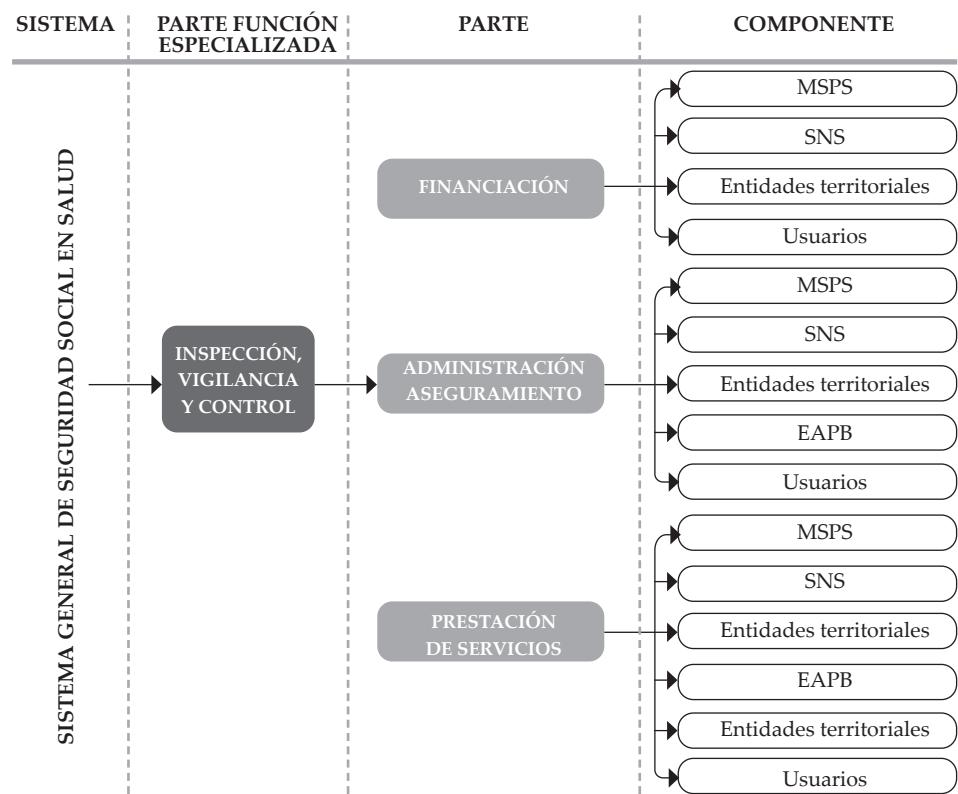


Gráfico No. 6. Función especializada de IVC

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social. Guía Práctica 2014.

el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país, dicho sistema está compuesto para garantizar el derecho fundamental a la salud de manera óptima, con base en cuatro componentes: el sistema único de habilitación, la auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención de salud, el sistema único de acreditación y el sistema de información y participación para la calidad.

Las responsabilidades de seguimiento y control que tienen las instituciones que hacen parte del SIVC de salud, de acuerdo con la reforma, estarían dirigidas a los ámbitos de habilitación, auditoría de mejoramiento de calidad de la atención en salud, el sistema único de acreditación y el sistema de información para la calidad.

Estas modificaciones buscan corregir las disfunciones históricas que ha tenido el Subsistema SIVC del SGSSS, ausencia de los usuarios como parte integral del sistema y la imposibilidad de generar redes de seguimiento y

control para cumplir con los estándares y normas impuestas por el regulador del sistema.

Las últimas reformas al SGSSS buscan, en el mismo sentido, que la atención del usuario sea uno de los criterios de evaluación de calidad; que se establezcan redes de control en varios niveles de operación (descentralizando la función en agentes distintos a la SNS) y el diseño de un Sistema Único de Información.

El modelo de red de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) introducido en la última reforma al Sistema busca solucionar los problemas de operatividad y funcionamiento de este. Permite la concurrencia de instituciones externas al sistema que, en virtud de sus atribuciones legales, ejercen funciones de inspección, vigilancia y control del sector de la salud.

La ley menciona explícitamente la articulación de la SNS con la Defensoría del Pueblo, para la instauración de la figura del Defensor del Usuario; sin embargo, la naturaleza y sentido de instituciones como la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y la Contraloría General de la República, entre otras, concurren también en el ejercicio de labores de vigilancia y control desde los ámbitos legales que les son propias; además, en la red de IVC podrán participar diferentes instituciones de la rama judicial como la Corte Constitucional, los Tribunales y los jueces que resuelven las acciones de tutela instauradas por los usuarios.

La Procuraduría General de la Nación (PGN), como entidad rectora del Ministerio Público, es el órgano autónomo de control encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución, proteger los derechos humanos, defender los intereses de la sociedad y ejercer vigilancia superior sobre la conducta oficial de las funciones administrativas; en virtud de estas atribuciones constitucionales y en ejercicio de las funciones definidas en el Decreto 262 de 2000, la PGN recibe y da trámite a las quejas relacionadas con temas de prestación de salud y realiza las investigaciones disciplinarias relacionadas con el manejo de los recursos destinados para el sector de la salud y la actuación de funcionarios públicos y particulares que cumplen esta función pública.

Al respecto es pertinente señalar que el Código Único Disciplinario define expresamente el alcance de la función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, tema que también ha sido aclarado por la Corte Constitucional: El artículo 25 de la Ley 734 de 2002 consagra como destinatarios de la ley disciplinaria, además de los servidores públicos, a los particulares señalados en el artículo 53 de ese estatuto; esta última disposición establece como tales a los siguientes sujetos:

- a) Los particulares que cumplen labores de intervención en contratos estatales,
- b) Los que ejerzan funciones públicas en lo que tenga que ver con estas,
- c) Los que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, es decir, los relativos a las necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y
- d) Los que administren recursos estatales, salvo las empresas de economía mixta que se ríjan por el derecho privado.

La Corte Constitucional, frente a las normas del nuevo estatuto, declaró exequibles los apartes demandados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, ya que tienen que ver con la posibilidad de disciplinar a los particulares que ejercen funciones de intervención y que presten servicios públicos a cargo del Estado, en el entendido igualmente de que la función pública puede ser cumplida por particulares, mientras ella implique la exteriorización de las potestades inherentes al Estado que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción; supuesto en el que necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada por una habilitación expresa de la ley (Sentencia C-037 del 2003 de la Corte Constitucional), añade a esto la Ley 1174 de 2011 la cual tiene por objeto fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

La Defensoría del Pueblo también forma parte del Ministerio Público está encargada de la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos para lo cual orienta a los habitantes del territorio nacional en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades, desarrolla actividades de promoción y divulgación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y lleva a cabo acciones de defensa y protección de los derechos humanos, entre ellas la interposición de acciones judiciales (hábeas corpus, acción de tutela, acciones populares) en caso de ser éstas procedentes para defender los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Las personerías municipales, de acuerdo con la Ley 136 de 1994, ejercen en el municipio las funciones de Ministerio Público, por lo tanto, vigilan el cumplimiento de la Constitución, defienden los intereses de la sociedad, vigilan el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales y ejercen la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales.

Además, las personerías cooperan con el desarrollo de las políticas y propuestas del Defensor del Pueblo; interponen por medio de su delegación, las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión; y promueven la creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas y comunitarias, entre otras funciones estipuladas en el artículo 178 de la norma en mención⁶⁴.

De esa manera, la red IVC queda integrada tanto por entidades que ejercen estas funciones, como por la labor complementaria que están llamadas a cumplir otras instituciones, que si bien no forman parte del SGSSS sí cumplen funciones de Inspección IVC en un sentido más amplio y también tienen que ver con el funcionamiento del sistema de salud en diversos aspectos⁶⁵.

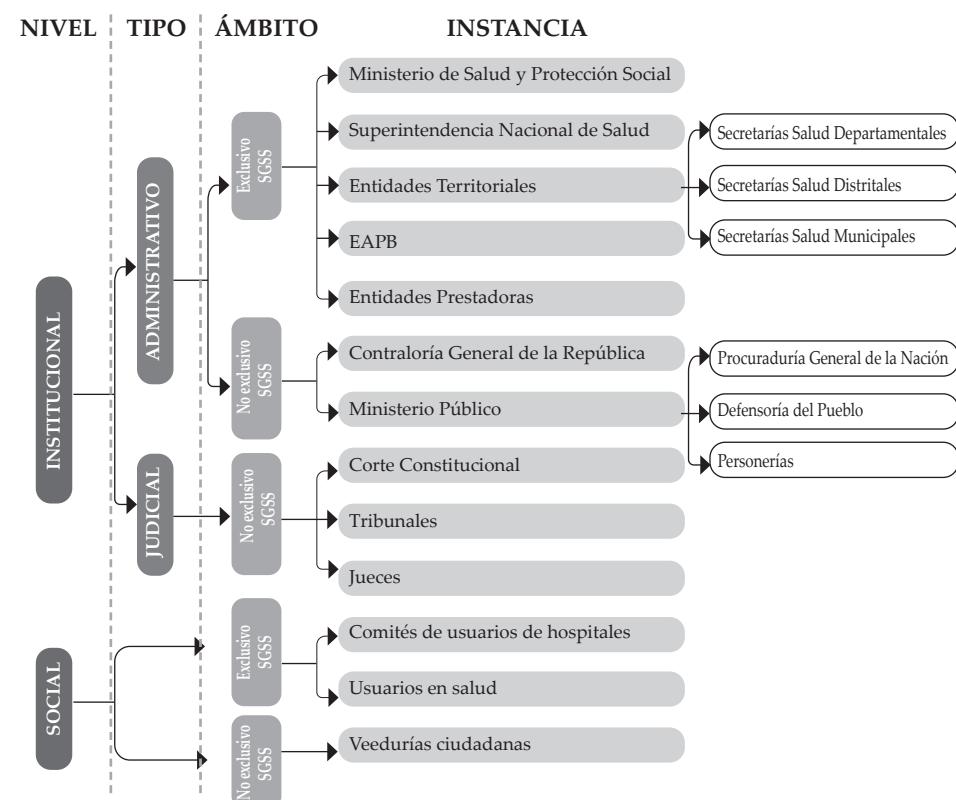


Gráfico No. 7: Instancias de Control Internas y Externas al SGSSS
Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social. Guía Práctica 2014

64 Cortés, Juan Carlos. *Reforma al sistema de salud*. Bogotá: Legis. 2011, p. 30.

65 Ibid., p. 45.

El esquema se completa al incluir también el componente de control social que es ejercido directamente por la ciudadanía a través de los espacios de participación.

3.4.2. FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA EFICIENTE PRESTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Los componentes (entidades o instituciones) que constituyen la parte “Financiación y administración” del SGSSS son tres: Entidad Administradora de Recursos en Seguridad Social en Salud – ADRES, las EPS, EPSS, EPSI, la Unidad de Salud de ente universitario, Unidad salud de Ecopetrol, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Sanidad de la Fuerza Pública y las Secretarías o Direcciones departamentales, distritales y locales de salud⁶⁶.

Cada institución debe tener un Subsistema SIVC que le permita obtener la información necesaria para cumplir adecuadamente con las funciones especializadas asignadas durante el diseño del Sistema.

La entidad ADRES se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. El Subsistema SIVC en esta entidad está dirigido a seleccionar y procesar la información que le permita garantizar el financiamiento del SGSSS; reunir las cotizaciones y los recursos fiscales destinados al régimen subsidiado, cubrir los riesgos catastróficos, recaudar las cotizaciones y delegar lo pertinente a las EPS.

En la estructura piramidal global, el Ministerio de Salud y Protección Social está ubicado en la parte intermedia, pero el patrón de organización económico del Sistema lo sitúa en la cima de la pirámide organizacional, sobre todo si se tiene en cuenta que las decisiones de la ADRES afectan notoriamente el funcionamiento adecuado de las otras partes y componentes del sistema.

Las EPS son el segundo componente de la administración y financiación del Sistema. El Subsistema SIVC de las EPS debe garantizar que la institución reciba por cada persona afiliada una UPC, recaude las cotizaciones, afilie a los usuarios, administre la prestación del servicio de salud que realizan las IPS, reasegure los riesgos de la atención de enfermedades de alto costo, establezca un sistema de referencia y contrarreferencia para el acceso a servicios de alta

complejidad, ofrezca planes complementarios financiados por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.

Para mantener constante el equilibrio económico, financiero y administrativo del Sistema se incorporan mecanismos para restringir la demanda de los servicios de salud; con base en esta medida se permite que las EPS utilicen modalidades de pago diferentes como capitación, protocolos y presupuestos globales fijos.

Además, el diseño del Sistema incentiva el control de costos como una estrategia necesaria para competir exitosamente en el mercado de la salud. Por lo tanto, las EPS en todas sus especies deberán establecer sistemas de costos, facturación y publicidad. La búsqueda de la eficiencia económica, orientada por el diseño de la parte administrativa y financiera del Sistema, estimula a las instituciones que la componen para que elaboren estrategias competitivas que maximicen los recursos que reciben. Lo mismo sucede con las relaciones de contratación que acuerdan las EPS, EPSS y EPSI con las IPS.

Este alto grado de eficiencia de las EPS es posible si existe internamente una especialización del trabajo (Taylor), unas reglas y procedimientos específicos (Weber) y una racionalización de las actividades administrativas (Fayol). Estos principios de la teoría de organizaciones mecánicas son consistentes con los lineamientos reduccionistas de la filosofía estructuralista y los de la racionalidad económica que orientó el diseño del sistema.

Las secretarías departamentales, municipales y distritales de salud son el tercer componente de la parte responsable de la financiación y administración del Sistema; es así que en el subsistema SIVC de las direcciones de salud está orientado a lograr recaudar los recursos económicos necesarios que permitan financiar y administrar eficientemente la prestación de los servicios de salud en sus respectivas localidades; con precisión las secretarías de salud son responsables de contratar los servicios de salud para los sectores más pobres de la población, al igual que habilitarlos, según las leyes 715 de 2001, 1176 de 2001, 1122 de 2007, 1797 de 2016 y el Decreto 1011 de 2006.

3.5. GARANTÍA EFICAZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD A PARTIR DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS Y PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS

Tres (3) componentes constituyen la parte de prestación de servicios de salud del Sistema: - Las IPS - las ESE - los profesionales independientes; ello obedece a su función especializada es prestar los servicios de salud a los afiliados, beneficiarios y vinculados, dichas funciones deben regirse por

⁶⁶ Las explicaciones o argumentaciones son la construcción de proceso investigativos a partir de trabajos de grado monográficos jurídicos a los largo y ancho de la actividad docente investigativa del Profesor Restrepo Pimienta Jorge, Investigador Senior Colciencias.

los principios de calidad, eficiencia, y autonomía técnica y administrativa, garantizado el derecho fundamental de la salud.

Con la delimitación de las instituciones responsables de la prestación de los servicios de salud se cierra la estructura global del Sistema. En la base de la pirámide están los usuarios del sistema (contributivo, subsidiado y vinculado).

El Subsistema SIVC del SGSSS relacionado con los afiliados (contributivos o subsidiados) debe garantizar que estos puedan elegir libremente las EPS, las IPS y los profesionales adscritos; y conformar alianzas y asociaciones de usuarios que los representen ante estas entidades.

Cuando el afiliado al Sistema no esté conforme con la atención recibida, el Subsistema SIVC debe garantizar que él pueda reclamar ante el Comité Técnico Científico de las EPS, las oficinas de atención al usuario de las EPS y otras instancias establecidas para ello⁶⁷.

En caso de no encontrar soluciones ante las instancias propias que tiene el Sistema, los usuarios pueden acudir a órganos externos de control del SGSSS en procura de la defensa de sus derechos por otras vías administrativas e incluso acudiendo a las instancias judiciales.

En ese sentido, la mayoría de conflictos que ha tenido el Sistema se provocan por la fragmentación, discriminación y exclusión de la población que este genera. Su funcionamiento adecuado ha sido la principal preocupación de los responsables de su puesta en marcha.

Así mismo este ha presentado múltiples disfunciones estratégicas (finalidades, patrón de organización, objetivos, destinos y tareas) y estructurales (organigramas, organización, trabajo, procesos y procedimientos, mecanismos de coordinación, flujos de información y comunicación, estructuras físicas y técnicas, funciones) en su operatividad⁶⁸.

Las numerosas reformas y reglamentaciones han estado dirigidas a corregir las disfunciones de las partes y relaciones que lo configuran. La totalidad de las reformas que ha tenido el Sistema son de una naturaleza correctiva, intervención que es típica en los sistemas mecánicos; cabe destacar

67 Los presentes argumentos son el fruto de los procesos investigativos a partir de trabajos de grado monográficos jurídicos a lo largo y ancho de la actividad docente investigativa del Profesor Restrepo Pimienta Jorge, Investigador Senior Colciencias.

68 Proceso de gestión Administrativas, para el fortalecimiento de la calidad de los derechos fundamentales, muchas veces contradictorios en el sector salud.

que la última, contenida en la Ley 1751 de 2015, prioriza acciones de defensa por defensores públicos en derecho fundamental de la salud.

Las funciones especializadas de estos tres nuevos componentes del Sistema están directamente relacionadas con la “dirección, regulación y control” del sistema. Con ellas se busca centralizar las funciones especializadas en el Gobierno nacional y en la SNS, con las funciones jurisdiccionales para resolver los conflictos y las controversias que afectan los derechos humanos fundamentales a la salud de los colombianos⁶⁹.

Respecto a la naturaleza, la estructura, la función y el sentido que tiene el diseño del SGSSS, se comprueba que fue construido para funcionar como si fuera un mecanismo de relojería (una totalidad desarmable, compuesta de partes y relaciones intercambiables que tienen unas funciones especializadas que interactúan según reglas deterministas). Por consiguiente, se puede afirmar entonces que desde la concepción de modelos ideales que orientaron su diseño, el sistema fue diseñado para funcionar desde un “deber ser” de funcionamiento mecánico que teóricamente puede garantizar su adecuado desempeño.

Por ello el Sistema se configuró en torno al funcionamiento conveniente de cuatro partes especializadas, autónomas e independientes, que tienen unos componentes específicos (entidades e instituciones) y unos subsistemas de Inspección, Vigilancia y Control particulares ya que les permiten obtener la información que garantice el adecuado funcionamiento global del sistema. Ahora bien con este diseño se estableció una como finalidad concreta, que permita conservar su equilibrio económico, financiero y administrativo⁷⁰, porque de fondo se pueden auditar el cumplimiento, satisfacción y garantía de la población del derecho fundamental a la salud.

La estructura y los procesos también están organizados para contribuir a cumplir con la finalidad económica, financiera y administrativa del Sistema; es así que, sin embargo, la concepción sistémica mecánica ideal que tiene su diseño original ha venido presentando una serie de problemáticas en el ámbito de la salud⁷¹.

69 Cartilla aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Ministerio de Salud y Protección Social Bogotá, 2014. p. 12.

70 *Ibid.*, p. 12.

71 *Ibid.*, p. 18.

3.5.1. EL FUNCIONAMIENTO REAL DE UN SISTEMA IDEAL DE ATENCIÓN EN SALUD

La proliferación de tutelas y quejas, las constantes reformas y las investigaciones y estudios realizados tanto por instituciones públicas como privadas del país comprueban que, si bien ha habido importantes avances, el SGSSS no ha logrado solucionar definitivamente las problemáticas que propiciaron su diseño por medio de la Ley 100 de 1993.

La problemática es de cobertura, ineficiencia en la asignación de recursos, deficiente calidad de los servicios, inadecuados procesos de referencia y contrarreferencia, baja capacidad resolutiva, deficiencia en la administración de las instituciones, mínimo control de enfermedades transmisibles, escalada de costos, incentivos inadecuados, inseguridad financiera e insatisfacción de los usuarios; de esta forma la poca efectividad del Sistema ha sido reconocida en múltiples informes de diferentes entidades privadas y públicas del país.

En ese sentido, se entiende que los gobiernos tienen dificultad para alcanzar su ideal de equidad en la prestación de servicios médicos tanto en el sentido de buscar que la cobertura sea universal, como desde el punto de vista del mismo tipo de atención para la población. Indudablemente en este aspecto, en no pocos países, el problema central lo constituye el planteamiento de objetivos muy ambiciosos en relación con los recursos disponibles. Otro problema, al cual se ha hecho referencia de manera plural, es el relacionado con las presiones para que aumente el gasto en salud, pero no el aumento real de dicho gasto. Un tercer problema frecuente tiene que ver con la calidad del servicio, en términos de la atención brindada a los usuarios, la respuesta dada a sus necesidades y su oportunidad.

Dentro de esta misma categoría se ubica el tiempo de atención a los pacientes, clientes o usuarios visto desde dos dimensiones: a) El que transcurre entre la solicitud de la atención y su realización, y b) El tiempo de espera durante el día de la atención médica.

La persistencia de los problemas en el ámbito de la atención de la salud y la limitada eficacia del Sistema para solucionarlos contradicen, en la mayoría de los casos, los fundamentos de servicio público que orientaron su diseño, como la equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad, consignados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Olvidando las evidencias (tutelas, peticiones, procesos administrativos, quejas, reclamos y el estado de salud de los colombianos) que cuestionan

negativamente el sentido de organización del SGSSS, el cual reduce la operatividad del sistema a la búsqueda de eficiencia en los aspectos económicos, financieros y administrativos, las continuas reformas se han centrado en modificar los aspectos funcionales y estructurales del modelo, con estas vicisitudes jurídicas por falta de calidad en los servicios se hace referencia a un derecho procesal de la Seguridad Social en Salud⁷².

Paradójicamente, las situaciones conflictivas que se han venido presentando durante los últimos años de funcionamiento del sistema demuestran que los principios esenciales, el “deber ser” del Sistema, no son del todo consistentes con los “ideales” que orientaron su diseño formal mecánico.

La inconsistencia entre los principios globales (orientados hacia la búsqueda de la satisfacción del derecho a la salud) y los fundamentos económicos, financieros y administrativos “ideales” locales, que dan forma al Sistema, no permiten que el subsistema de regulación y control obtenga la información necesaria para lograr el adecuado funcionamiento en el ámbito de la salud de los colombianos.

Las instituciones públicas y privadas de cualquier nivel territorial están más interesadas en los problemas de competencia entre agencias, repartición de contratos y mercados, mientras los actores sociales y el personero se interesan más en las presiones indebidas que los beneficiarios reciben por parte de las EPSS, EPSI, y las Secretarías Locales en la afiliación y permanencia en el sistema. Se puede afirmar que no existe un sistema integral de control desde el punto de vista funcional, ni inteligente desde el punto de vista estratégico, porque cada una de sus partes no puede aprender de la otra ni prever acciones o consecuencias sobre los actos anteriores o futuros.

El diseño ideal, lineal, fragmentario, aislado, estático, asincrónico, y centralizado que tienen las partes, los componentes y el subsistema de regulación y control del SGSSS limita su adaptación a los cambios, internos y externos, que se han venido presentando en su funcionamiento; de esta manera, el tipo de construcción del sistema se comprueba con las atribuciones para el Estado en materia de la salud definidas por la Ley 100:

Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365

72 Ibid., p. 23.

a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2º y 153 de esta ley;*
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;*
- c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;*
- d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;*
- e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la ley;*
- f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;*
- g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;*
- h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.*

Los resultados obtenidos por el Sistema demuestran que su diseño mecánico y la naturaleza progresiva de la cobertura no han logrado cumplir con lo “idealmente” esperado. El patrón de organización (sentido económico ideal), la estructura (centralizada y jerárquica) y los procesos de aprendizaje (dispositivos de regulación y control fragmentarios) que tiene el modelo mecánico trivial (entrada, función y salida) que orientaron su diseño inicial, han imposibilitado la construcción de un sistema de atención en salud que se corresponda con el derecho constitucional a la salud que debería tener la población.

Desde la visión científica de las teorías contemporáneas en los campos biológicos, económicos, financieros, culturales, sociales y políticos, la perspectiva clásica de eficiencia económica, financiera y administrativa que orientó el diseño del SGSSS no es una solución conveniente, y, por el contrario, contribuye a generar otras problemáticas.

Ante la situación conflictiva que se ha mostrado en la operatividad del Sistema, los defensores del modelo tradicional argumentan que se ha presentado una serie de contingencias biológicas, económicas, políticas y culturales que han impedido el cumplimiento de la finalidad del sistema; pero estas contingencias y externalidades pudieron haber sido previstas durante la selección del modelo de atención en salud, anticipando posibles dificultades, lo cual habría implicado la construcción de un modelo de sistema de atención en salud y un subsistema de regulación y control radicalmente diferentes, que tuvieran una naturaleza no trivial, compleja y adaptativa.

Como se observa, la insistencia en las reformas correctivas de los elementos funcionales y estructurales del Sistema, expresa una actitud que está en contravía de los hechos que demuestran la poca eficacia de este tipo de intervenciones. La insistencia hace que la mayoría de las acciones sean irracionales y que afecten, directa e indirectamente, la posibilidad de garantizar el derecho de la salud que, de acuerdo con la Constitución y las obligaciones internacionales, ha adquirido el Estado y del cual deberían disfrutar todos los habitantes del territorio nacional⁷³.

Asimismo, cabe expresar que el Estado hace esfuerzo en manejo y control de sistema de salud a partir de la intervención del ejecutivo otorgando funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Salud en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 y manejo de recursos y financiación del sistema de salud en el Decreto ley 1281 de 2002 y en la Ley 1314 de 2009, las cuales han sido modificadas en la Ley 1943 de 2019, en aspectos competencias de asuntos y conflictos, funcionales, sancionatorios e infracciones administrativas, ello con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema.

En este sentido, en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la SNS podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en asuntos varios tales como cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (POS), reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado, conflictos derivados de la multiafiliación y de este con los regímenes exceptuados, conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema, entre otros.

⁷³ Fruto de los procesos investigativos a partir de trabajos de grado monográficos jurídicos a lo largo y ancho de la actividad docente investigativa en diferentes claustros Universitarios del Profesor Restrepo Pimienta Jorge, Investigador Senior Colciencias.

También en este orden de ideas es válido destacar que el artículo del Plan de Desarrollo Ley 1955 de 2019, “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, legaliza la protección social, en los artículos 75-80, da competencias de inspección, vigilancia y control a la SNS respecto de la composición de capital o del patrimonio de las EPS.

En cuanto a protección social en salud, para la atención a población migrante dado este fenómeno, ha impuesto retos en salud pública y aseguramiento, a los que el Gobierno nacional les ha hecho frente con acciones como vacunación y más recientemente con el plan de choque de liquidez financiera por \$488 mil millones de pesos, en los que se incluyen \$20 mil millones para hospitales públicos, estos son los que han hecho el mayor esfuerzo asistencial a migrantes. “Estos \$20 mil millones de pesos se suman a otros \$23 mil millones que habíamos dado antes y van ayudando a cofinanciar el esfuerzo de hospitales públicos en áreas como Cúcuta, La Guajira, Cartagena, Bogotá, Arauca y muchos otros retos”⁷⁴.

En secuencia temática de lo antes expresado la honorable Corte Constitucional en sentencia T-210/18 con el título derecho a la salud de los migrantes-protección internacional/derecho a la salud de los migrantes- obligaciones mínimas del Estado colombiano, en la cual taxativamente expresa:

De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no solo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública. No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y a algunos desarrollos recientes de *soft law* sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, debe contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente, y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra

una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud.

Valga destacar recientemente en el ámbito del garantismo del derecho fundamental a la salud que, aunque según el Decreto 780 de 2016, las IPS están en la obligación de afiliar a cualquier recién nacido en una EPS, incluso si sus padres no están afiliados al sistema, ello lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-178 de 2019, por lo cual hoy deben garantizar el derecho a la salud de los niños y niñas nacidos de inmigrantes venezolanos, sin importar su estatus migratorio.

3.5.2. CALIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD. LOS PROBLEMAS PERSISTEN

No obstante, los avances que ha tenido el sector de la salud, la persistencia de antiguas problemáticas y la generación de nuevas en el campo de la atención en salud, individual y colectiva, cuestiona la verdad de las creencias fundamentales que orientaron el diseño, teórico y práctico, del Sistema General de Seguridad Social en Salud “SGSSS”. La permanencia de estas situaciones conflictivas, pese a las innovaciones que aportó la Ley 100 de 1993, y sus posteriores reformas, a las problemáticas identificadas para justificar su diseño, nos demuestran que:

a) El éxito o el fracaso de las acciones en el sector salud no necesariamente depende de la naturaleza privada o pública de las entidades. Este es un presupuesto teórico y práctico básico de la organización del SGSSS, ya que erradamente se consideró que las problemáticas de salud estaban “causalmente” originadas en la naturaleza pública monopólica del servicio de salud.

Con el tiempo, la solución planteada (participación de los particulares bajo “competencia regulada”) ha producido efectos perversos (barreras de acceso, discriminación por ingresos, contención de costos, baja calidad y maximización de las utilidades) que, agregados a la continuidad de las antiguas problemáticas, nos comprueban la equivocación de la concepción económica mecánica. El interés de la racionalidad económica competitiva privada ha generado efectos irracionales en los servicios de salud, que pueden ser identificados en las razones que motivan las múltiples quejas y tutelas de los usuarios del SGSSS.

b) La concepción sistémica mecánica (imposición de un camino programado y predecible) que tiene el Sistema General de Seguridad Social en Salud “SGSSS” no ha logrado corregir las discrepancias entre el estado real de salud y la situación idealmente esperada en el modelo.

74 <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/los-retos-de-la-salud-en-2019.aspx>

c) La competencia regulada sustentada en el control de los servicios (POS contributivo y subsidiado) y los precios (UPC contributiva y subsidiada) no ha logrado limitar las asimetrías del mercado de la salud.

d) El control de costos y la búsqueda de la eficiencia económica, financiera y administrativa no han generado las mejorías en la cobertura y la calidad de los servicios de salud que se ofrecen a los afiliados y beneficiarios del sistema.

e) Las condiciones biológicas, económicas, culturales y políticas que enmarcan el sistema no han permanecido constantes. Estas modificaciones permanentes hacen que la sostenibilidad económica del sistema no se pueda lograr solamente con los recursos provenientes de los regímenes contributivo (incremento progresivo de los ingresos individuales y empresariales) y subsidiado (incremento progresivo de los ingresos públicos) de los afiliados y beneficiarios del sistema.

El estudio de las razones que sustentan la presentación de quejas, tutelas y los comentarios de los agentes responsables de su funcionamiento demuestran que el SIVC no ha generado la información completa necesaria para predecir con "certeza" los cambios en las condiciones económicas, locales y globales.

Este hecho obligaría a diseñar estrategias de sostenibilidad del sistema que estén basadas en información que permita elegir, decidir y actuar en situaciones de riesgo (probabilidades) e incertidumbre (azar), pero el presupuesto económico mecánico "ideal" que orientó el diseño del Sistema considera que es posible mantener un crecimiento progresivo de sus recursos económicos, individuales e institucionales.

Sin embargo, las circunstancias económicas reales han ido desvirtuando esta posibilidad. Pequeños cambios en las circunstancias económicas individuales o institucionales (desempleo, in-transitividad de las preferencias, reducción de las inversiones públicas, contingencias y volatilidad de los mercados de capitales, inflación, devaluación, etc.) pueden tener efectos considerablemente grandes en la sostenibilidad económica del SGSSS (situación que es conocida como "efecto mariposa" en lógica de con las catástrofes) y para la futura atención de salud de los colombianos. Los límites naturales y artificiales de los recursos no han permitido lograr la anhelada sostenibilidad económica del sistema.

f) Los dispositivos de regulación de las partes y componentes del sistema no corrigen oportunamente las disfunciones que se presentan en el sistema.

g) El subsistema de inspección, vigilancia y control no permite adaptar el sistema a los cambios internos y externos que inciden en su funcionamiento acentuando el crecimiento exponencial de quejas en el sector salud.

La proliferación de quejas y tutelas nos comprueba que la naturaleza mecánica (fuente emisor mensaje-canal-receptor) e inferencial (intereses comunes que permiten la negociación mutua de significados) de los dispositivos de coordinación (comunicación) del subsistema de regulación y control no han podido explicar los problemas de interacción que se generan entre las diferentes partes y componentes del SGSSS. Esta ausencia de explicación de los problemas impide la resolución oportuna de los conflictos operativos y limita las posibilidades de evolución que garanticen su adecuado funcionamiento.

Lo mismo sucede con los dispositivos de recopilación y procesamiento de información, los cuales no han podido disminuir la incertidumbre que se presenta cuando interactúan los agentes con intereses diferentes en un esquema de competencia regulada, como el que incentiva el diseño del Sistema.

Este hecho es confirmado con el estudio que realizó el equipo de la Universidad Nacional y el Programa de Apoyo para la Reforma en Salud (PARS): La obtención de los objetivos propuestos en el proyecto no fue fácil, ya que se presentaron dificultades por la falta de compromiso de las instituciones, más que de los funcionarios asignados al proyecto.

A pesar de las buenas intenciones de unos pocos, no existe convicción en las Direcciones de las Empresas Promotoras y Prestadoras acerca de la importancia de escuchar la voz del cliente ni de su utilidad para detectar los puntos críticos de una organización (que en muchos de los casos tiene las soluciones a la mano para las situaciones que causan inconformidad al cliente).

El algoritmo economicista funcional ideal que sustenta las reglas de elección, decisión y acción de las partes y componentes del Sistema ha imposibilitado la generación de un cambio profundo en el estado de salud de los individuos y poblaciones. Esto tiene sus orígenes en la concepción de sistema ideal, con funcionamiento mecánico y fragmentario, que orientó su diseño inicial y de su Subsistema SIVC.

La reducción del Sistema a una colección simple de partes y relaciones organizadas en torno a la satisfacción del interés económico, financiero y administrativo, máximo resultado de la competencia regulada, condiciona,

entre otras, la posibilidad de obtener una atención en salud que sea oportuna, adecuada, universal y de calidad, como lo comprueba empíricamente la multiplicidad de reformas, y las quejas y tutelas que se han venido presentando durante los quince años de su funcionamiento.

Los dispositivos y mecanismos de inspección, vigilancia y control del SGSSS están dirigidos a recopilar y procesar la información necesaria para conservar el equilibrio financiero del sistema. Esta delimitación económica, financiera y administrativa del SIVC impide que se hagan los correctivos necesarios y oportunos frente a las problemáticas relacionadas con la atención en salud⁷⁵.

Por ello los conflictos han tenido que resolverse en instancias externas al Sistema, ya sea a través de la vía administrativa ante las entidades del Ministerio Público, o con el uso de los mecanismos jurisdiccionales a los que acuden los usuarios insatisfechos, olvidando las competencias jurisdiccionales de la SNS.

Las reglas que gobiernan las conductas entre las partes fueron establecidas como constitutivas en el campo económico, financiero y administrativo del sistema, y regulativas en la atención de la salud; es así que esta demarcación de las reglas de interacción entre las partes y componentes del sistema hace que la mayoría de los actos en el campo de la salud prioricen los aspectos económicos, financieros y administrativos del proceso de la atención de la enfermedad, en detrimento de otras variables, biológicas, políticas o culturales, ya que inciden significativamente en la adecuada prestación del servicio. En consecuencia, las acciones en estos aspectos no resultan tan exitosas como el modelo ideal esperaba. Este conflicto se representa adecuadamente en los testimonios recopilados.

Los parámetros fijos de elección y decisión establecidos por la regulación del sistema, limitan la actuación de los agentes, en el micro nivel, a la utilización de racionalidades de naturaleza económica competitiva que, en la mayoría de los casos, no se corresponden con los principios del derecho a la salud de la población. Como consecuencia, el incremento del orden en los aspectos económicos, financieros y administrativos ha generado desorden en el ámbito de la atención en salud.

La fragmentación y reducción de la población (de acuerdo con la cantidad de sus ingresos económicos) del Sistema no han producido los

eventos necesarios para transformar el estado de salud de los individuos y de los colectivos.

Los límites económicos, financieros y administrativos imponen las acciones de los agentes que hacen que estas, en la mayoría de los casos, sean desafortunadas en el campo de la atención en salud; asimismo con la mayoría de los objetivos (expresiones lingüísticas realizadas) que orientaron el diseño y determinan la finalidad del Sistema y los que contiene la Ley 100 de 1993 han tenido dificultades en ser cumplidos a cabalidad, especialmente en el campo de la atención en salud de todos los colombianos.

La concepción mecánica que guio el diseño considera que el entorno, la finalidad, el patrón de organización, la estructura y los procesos son invariables y tienen un ritmo de crecimiento constante. Esta rigidez impide la creación de alternativas que adapten el SGSSS a los cambios permanentes que por su propia naturaleza dinámica tiene el entorno.

Un ejemplo destacado de esta anomalía se relaciona con el impacto que tiene el ritmo de crecimiento de la economía, considerada esta como un factor clave para la financiación del sistema: El modelo de reforma suponía que la economía crecería por lo menos en un cuatro (4%) por ciento anual, la tasa de desempleo no pasaría del catorce (14%) por ciento, el empleo asalariado crecería en un tres coma cinco (3,5%) por ciento anual y el independiente en un dos coma uno (2,1%), y los ingresos reales promedio de los asalariados e independientes crecerían en un uno coma ocho (1,8%) por ciento por año.

Estos supuestos no se concretaron y, por el contrario, se presentaron en forma desfavorable. Desde 1996, la variación del PIB estaba por debajo del supuesto, llegando a un crecimiento negativo en 1999. A partir de 1998, el desempleo sobrepasó el esperado y hoy se mantiene en el orden del veinticuatro (24%) por ciento.

En consecuencia, el sentido y la poca efectividad de las reformas del SGSSS comprueban que el sistema ha tenido dificultades para direccionarse y cumplir con la finalidad esperada, la cual es obtener, en el corto plazo, una solución a las problemáticas de salud que se presentaban en el momento de su creación⁷⁶.

75 Resultado de experiencias de cursos de formación Avanzada en el área de Gerencia y Auditoria de los Servicios de Salud del Profesor Restrepo Pimienta Jorge.

76 Comprensiones de procesos formativos graduales y pos graduales en el área de la seguridad social en salud del profesor Restrepo Pimienta Jorge.

3.5.3. SISTEMA DE CONTROL DE CALIDAD DEFICIENTE FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD

El SIVC del SGSSS tiene incorporado un mecanismo formal de garantía de calidad, sin embargo, las quejas presentadas en este sentido sugieren que este mecanismo presenta deficiencias en su funcionamiento.

La persistencia de las quejas además manifiesta que la eficiencia de este subsistema no ha podido crear las condiciones operativas necesarias para garantizar que el servicio público de salud se encuentre dentro de los estándares de calidad requeridos.

Algunos señalan que la mayoría de quejas tienen que ver con la calidad en la prestación del servicio de las EPS en todas sus especies. Las quejas más frecuentes se refieren a que las citas son demoradas y que les toca esperar mucho, que les toca hacer colas, que las citas las dan mucho tiempo después de que las piden⁷⁷.

Lo anterior denota que la poca efectividad del SIVC afecta no solo la calidad de la prestación del servicio público de la salud sino el derecho a la salud que tiene la población. En el mismo sentido, se hace notoria la ausencia de coordinaciones efectivas entre las partes y componentes del sistema, las cuales tienden a actuar sin convergencia⁷⁸.

Los defectos de los mecanismos de regulación y control de la atención en salud, y no solamente en el aspecto de la calidad, confirman que el diseño mecánico del SGSSS no ha permitido el aprendizaje necesario para lograr un funcionamiento efectivo.

Las diferentes partes y componentes no pueden, por su diseño (aislado, especializado y fragmentario), trabajar en armonía. La independencia funcional no permite que cada una conozca lo que hacen las otras, con lo cual las incapacita para recibir y transmitir mensajes de las demás y actuar según estas informaciones.

3.5.4. DINÁMICA DE UN MODELO CON ENFOQUE DIFERENCIAL EN EL SGSSS

El modelo mecánico ideal orientado en el diseño del Sistema está fundamentado en el aislamiento, funcional y especializado, de sus partes y

componentes. Esta desvinculación produce un desconocimiento generalizado entre los diferentes agentes que actúan dentro del sistema⁷⁹.

Este desconocimiento no permite la coordinación global y, por lo tanto, el sistema requiere una autoridad centralizada de regulación y control. No obstante, la centralidad de la regulación y control no permite la obtención de la información relevante que garantice una comprensión profunda de las razones que están dirigiendo las acciones de sus partes y componentes, porque sus acciones particulares no inciden en el comportamiento global del sistema⁸⁰.

La ausencia de correlaciones en el Sistema hace que las perturbaciones (disfunciones, quejas, reclamos y tutelas) no afecten al sistema y limiten sus capacidades de funcionamiento, adaptación y evolución. Consistente con el diseño fragmentario y aislado tanto del SGSSS, como del SIVC carece de instrumentos elaborados de acuerdo con las diferencias, biológicas, económicas, sociales y culturales, que permitan comprometer la actuación del Estado respecto de las poblaciones vulnerables. Pese a que poblaciones como los indígenas y desplazados deben tener, por ley, tratamientos diferenciados, la actuación de los agentes del sistema no siempre refleja estas consideraciones particulares⁸¹.

Los resultados obtenidos permiten deducir que los procedimientos establecidos para la recopilación y procesamiento de la información se limitan a la asignación de reglas funcionales universales que orientan la acción de los agentes. A partir de la revisión de los formatos de recepción y trámite de quejas en las entidades, se confirma que no se cuenta con los medios de información adaptados a las diferencias de los usuarios, especialmente tratándose de poblaciones vulnerables.

La homogeneización de los procesos de codificación y decodificación de los mensajes que tienen los medios de registro tradicionales no permiten generar una sistematización efectiva y con un enfoque diferencial de las quejas provenientes de esta fracción de la población.

Sobre el particular se tiene claro que todas las quejas se registran en el sistema, sin embargo, no en todas es posible completar los datos de sexo, localidad, edad, etc., pues muchas de estas llegan por correo urbano y la

77 Molina Marín, Gloria & Cabrera Arana, Gustavo Alonso. *Políticas Públicas en Salud*. Grupo de Investigación en Gestión y Políticas en Salud. Primera Edición. Bogotá: 2008. p. 97

78 *Ibíd.*, p. 134.

79 Cañón Ortegón, Leonardo. Una visión integral de la Seguridad Social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, p. 75.

80 *Ibíd.*, p. 80.

81 Restrepo Pimienta, Jorge Luis. *Dimensión Jurídico-Antropológica de la Política Pública en Salud*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 14.

persona no llena este tipo de datos. Eso solo es posible llenarlo cuando se trata de las telefónicas.

En el caso particular de las poblaciones indígenas, que cuentan con un régimen especial en salud, las dificultades parecen acentuarse por la ausencia de una perspectiva cultural dentro de la concepción misma del sistema de salud: El acceso se ve limitado por las *barreras geográficas-antropológicas*, largas distancias, que se interponen entre los indígenas y los centros de atención. *Limitaciones culturales*: Se debe reconocer en el POS-S las prácticas formales de estas comunidades. *Limitaciones de género*: En el caso de las mujeres, la visita al médico representa una afectación de los conceptos de intimidad que manejan las comunidades⁸².

3.5.5. SISTEMA ECONÓMICO Y MODELO DE SISTEMA DE SALUD PARA GARANTIZAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

El modelo mixto de atención en salud regido bajo un esquema de competencia regulada ha creado múltiples conflictos, básicamente originados por la privatización del servicio de salud. Es conveniente recordar que:

- Los bienes o servicios privados son excluyentes por naturaleza y no permiten el consumo simultáneo de ellos.
- Los bienes o servicios públicos tienen un consumo simultáneo y la exclusión es imposible.
- Los bienes o servicios mixtos son ambiguos y se caracterizan por producir problemas de rivalidad o colapso, que se presenta cuando el número de consumidores es tan alto que disminuye el beneficio individual que estos deberían ofrecer.

De acuerdo con las características típicas de los bienes o servicios (privados, públicos y mixtos), se deduce que el SGSSS ofrece: - Un servicio de atención en salud privado que tiende a excluir a la población según el criterio de la cantidad de ingresos. - Un servicio público de atención en salud que puede excluir y permite un consumo simultáneo, lo cual incide en su equilibrio financiero y en la posibilidad de competir con los servicios privados. - Una combinación de los servicios, que hace colapsar al sistema⁸³.

Las limitaciones del sistema para cumplir con los principios y objetivos generales nos demuestran que el modelo de atención en salud, pese a contar con medidas tendientes a compensar las inequidades, excluye fracciones de población y que el Sistema tiende a colapsar cuando pretende satisfacer el derecho constitucional a la salud, que se supone deben tener los habitantes del territorio nacional.

Las metas planteadas por la Ley 100 era obtener en el 2001 una cobertura universal a la seguridad social en salud se encuentran a mitad de camino y alcanzarlas se ha aplazado para un futuro incierto. A través de la Ley 715 de 2001 se sanciona esta perspectiva al establecer que a partir de 2004 "El Sistema de Seguridad Social en Salud deberá recuperar la meta de lograr aseguramiento universal de la población". La aspiración de obtener una progresiva igualdad en los servicios de aseguramiento de los dos regímenes, el subsidiado y el contributivo, se percibe cada vez más lejana.

Debido a las circunstancias de crisis económica, incremento de pobreza y pérdida de cohesión social hacen urgente la tarea de revisar las prioridades en la asignación de recursos y redefinir los mecanismos para reimpulsar el proceso tendiente al pleno ejercicio del derecho a la salud y el aseguramiento universal⁸⁴.

Las reglas que rigen el comportamiento de las partes y componentes del Sistema provienen de la teoría de la racionalidad económica perfecta. Esta teoría presupone la existencia de capacidades cognitivas en los hombres y mujeres que en la realidad han demostrado ser inverosímiles⁸⁵.

El pluralismo estructurado, sistema ideológico que orientó la reforma de la atención en salud colombiana, reconoce la existencia de posibles imperfecciones en el mercado de la salud y para corregirlas establece dos regulaciones básicas, la primera, dirigida al servicio, llamada POS y la segunda, orientada hacia el control de los precios, denominada UPC, con las que se esperaba corregir las imperfecciones del mercado de la salud⁸⁶.

Pero para que estas medidas sean realmente efectivas los agentes de las acciones deben estar orientados bajo los parámetros de una racionalidad perfecta. Las características de este tipo "ideal" de hombre y mujer económico son: - Poseer información completa; - Conocer todo el curso que puede seguir su actividad y las consecuencias que esta trae consigo; - Estar capacitado

⁸² Restrepo Pimienta, Jorge Luis. *Fundamentos Derecho Procesal de la Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Vélez, 2015, p. 15.

⁸³ Cañón Ortegón, Leonardo. *Una visión integral de la Seguridad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, p. 60.

⁸⁴ Restrepo Pimienta, Jorge Luis. *Dimensión Jurídico-Antropológica de la Política Pública en Salud*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2012, p. 36

⁸⁵ Ibid., p. 38.

⁸⁶ Ibid., p. 39.

para percibir todas las variaciones del entorno por insignificantes que sean; y - Poner en orden y escoger siempre la opción que le permita obtener el máximo de utilidad.

Estas condiciones le permiten al agente de la acción elegir y decidir sin riesgo, sin embargo, las elecciones, decisiones y acciones de los agentes (usuarios, prestadores, administradores y directores) del Sistema no se corresponden y no están orientadas, en la mayoría de los casos, bajo los parámetros de racionalidad presupuestados por los diseñadores del sistema.

Son frecuentes los problemas de información, predicción y control que tienen durante las interacciones de los diferentes agentes y los problemas de cantidad y calidad en la atención de la salud de los colombianos se derivan directa o indirectamente de las erradas concepciones ideales del sistema.

El fraccionamiento de los actos administrativos y los problemas operativos que produce son un reflejo de la división artificial que sustenta la teoría de la decisión racional clásica que dirigió el diseño del modelo de sistema de salud colombiano.

El exceso de racionalidad en tiempos, métodos, ritmos y especialistas generados durante su operatividad ha traído consigo comportamientos irracionales (barreras de acceso, discriminación, fragmentación, cobertura incierta, baja calidad, etc.) de los agentes que contribuyen a fomentar la crisis generalizada del sistema. Pero incluso las medidas correctivas adoptadas para tratar de resolver las posibles imperfecciones del mercado de la salud han sido limitadas y no han cumplido con los objetivos esperados.

Los conflictos que se presentan por la utilización de modelos ideales para orientar las acciones del Sistema tienden a producir, en el campo de la salud, múltiples contradicciones entre el macro-nivel de la política (guiada por la intención de la universalidad del servicio) y la lógica económica que guía las acciones en el micro-nivel del Sistema, fundamentalmente dirigida hacia la maximización de las utilidades de los agentes operadores⁸⁷.

Vale la pena examinar la consistencia entre los aspectos macro y micro, y la posibilidad de alcanzar las metas previstas. Mientras que en el nivel macro se acogen principios socialdemócratas (cobertura universal, un plan relativamente amplio y financiación solidaria), en el nivel micro se adoptan principios de tipo neoliberal (énfasis en la demanda, competencia y criterios de rentabilidad y eficiencia). Es decir, existe una tensión entre la búsqueda de la universalidad y solidaridad, por una parte, y la búsqueda de eficiencia,

por otra; los componentes de la salud como bien meritorio y bien público se contraponen al propósito de la eficiencia. Al final, los servicios de salud son insuficientes para la sociedad⁸⁸.

Aunque se encuentra una supuesta igualdad normativo-jurídica la unificación del contenido del POS para ambos regímenes (contributivo y subsidiado) con la Ley 1438 de 2011, y materializada en las Resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social 5521 de 2013, 5926 de 2014, 001 de 2016, 6408 de 2016, 379 de 2017, 1687 de 2017, 5269 de 2017 y 046 de 2018. Sigue en la praxis la diferencia inequitativa entre los regímenes contributivo y subsidiado, además que para el régimen de subsidiado aún no se contemplan las prestaciones económicas de licencias maternidad, paternidad e incapacidad.

En cuanto al avance y cobertura de servicios de salud que garanticen el derecho fundamental a la salud, el Estado colombiano recientemente hace crecer el POS a través de normas jurídicas a partir de la Ley 1953 2019, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva, con ello el plan de atención materno infantil se amplía en cuanto a este tipo de patologías.

3.5.5.1. PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. HECHOS DE DESIGUALDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Grosso modo, los Planes Voluntarios de Salud consisten en planes que incluyen coberturas asistenciales asociadas con los servicios de salud para complementar las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud (antiguo POS), mejorando el servicio y la calidad de las instituciones. El Plan Voluntario de Salud es financiado en su totalidad por el asegurado con recursos propios distintos a los de las cotizaciones, que, en cualquier cosa, tienen que ser obligatorias; lo que de inmediato nos lleva al imperativo de que, para poder adquirir algún Plan Voluntario de Salud es obligatorio estar afiliado al Plan de Beneficios en Salud en el Régimen Contributivo.

Dentro de los Planes Voluntarios de Salud están los siguientes:

3.5.5.1.1. PÓLIZAS DE SALUD

Las pólizas de seguro, de alguna manera son un servicio complementario a los servicios que son prestados por la Seguridad Social en el caso de los

⁸⁷ Restrepo Pimienta, Jorge Luis. *Fundamentos Derecho Procesal de la Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Vélez, 2015. p. 50.

⁸⁸ Ibíd., p. 61.

beneficiarios de la misma o un seguro único para quienes no se beneficien del seguro del Estado. No es obligatorio y por esa simple característica entran en la categoría de los planes voluntarios de salud. La póliza de salud garantiza la asistencia sanitaria y quirúrgica establecida en el contrato toda vez que el término estipulado haya transcurrido desde la contratación de la misma al momento de la prestación de los servicios⁸⁹.

En estas pólizas, el asegurado tiene la facultad de acudir a cualquier centro hospitalario o consulta médica, siempre y cuando exista previo acuerdo con la aseguradora sin tener que reembolsar ninguna cantidad de dinero, teniendo en cuenta que, una vez canceladas las cuotas del tiempo establecido, la aseguradora asume la carga económica de los servicios suministrados por el prestador de servicios. Por ser un contrato de seguros, solo las Compañías de Seguros legalmente autorizadas por la Superintendencia Financiera pueden comercializarlos⁹⁰, además están regulados en el Código de Comercio.

3.5.5.1.2. CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA

Tal como lo dispone el artículo 10 del Decreto 1570 de 1993, modificado por el artículo 10 del Decreto 1486 de 1994, la medicina prepagada es un “sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme el presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado⁹¹.

Estos contratos contienen características propias que los diferencian de un contrato de seguro, como se desprende de las previsiones contenidas en los Decretos 1570 de 1993, 1486 de 1994, del Decreto 780 de 2016 y el Código Civil.

3.5.5.1.3. SEGUROS PRIVADOS

Es un contrato con una compañía de seguros de salud, por el cual se paga un costo mensual por un plan o póliza, a cambio que la aseguradora se encargue de todo o parte de los gastos médicos. Se puede tener seguro médico a través del empleador, o se puede comprar de manera individual, regulado en el Código de Comercio.

89 Fasecolda. Programa de Educación Financiera, Bogotá: Comité de Salud de la Federación de Aseguradores Colombianos, p. 7.

90 Ibid., p. 7.

91 Superfinanciera. *Concepto N° 1998023972-3. Los contratos de medicina prepagada no son un seguro*. Bogotá, agosto 13 de 1998, p. 1.

3.5.6. DESCRIPCIÓN DE ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SALUD EN RELACIÓN A SU EFICIENCIA DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

La concepción estática, piramidal, centralizada y especializada que tiene el diseño de la estructura organizacional del SGSSS está generando conflictos internos y externos de adaptación a las particularidades que tienen los entornos en donde tiene que funcionar.

Estos conflictos inciden negativamente en la posibilidad de lograr que los habitantes del territorio nacional tengan una atención de salud que sea consistente con sus derechos constitucionales. La información y la comunicación son elementos indispensables para el funcionamiento adecuado del sistema.

Los flujos de información e intercambio en un sistema dependen del sentido que tenga el patrón de organización. Como el sentido del patrón de organización del sistema se reduce a considerar los aspectos económicos, financieros y administrativos, los datos diferentes a estos aspectos puntuales del funcionamiento tienden a no ser valorados, controlados y recuperados, con lo cual se generan situaciones de permanente desinformación y asimetría en el campo de la atención en salud.

El reducir los flujos de información y la comunicación a los aspectos económicos, financieros y administrativos del Sistema no permite que se logre una orientación adecuada de los usuarios del SGSSS, ya que, en la mayoría de los casos, están desinformados o incomunicados⁹².

Algunas corporaciones públicas consideran que muchas de las tutelas que se presentan no deberían llegar porque no han agotado la queja ante la misma entidad. Hay desconocimiento, podría ser voluntario o no, de la red prestadora de servicios de salud y de las EPS subsidiadas.

Las acciones, los procesos y procedimientos que organizan las actividades operativas de las partes y componentes esenciales de un sistema deben ser convencionalmente aceptados y formalmente establecidos, además seguidos en todos sus pasos para garantizar que las acciones sean eficaces.

3.5.7. FUENTES DE FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD

Uno de los propósitos fundamentales que llevaron a la creación de este Sistema era permitir que los recursos económicos del Estado se orientaran hacia los sectores problemáticos del país y a la población menos favorecida; sin embargo, la presencia de regímenes excepcionales, la evasión, elusión

92 Ibid., p. 62.

y la no progresividad de las cotizaciones conducen a un menor recaudo de recursos, que afecta la financiación e impacta negativamente la solidaridad del sistema⁹³.

Otro factor que influye es la aplicación de un porcentaje igual de aportes para todos los rangos salariales. Esto significa que existe una contribución menor, relativamente, para el aseguramiento de aquellas personas con mejores ingresos salariales.

En el campo administrativo, el SGSSS concentra su atención en la asignación de funciones especializadas para las partes y las instituciones que lo componen. Esto requiere una organización administrativa basada en una operatividad secuencial consistente con el modelo de caja negra (una entrada, un proceso de transformación, un programa, una salida) económica, financiera y administrativa.

En lo referente a la organización del trabajo, se han presentado conflictos por un excesivo grado de división, un insuficiente grado de responsabilidad y una mínima posibilidad de trabajo en equipo. En lo relacionado con los procesos y procedimientos existe un grado de formalización excesiva y una actualización insuficiente que dificulta su seguimiento. Estos problemas generan actos infortunados.

Como se observará, el interés individual y competitivo que dirige las estrategias y acciones de las instituciones que componen la parte administrativa, va configurando depósitos independientes y aislados de información, seleccionados de acuerdo con los intereses egocéntricos de cada institución. Esta situación genera la imposibilidad de obtener la información completa que permita elegir, decidir y actuar en situaciones de certeza, como idealmente lo pretende el diseño del Sistema.

En consecuencia, el modelo ideal de competencia regulada que rige las interacciones de las instituciones responsables de administración y prestación de los servicios en este, no ha dado los resultados esperados de libre concurrencia y mejora en la calidad de la atención en salud⁹⁴.

La regulación de la competencia, en el precio por la UPC y en servicio del POS conduce a la necesidad de construir estrategias competitivas dirigidas a la reducción de los costos en la atención médica. Esta es hace posible introduciéndoles barreras a los afiliados, tendientes a maximizar las utilidades de las administradoras y las prestadoras de los servicios de salud⁹⁵.

93 Acosta, Olga Lucía y otros. *Equidad en el Financiamiento del SGSSS*. Bogotá: Fundación Corona, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario. 2007, p. 23.

94 Restrepo P, Jorge Luis. *Fundamentos Derecho Procesal de la Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Vélez, 2015. p. 45.

95 Ibid., p. 45.

En este panorama competitivo del mercado regulado de la salud, la maximización de las utilidades de las EPS y de las IPS es posible con una pérdida de la oportunidad, calidad y cantidad de atención médica que reciben los afiliados o beneficiarios y, en consecuencia, conducen a la real garantía de goce del nivel más alto de bienestar físico y mental, es decir, del derecho a la salud entendido en términos de los estándares internacionales⁹⁶.

3.5.7.1. CALIDAD Y GARANTÍAS JURÍDICAS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Las elecciones, decisiones y acciones de las instituciones responsables de la prestación de los servicios de salud se basan en la construcción de reglas para regir la competencia entre ellas destinadas a maximizar los beneficios particulares. Esta forma de proceder contribuye a incrementar la desigualdad de la atención en salud porque, en el mercado de competencia regulada, la cantidad y calidad de la atención en salud que reciben las personas depende del régimen al cual ellas pertenezcan. Expertos en el tema de salud señalan:

Que hay mínimo tres (3) modelos de salud, y pueden existir muchos más, y todos muy distintos en su operación y con grandes dificultades para relacionarse, porque además están estructurados de manera completamente distinta, así, existe un régimen contributivo que se diseña bajo una metodología del plan obligatorio de salud, un régimen subsidiado con una metodología basada en la estructuración de un plan de beneficios para los mal llamados vinculados en el sistema.

El sistema de salud, al tener dos o tres regímenes (régimen ordinario, especiales, exceptuados) con diferentes planes de atención, crea contradicciones fundamentales al principio de equidad. Por ello se tiene que ir barriendo de abajo hacia arriba para llegar a condiciones mínimas de equidad en el sistema, debido a que, hoy, los más desatendidos son los que no tienen acceso a nada, en tanto que el contributivo tiene un POS bastante elevado que no atiende a todos los miembros de la sociedad.

El modelo de competencia regulada que orienta las acciones de los agentes estimula el que los intereses de las instituciones competidoras sean opuestos. Esto significa que en el juego competitivo que fomenta su diseño, las ganancias de algunas instituciones estén en función de las pérdidas de las otras.

La concentración de la prestación de los servicios de salud y la administración en manos de pocas instituciones es un efecto consistente con el sentido competitivo. El grado de equilibrio en el aspecto financiero contrasta con el desequilibrio de la competencia entre las EPS, las IPS, las

96 Ibid., p. 46.

ESE, los profesionales independientes y los usuarios. Este desequilibrio es aún más evidente en los afiliados al sistema. Las diferencias de la UPC para el régimen contributivo y subsidiado y la maximización de los beneficios que rige las interacciones entre las EPS y las IPS fomentan la utilización de tecnologías de bajo costo, la demora en los pagos y la demora en la prestación de los servicios, estas circunstancias deterioran la calidad del servicio.

Para sintetizar desde una compresión holística, aunque existan mecanismos jurídico-normativos los cuales pretenden igualar la calidad de los servicios en la operatividad se encuentra una desproporcionalidad en la consulta, atención distribución de insumos, en las citas médicas, procedimientos y en todo el proceso de atención en salud.

3.5.7.2. LOS AFILIADOS Y USUARIOS DEL SGSSS

Para el Sistema la atención en salud tiene un valor económicamente objetivo que, en la mayoría de los casos, se contradice con el valor subjetivo que tiene la salud para los afiliados y beneficiarios del sistema.

La continua interacción de los afiliados y los resultados poco efectivos obtenidos con sus quejas administrativas, estimula su traslado hacia la vía judicial, en especial hacia la acción de tutela, porque es considerada por ellos como el dispositivo de control que les reporta una mayor utilidad para resolver sus problemas de salud. En otras ocasiones, los problemas con las quejas se derivan de que no es utilizada adecuadamente por falta de información, consideración o inexperiencia.

En el sistema se han venido presentando situaciones que en la teoría de juegos se denominan “dilema del prisionero”, en los que los participantes de un juego competitivo, dejándose llevar por su racionalidad egocéntrica, estratégicamente terminan seleccionando las opciones que les producen los peores resultados.

Se hizo evidente la falta de comunicación entre las diferentes instancias comprometidas en la promoción de la participación y en el control social establecido en el Decreto 1757 de 1994, esta situación se refleja en la presencia de relaciones de naturaleza bilateral, es decir, solo se conoce al interlocutor más directo. De manera similar, se encuentra un bajo nivel de relación entre las organizaciones comunitarias del sector y aun con los otros sectores.

Esta estructura atomística de la participación se refuerza por el hecho de que las quejas individuales son el mecanismo de control más extendido, pero su tratamiento por parte de las distintas instancias del sistema no permite convertirlas en fuente de información para detectar problemas recurrentes o compartidos por distintos agentes, con lo cual tampoco se constituyen en variables que orienten las discusiones sobre la evolución del sistema en el municipio.

j

Jurisprudencia

El análisis de las sentencias distinguidas en las unidades son de impulso para fomentar el aprendizaje pedagógico y contextualizar con decisiones del alto tribunal constitucional aspectos asociados con la temática de la Unidad, así como ofrecer elementos que le ayudarán a desarrollar actividades de carácter pedagógico como la autoevaluación.

3.6. SENTENCIA T-603/2015

M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hijo en representación de madre enferma

Asunto: el carácter subsidiario de la acción de tutela y el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para el restablecimiento del derecho a la salud.

“César Augusto Clavijo Ocampo actuando como agente oficioso de su madre, María Griselda Ocampo de Clavijo, formuló acción de tutela contra Nueva EPS S.A. por la violación a los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y seguridad social de su agenciada, y por el desconocimiento de la especial asistencia que debe brindársele como persona de la tercera edad, dado que la entidad accionada le ha entregado tardíamente los medicamentos, insumos y servicios prescritos por los médicos para el tratamiento de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada que padece. Por otra parte, adujo que la vulneración de los derechos referida obedece a la omisión de la empresa promotora de salud respecto a la atención médica integral, pues, aunque sabe que su agenciada no puede movilizarse por sus propios medios no le ha suministrado servicio de enfermería domiciliaria permanente, silla de ruedas, transporte en ambulancia y suplemento alimenticio “Ensure”.

“...César Augusto Clavijo manifestó que la señora María Griselda Ocampo de Clavijo cuenta con 80 años y está afiliada al Sistema General de Salud como cotizante en el régimen contributivo a través de Nueva EPS. Relató que a su agenciada le han prescrito diversos medicamentos⁹⁷ para el tratamiento de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada⁹⁸ que padece, los cuales han sido entregados tardíamente y en dosis diferentes a las ordenadas por los médicos, lo que le ha provocado mayores afectaciones a su estado de salud”.

“...Resaltó, además, la negligencia de la entidad accionada en cuanto a la efectiva prestación de los servicios a su cargo, pues a pesar de que un médico adscrito a su red constató la inmovilidad general de la señora María Griselda, no ha tomado las medidas necesarias para la eficaz prestación de la asistencia en salud, que incluya servicios que atiendan esa situación de inmovilidad”.

“De las circunstancias expuestas, el agente oficioso concluyó que Nueva EPS vulnera los derechos a la vida, salud, igualdad y seguridad social de su madre, al no prestarle los servicios médicos de forma integral, dado que es una persona de la tercera edad, con graves afectaciones físicas y una alta pérdida de movilidad que requiere tratamientos para preservar su vida, pero no puede desplazarse por sí misma para asistir a las citas programadas. En consecuencia, solicitó que se ordene a dicha entidad entregar oportunamente los medicamentos prescritos por los profesionales de la salud. De igual manera pidió que la demandada brinde a la peticionaria la atención integral, en la que se incluya servicio de enfermería y médico domiciliarios, transporte en ambulancia, silla de ruedas y el suplemento alimenticio “Ensure”.

En primera instancia, la recibe el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, quien denegó el amparo exigido en la acción de tutela. En esa oportunidad, el juzgador resaltó la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa. Ante ello, es enviado el caso a revisión, en lo que anota la Corte:

“...En el análisis que le corresponde adelantar al juez para determinar la procedencia de la acción de tutela debe establecer la concurrencia de los requisitos generales, que emanan del artículo 86 de la Carta Política, según el cual: *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. Este precepto determina la legitimación en la causa y la necesidad de que se formule la acción dentro de un plazo razonable, contado desde el momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de tal manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros”.

“...Se cumple el requisito de inmediatez, puesto que en la acción se denuncia la vulneración de los derechos de la actora como consecuencia del incumplimiento de los deberes de aseguramiento y prestación eficaz del servicio de salud en cabeza de la entidad accionada en el marco de la relación de trato sucesivo que existe entre las partes. La naturaleza de la relación EPS-Afiliado y las denuncias de la acción formulada por la señora María Griselda, en las que se refiere el incumplimiento general del deber de aseguramiento por la entidad promotora de salud, impiden que se determine el carácter oportuno de la acción tomando como referencia únicamente la fecha en la que se expedieron las órdenes médicas aportadas...”.

“...Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”⁹⁹. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”.

97 Levotiroxina//Amlodipino//Esomeprazol//Aprovasc//Atorvastatina//inhaladores Spiriva y Seretide.

98 Diagnóstico que se advierte en las formulas médicas aportadas con el escrito de tutela.

99 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 580 de 26 de julio de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda.

“Desde luego que, por la naturaleza de los derechos involucrados, resulta plausible que en reiteradas ocasiones se considere que la tutela se abre paso directamente por la eventual configuración de un perjuicio irremediable, pero esa circunstancia no modifica su naturaleza subsidiaria, ya que, por mandato superior, está supeditada al agotamiento de los mecanismos ordinarios”.

Finalmente, decide la Corte Constitucional lo siguiente:

“CONFIRMAR integralmente el fallo proferido el 2 de febrero de 2015, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, dentro de la acción de tutela incoada por César Augusto Clavijo Ocampo, como agente oficioso de su madre María Griselda Ocampo de Clavijo.”

“EXHORTAR al Congreso de la República para que, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia, regule el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con la competencia que les asignó el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

ap

Actividades pedagógicas

Enseguida, los y las integrantes de este proceso formativo, encontrarán una serie de cuestiones que les ayudarán a fortalecer los conocimientos adquiridos en el curso de esta unidad. Resuelva:

1. ¿En qué consiste el modelo economicista ideal planteado por el autor?
2. Explique brevemente el modelo de enfoque diferencial.
3. ¿Por qué el control de calidad en el SGSSS en Colombia es deficiente? ¿Qué debe hacerse desde los cuerpos legislativos y judiciales para mejorar el Sistema?

ae

Autoevaluación

Cada uno de los hombres y mujeres que participan de este proceso formativo, deberá resolver en derecho los casos que aparecen propuestos a continuación. Preferiblemente responder con fundamentos legales, solamente si es necesario.

3.7. CASOS

Caso 1. Felipe Piña, joven de 24 años, estuvo involucrado en un accidente de tránsito en la nueva Ruta del Sol que une el interior de Colombia con la costa norte del país. Desde hace 5 meses recibió grado de pregrado de la Universidad Occidental, y de regalo de grado por parte de sus padres fue un carro “Chevrolet Aveo” modelo 2015, vehículo en el cual se dirigía a la ciudad de Santa Marta a disfrutar de las vacaciones con un compañero y una compañera de la Universidad de donde recién egresaron.

Uno de ellos sufrió un golpe letal en la parte frontal de la cabeza, por lo que tuvo una muerte instantánea. El otro compañero resultó herido de un golpe en la cara, pero no perdió el conocimiento en ningún momento y tuvo la iniciativa de contactarse con las autoridades de emergencia médico-ambulatoria. Felipe sufrió un trauma craneoencefálico, por lo que su atención médica-quirúrgica es urgente y de riesgo.

Felipe está afiliado a la EPS “Seguro y Cuidado”. Al llegar la ambulancia, en virtud de la gravedad de sus heridas, es trasladado a la ciudad de Barranquilla, pues es el sitio más cercano y de mayor complejidad en su atención. Tras la llegada de Felipe a la clínica “Atención Integral”, esta se niega al servicio quirúrgico especializado para atender el trauma que peligra su vida. Esta se niega, porque la EPS de Felipe no tiene convenio alguno con dicha clínica, por lo que tiene que pagar los servicios especiales como un particular, por la suma de \$15.000.000 colombianos.

Los padres de Felipe no cuentan con la disponibilidad económica, pero alegan que la Clínica no puede negarse a prestar el servicio médico, pues peligra la vida y salud de su hijo, por lo que deciden interponer una acción de tutela con medida cautelar para que la intervención de su hijo se realice y de esa manera no ser una víctima más del “paseo de la muerte”.

¿La actitud renuente de la clínica lesiona el derecho a la vida de Felipe?

Si usted fuese el juez o jueza a quien le llega la acción de tutela, ¿cuál sería su decisión? Justifique.

¿Pueden las clínicas negarse a prestar los servicios médicos en casos de emergencia donde peligra la vida y por ende el derecho fundamental a la salud, como el caso concreto?

Caso 2. En la sala de espera de una IPS de nombre “Vida y Asistencia”, que sostiene convenio con la EPS “Curanderos Asociados” para prestar los servicios médicos de sus afiliados, Marta Dolores Intensos de Barriga,

beneficiaria como esposa del señor Lidio Barriga Rojas del sistema de salud, acude a dicha clínica por una fuerte sensación de escalofríos. Al pasar al “triage”, su temperatura arrojó 40° C, y el médico encargado de dicha área, la pone en lista de espera, pues hay otras personas en turno y solamente hay un médico atendiendo, pues el resto se encuentran de descanso y las secretarias y secretarios del área de recursos humanos, no fijaron bien la hora y fecha de los turnos de cada médico.

Pasadas dos horas, Marta aún esperaba 4 turnos delante de ella. Mientras reposaba en su silla, debido a la elevada temperatura que tenía, sufrió de sensación de ahogo, alteraciones de las constantes vitales, alteraciones en el nivel de conciencia y sangrado por sus oídos, lo que le provocó la hospitalización e ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos por deterioro físico.

El señor Lidio Barriga decide ejercer una acción de tutela por negligencia médica en nombre de su esposa enferma, en contra de la clínica por la falta de atención de la clínica al no disponer de al menos 3 médicos que atiendan a los pacientes que ingresan por el servicio de urgencias.

¿Es procedente dicha acción de tutela en contra de la clínica “Vida y Asistencia” por negligencia médica? En el evento de que su respuesta sea negativa, justifíquela.

3. En el municipio de Cartago, en el Valle del Cauca, Maritza Morales, contrajo matrimonio civil con el señor Luis José Vélez, quien trabajaba en una empresa dedicada a la importación de café. Antes del matrimonio mantenían una relación formal de hecho y tuvieron un hijo, que en la actualidad tiene 19 años y es estudiante universitario en la Universidad “Procartago”. Por más de 6 años ha cotizado en el régimen contributivo, y como beneficiarios suyos incluyó a su único hijo y a su esposa. Desde hace dos meses, Maritza comenzó a trabajar en una empresa de transportes, por lo que era obligación del empleador afiliarla a una EPS.

Al hacerlo, lógicamente perdía la calidad de beneficiaria de su esposo Luis José, Maritza no estuvo de acuerdo con que la desafiliaran como beneficiaria de Luis José, e insiste en que la empresa no tiene por qué afiliarla a una EPS, cuando ya ella está afiliada a la de su esposo, y cree que el derecho a la igualdad le está siendo vulnerado, pues su hijo ya tiene 19 años.

¿Tiene Maritza o no la razón? ¿Realmente su derecho a la igualdad está siendo vulnerado en este caso? Argumente su respuesta.

Caso 4. Filomena Flores, empleada de la empresa agroindustrial “Indufruta”, fue afiliada a la EPS “Colombia Sana”. Mensualmente el descuento por seguridad social destinado a pensión, salud y riesgos laborales es debitado de su nómina, y su empleador ni ella ha tenido retrasos en los pagos. Antes bien, suele pagar a tiempo y nunca ha presentado retraso en el pago de su cotización. El asunto con Filomena es que, al sufrir de hipotensión, necesita de un medicamento que la EPS se los suministra. Sin embargo, alega Filomena, el 80% de las veces que se dirige a buscar los medicamentos con la orden del médico, nunca le dan los medicamentos, pues manifiestan que “no hay” y que mejor “regrese la próxima semana”.

Filomena, cansada de la situación, considera que su derecho a la salud se ve vulnerado por la renuencia de las farmacias a no suministrarle los medicamentos que le envía su EPS, y cree que es un robo porque ella paga por ello en sus aportes mensuales y al no darle sus pastillas, debe comprarlas, gastando más dinero del que debería gastar. En ese sentido, se dirige a un juez mediante una tutela, para que le haga valer su derecho a la coherencia entre lo cotizado y el servicio que debe recibir.

¿Admitiría usted como juez o jueza esta acción de tutela?, ¿Por qué?

Caso 5. Amelia Vergara, quien es procedente del municipio de Sahagún, Córdoba, está enferma de cáncer de mama. Dicha patología fue diagnosticada a la edad de 45 años, y a partir de ese momento ha recibido atención médica especializada impulsada por los programas de prevención de la EPS. A sus 49 años, Amelia ha resistido con mucha fuerza la enfermedad que la aqueja y ha luchado contra ella, sin embargo, tuvo una fuerte recaída y necesita una transfusión de sangre lo más pronto posible. Amelia es miembro de una religión que le impide las transfusiones de sangre y prohíben efectuarlas, pues a través de este tipo de prácticas médicas, se contagian los pecados y la suciedad de los seres no congregados a su religión. Amelia, como ferviente miembro de esta religión, pone en práctica dichos dogmas.

Adán, su hijo mayor, considera que no puede ningún otro derecho que el derecho a la vida y acude ante un juez para que ordene la transfusión de sangre, independientemente de la concepción religiosa de su madre. ¿Qué tipo de derechos se enfrentan en este caso? ¿Cuál es la mejor vía?

Jurisprudencia general

Intervención de la Jurisprudencia Constitucional en la calidad y eficiencia de los Servicios de Salud, por aplicación del Juez de la Salud

Las fuentes de los Derechos demarcan las garantías y la calidad de los servicios de salud, haciéndolos entre otras cosas posibles y alcanzables es así

que vale citar el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Una interpretación literal del artículo mencionado anteriormente indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es solo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. Sin embargo, la anterior hermenéutica resulta inaceptable, por las siguientes razones:

- a) La vinculatoriedad de los precedentes de las altas cortes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión del juez de la salud a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.
- b) La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha reconocido expresamente el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes, así:

En primer lugar, la sentencia C-083 de 1995 indicó que el juez, vinculado tan solo al imperio de la ley, es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio; sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional¹⁰⁰.

Igualmente, la sentencia T-260 de 1995 expresó que si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por la Corte Constitucional, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia – como podría ser la penal, la civil o el contencioso administrativo– sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.

100 Las aseveraciones interpretativas argumentativas jurídicas son el resultado de procesos investigativos en conjunto de los Profesores del Asea de la Seguridad Social en Salud, Barona B Ricardo y Restrepo Pimienta. Jorge.

Posteriormente, la sentencia C-836 de 2001 señaló que la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como unificador de la jurisprudencia ordinaria; de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Después, la sentencia T- 571 de 2007 consideró que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Por el contrario, existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial:

- a) El juez y jueza de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta.
- b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir.
- c) Si bien, ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez o la jueza de instancia o tribunal, bajo supuestos específico.
- d) El precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez y de la jueza, sino que criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico.
- e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces y juezas a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución.

La Sentencia T-110 de 2011 determinó que la obligatoriedad de los precedentes constitucionales cobija a todas las autoridades judiciales y administrativas, quienes en desarrollo de sus competencias constitucionales están obligadas a acatar el principio de legalidad, y deben someterse y cumplir lo dispuesto en la normatividad superior. Así, frente al claro enfrentamiento entre una disposición legal vigente y normas constitucionales amparadas por reglas judiciales vinculantes, la autoridad administrativa debe cumplir de manera preferente los postulados consagrados en la Constitución Política, sin eludir el respeto a la ley.

Adicionalmente, señaló la decisión mencionada que la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución Política y guardiana de la integridad del texto superior, ha desarrollado una doctrina bien definida sobre el carácter vinculante –que en nuestro ordenamiento jurídico ostenta la *ratio decidendi*– de las sentencias proferidas por esta Corporación, dictadas en procesos de constitucionalidad abstracta o en sede de revisión de tutela.

Recientemente, en la Sentencia C-313 de 2014 en relación con el examen del contenido material del articulado del proyecto de Ley Estatutaria, la Corte Constitucional consideró que el objeto de la misma se ajusta a la Constitución dada su finalidad de garantizar la realización del derecho fundamental a la salud, pero, precisó que la norma al referirse a la posibilidad de “establecer sus mecanismos de protección” no debía entenderse ni era constitucionalmente admisible, que tuviese lugar la expedición de normas que variaran, modificaran o menoscabaran el mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales como lo es la acción de tutela. Por ende, la declaración de exequibilidad resultó condicionada. En conclusión, el Juez de la Salud está sometido al precedente constitucional, pero, en caso de no aplicarlo podría configurarse el delito de prevaricato¹⁰¹.

En este orden de ideas, es válido anotar, luego de recorrer las formas de intervención –administrativa, sistémica y judicial–, en el cumplimiento de la calidad eficiencia, acceso, y oportunidad del derecho fundamental a la salud, es menester resaltar bajo estas afirmaciones, algunos de los principales precedentes judiciales de la Corte Constitucional:

a) Cubrimiento de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

La provisión de servicios no previstos en el Plan de Beneficios, que se requieran con necesidad y sean pertinentes en el caso particular de acuerdo

101 Sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional.

con la prescripción del profesional de la salud tratante, deberá ser sometida por la Entidad Promotora de Salud al Comité Técnico Científico o a la Junta Técnico-Científica de pares de la Superintendencia Nacional de Salud¹⁰².

Sin embargo, frente a la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de suministrar al paciente los medicamentos y/o tratamientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud que le fueron formulados por su médico tratante, la Corte Constitucional ha señalado por línea jurisprudencial que:

- a) En cuanto a la orden de entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en reiterada jurisprudencia, se han inaplicado las normas legales, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos para ordenar su entrega: (i) que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado en el POS y que tenga igual efectividad, (iii) que el paciente no puede asumir el costo del mismo y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS a la cual está afiliado¹⁰³.
- b) El concepto del médico tratante es, entonces, el criterio que se debe tener en cuenta para establecer si se requiere un servicio de salud y ello en razón de que tiene el deber de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, generándose, en consecuencia, una responsabilidad por los tratamientos y medicamentos que prescriban para el efecto.
- c) Los Comités Técnicos Científicos deben evaluar cada caso en particular, para que el criterio médico sobre un tratamiento en particular no sea subjetivo o caprichoso, sino que, por el contrario, las prescripciones médicas que ordenan servicios por fuera del POS, realmente obedezcan a la necesidad de ordenar un medicamento específico, requerido por una persona para el restablecimiento de su salud.

Sin embargo, eso no obsta para que la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalezca respecto de la que niega la entrega, de modo que no basta que el Comité Técnico Científico aduzca que el medicamento tiene sustitutos, pues en todo caso es necesario que el médico tratante sea el que determine dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente y en

102 Artículo 116 del decreto 19 de 2012.

103 Corte Constitucional. Sentencias T-926-1999, T-975-1999, T-887-1999, T-1204-2000, T-1524-2000, T-344-2002, T-337-2003, T-002-2005, T-471-2005, T-099-2006, T-159-2006, T-265-2006 y T-282-2006, entre otras.

tal sentido, la EPS inexcusablemente suministrará la droga que señale la orden de servicio dada por aquél¹⁰⁴.

- d) Finalmente, en los casos en los que el médico tratante indique que existe una urgencia, el suministro de los servicios y/o medicamentos excluidos de los planes de beneficios no deberá supeditarse ni a la aprobación del CTC de la respectiva EPS ni al de la JTCP de la Superintendencia Nacional de Salud, porque el servicio debe prestarse de manera inmediata por la correspondiente EPS.

b) Negación de servicios por no pagos moderadores

La Corte Constitucional ha manifestado que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera su derecho a acceder a estos, si le exige como condición previa que cancele un pago moderador sin tener capacidad económica de asumirlo. Porque si bien los pagos moderadores son legítimos, estos no pueden constituir barreras para que los pacientes de escasos recursos accedan a la atención en salud que requieren. Cuando los servicios de salud están sometidos a cuotas moderadoras, y el paciente no puede asumir el costo, el ente territorial correspondiente debe asumir la totalidad del valor de la cuota. Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando ello afecta su mínimo vital. Cuando no existen las pruebas suficientes para determinar que una persona no tiene capacidad de pago, no puede concluirse que sí la tiene¹⁰⁵.

c) Negación de servicios con menores

Una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos vulnera el derecho a la salud cuando no autoriza a un niño o una niña un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud o porque la vida o la integridad personal del menor no dependen de la prestación del servicio. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se viola especialmente, cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño, sujeto de especial protección constitucional.

Se entiende que un servicio es requerido con necesidad cuando el paciente no puede proveérselo por sí mismo, es decir, cuando la salud del paciente se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos

104 Sentencia T-706 de 2010 de la Corte Constitucional.

105 Sentencia T-676/14 - T-124 de 2016 T-178/17 - T-178/17. T-236A/13 T-115/16 T-115/16 T-487/14T-648/08 T-612/14 T-760/08 - Corte Constitucional.

a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere. En definitiva, toda persona tiene derecho a que exista un sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera, esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido¹⁰⁶.

d) Negación de servicios ordenados por médicos no adscritos a entidad respectiva

Existe violación al derecho fundamental a la salud cuando la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio requerido, niega el mismo, porque los servicios fueron ordenados por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, siempre y cuando se presenten los siguientes presupuestos adicionales:

- Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema General de Seguridad Social de Salud.
- Que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, es decir, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que este señala. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de la salud podría ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva¹⁰⁷.

e) Negación de servicios por no pago de aportes dentro del plazo establecido

La entidad encargada de garantizarle al afiliado el pago de una incapacidad laboral vulnera su derecho a la salud cuando se niega a autorizarlo porque no se cumplió con la obligación de cancelar los aportes de salud dentro del plazo establecido para ello. Es decir, cuando una entidad promotora de salud no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se

106 Sentencia T-760 de 2008, T-200/14, T-760/08, T-133/13, T-206/13, T-384/13, T-384/13, T-209/13, T-209/13, T-499/14, T-499/14 de la Corte Constitucional.

107 Corte Constitucional. Sentencias T-025/13, T-499/14, T-545/14, T-124 de 2016,

allana a la mora y, por ende, no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones¹⁰⁸.

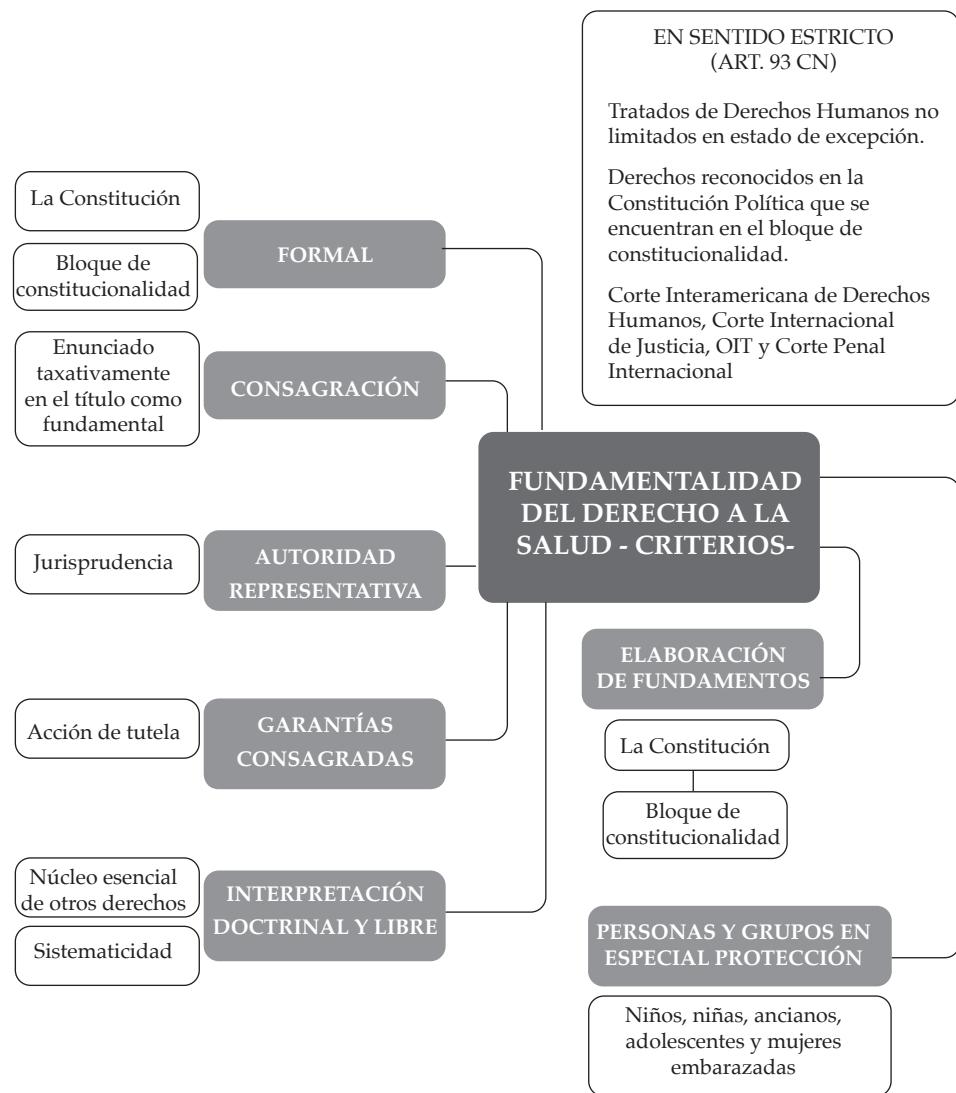


Gráfico No. 8. Fundamentalidad del derecho a la salud – criterios de calidad.
Fuente: Diseño del Autor, basado en experiencias investigativas Direcciones tesis Maestría en Derecho, Derecho a la Salud.

108 Corte Constitucional. Sentencias T-025/17, T-124 de 2016, T-517/15, T-643/14

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Astorga & Lima Facio. *¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas? Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Bogotá. Septiembre 2009.

Aguilar, Luis Ignacio. Sustitución de importaciones y apertura económica. *Revista Análisis Político* n.º 13. Universidad Político, Bogotá, 2009.

Almansa Pastor, José Manuel. Derecho de la Seguridad Social. Volumen I, Cuarta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

Alvaro Franco G. Acerca de las políticas públicas de salud en el nuevo siglo. *Revista de Salud Pública*. Volumen II, Bogotá, 2001.

Anand, Sudhir & Sen, Amartya. Desarrollo humano sostenible, conceptos y prioridades. *Serie de Documentos de Discusión* n.º 1, Nueva York, 1996.

Archila, Mauricio. *Nueva Historia de Colombia*. Volumen II (Relaciones internacionales – Movimientos sociales). Bogotá, 1994.

Arenas Monsalve, Gerardo. *Derecho Colombiano a la Seguridad Social*. Bogotá: Legis. 2014.

Arenas Monsalve, Gerardo. La reforma al sistema pensional y de seguros de salud. *Revista Derecho Social*, n.º 35, Colegio de Abogados del Trabajo, Bogotá, 1993.

Ashton J, Seymour L. *La nueva salud pública*. Liverpool: Edit, Masson, S.A. 1992.

Asociación de Estudiantes UPCH. Trabajo sobre derechos humanos. Lima, 2004.

Bardach, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas*. México: CIDE. 1998.

Blanco Restrepo, Jorge Humberto & Maya Mejía, José María. *Fundamentos de salud pública*. Tomo I. Primera Edición. Medellín: Corporación para Investigaciones Biológicas, 1997.

Blanco, Sh & Maya, S. *Fundamentos de salud pública*. Tomo II. Medellín: Ediciones Roso, 2005.

Briceño de Valencia, Teresa. *Diccionario Técnico Jurídico*. Ediciones Gráficas Ltda., 2000.

Cañón Ortegón, Leonardo. *Los servicios sociales en la seguridad social*. Bogotá: La Previsora, 1992.

Cañón Ortegón, Leonardo. *Una visión integral de la Seguridad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017

Cardona, Álvaro. ¿Para qué una emergencia social? Decano de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. *Revista Semana*, edición del 23 de diciembre de 2009.

Carrillo Guarín, Julio Cesar. *Reforma Constitucional al Sistema de Pensiones*. Legis, Bogotá. 2005.

Ceja Mena, Concepción. *La política social mexicana de cara a la pobreza, geo crítica scripta nova*. *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Volumen VIII, No. 176, 2004. Universidad de Barcelona.

Cetina Vargas, Oswaldo. *Derecho integral de seguridad social*. Bogotá: Ediciones Universidad Externando de Colombia, 1986.

CF. Paganini, Mario O. Las políticas de previsión y el estado benefactor. *La Seguridad Social y el Estado Moderno*. México: Coedición Fondo de Cultura Económico, IMSS el MSSSTE, 1992.

Conceptos Fundamentales de Sociología. Madrid: Alianza Editorial. 2003.

Cortés Hernandez, Óscar Iván. *Derecho de la Seguridad Social*. Primera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2003.

Cortés, Juan Carlos. *Reforma al sistema de salud*. Bogotá: Legis. 2011.

Duque Luque, Oswaldo. *La pensión sanción*. Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 1991.

Fleury, Sonia. Políticas Sociales y Ciudadanía en América Latina. Hintz, Susana. *Políticas Sociales: Contribuciones al Debate Teórico-Metodológico*. Buenos Aires: UBA, 1996.

Fleury, Sonia. *Políticas Sociales y Ciudadanía*. Notas de Clase INDES. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social (INDES), 1999.

Gañán Echavarría, Jaime L. *Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia.* (1^a ed.). Medellín: Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo Universidad de Antioquia. 2013.

Gerencia Social Indes. *El desarrollo social.* Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo - Instituto Interamericano. 2004.

Gómez Buendía, Hernando. *El sindicalismo y la política de salud.* Bogotá: Fedesarrollo, Fescol, Cerec, 1986.

Gutiérrez Sanpedro, Jorge. Diez años de la seguridad social en salud, un punto de vista desde el modelo del pluralismo estructurado. Carrasco, Emilio. *Diez años del Sistema de Seguridad Social Colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Herrnstadt, Ernesto. *Derecho Social Colombiano.* Bogotá: Ediciones Antena, 1939.

Manrique Reyes, Alfredo. *Trabajo sobre democracia local y derechos humanos.* Personería de Bogotá. 2009.

Ministerio de Salud y Protección Social. *Aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud.* Bogotá: Cartilla Práctica Ministerio de Salud y Protección Social, 2014.

Molina Marín, Gloria & Cabrera Arana, Gustavo Alonso. *Políticas públicas en salud.* Primera Edición. Bogotá: Grupo de Investigación en Gestión y Políticas en Salud. 2008.

Molina, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia.* Tomo I. Octava Edición. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo. 1982.

Montaña Cuéllar, Diego. *Memorias.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1996.

Morales Benítez, Otto. *Política Laboral.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

Patiño Beltrán, Carlos Augusto. *La tutela en salud y riesgos profesionales.* Bogotá: Editorial Leyer, 2005.

Peña Peña Rogelio Enrique. *Constitución Política de 1991.* Bogotá. 2007.

Rengifo O., Jesús M. *La seguridad social en Colombia.* Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

Rengifo O., Jesús M. Una política de integración de la seguridad social para Colombia. *Revista Actualidad Laboral* n.º 24. Bogotá: Legis. 1987.

Restrepo P, Jorge Luis. *Dimensión Jurídico-Antropológica de la Política Pública en Salud,* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2012.

Restrepo P., Jorge Luis. Conceptos Científicos en Seguridad social en Salud. *Contexto Globalización y Estado.* Universidad de la Costa, 2017. Barranquilla.

Restrepo P., Jorge Luis. Fundamentos derecho procesal de la seguridad social en salud. Bogotá: Vélez, 2015.

Revista Económica Colombiana. Serie Documentos Separata n.º 10, Contraloría General de la República, Bogotá, 1986.

Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XI. Legis, Bogotá. 2015.

Uribe Uribe, Rafael. *Socialismo de Estado.* Conferencia Teatro Municipal de Bogotá, Bogotá: Ediciones Boza, 1904.

Valencia Villa, Hernando. Por una Asamblea Constituyente Democrática. *Análisis Político* n.º 9, Universidad Nacional de Colombia. IEPRI, 1990.

Yamin, Alicia Ely. *La lucha por los derechos a la salud.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

