

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA: BASE TEÓRICA Y JURISPRUDENCIAL¹

Ximena Espinosa Torres²

RESUMEN

La acción de tutela tuvo como prueba de fuego la salud y su naturaleza jurídica, ya que la mayoría de las veces se la ha utilizado para lograr la protección de este derecho fundamental. Jurisprudencialmente se comenzó por establecer que la salud era parte esencial de la vida, pero como la Ley 100 de 1993, al establecer indicadores de eficiencia y rentabilidad, sometió a criterios neoliberales la prestación de este servicio, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) comenzaron a “rechazar” la atención de aquellos que demandaban terapias y drogas que no estaban en el Plan Obligatorio de Salud (POS). A partir de la Carta de 1949, en Alemania Federal se adopta una fórmula que cambia cualitativamente el Estado liberal clásico en Estado social de derecho, que convertía al Derecho Constitucional en el garante del régimen de libertades y derechos fundamentales, a través de la modulación de los contenidos de las sentencias de constitucionalidad y los tests de ponderación y balanceo, cuando estos estuvieren en juego. Es así que la Corte Constitucional colombiana, usando la modulación del contenido de sus fallos, fue creando una especie de *POS jurisprudencial* a lo largo de los centenares de tutelas que revisaba por violación del derecho a la vida a causa de la no prestación del servicio de salud. Se llega de este modo a la célebre Sentencia T-760/08 que establece de modo permanente tal POS jurisprudencial y crea normas reglamentarias y de procedimiento que vinculan a las EPS a un marco jurídico para prestar su servicio, creando como figura autónoma el derecho fundamental a la salud.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental, Acción de tutela, Estado benefactor, Neoliberalismo, Derecho Procesal Constitucional, Derecho fundamental a la salud.

ABSTRACT

The action for tutela, which is a writ for protection of fundamental rights, was acid tested by the right to a good Health and its juridical nature since most of the times the tutela has been used as a mechanism to get the protection of this fundamental right. As far as jurisprudence goes, it has been stated that Health was an essential element to life, but when the Law 100, 1993 set the efficiency and profitability indicators, it submitted the health service to Neo-liberal criteria, the entities in charge of providing health service (EPS) started “rejecting” the service to those who demanded therapies and drugs that were not included in the Obligatory Health Plan (OHP). Since the act from 1949, Federal Germany adopted a formula that would qualitatively change the classic liberal State into a Social State of Law, which would turn Constitutional Law into the guarantor of the liberties fundamental rights regime through the modulation of contents of the constitutionality sentences and the weighting and balance tests when these were at stake. Thus the Colombian Constitutional Court, by using the content modulation of their sentences was creating some sort of jurisprudential OHP through its hundreds of tutelas that it revised due to the violation of the right to live because of the rejection to provide health service. This is how we get to the well-known sentence T-760/08 which permanently establishes the jurisprudential OHP and creates legal and procedure standards that gets the EPS regulated by a Legal Framework in order to provide health service by creating an autonomous figure i.e, the fundamental right to Health.

KEYWORDS

Fundamental right, the action for tutela, Benefactor State, Neoliberalism, Constitutional Process Law, Fundamental Right to Health.

Depositado en febrero 12 de 2013, aprobado en mayo 09 de 2013.

- 1 El artículo de investigación que se presenta fue producto de la investigación *Derecho Fundamental a la Salud: sus características*, realizada en el año 2011 por el grupo de investigación en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, categorizado en D por Colciencias. los investigadores que participaron en ella fueron Barreto Lezama, Adrián; Espinosa Torres, Ximena; Mercado Pérez, David (líder del grupo de investigación), y Tirado Pertuz, César.
- 2 Abogada de la Universidad de Cartagena, Coordinadora del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Joven Investigador e Innovador Colciencias. Docente de Derecho Constitucional Fundación Universitaria Colombo Internacional.

I. ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

Además de su importancia económica, la seguridad social tiene obviamente una significación social y política. Si el principio teórico de la solidaridad que le es propio resulta cumplido adecuadamente, la seguridad social puede convertirse en un medio eficiente para lograr una mejor distribución del ingreso, gravando al pudiente para ayudar al necesitado. Empero, en la vida real la seguridad social ha sido a menudo utilizada en Latinoamérica para obtener el apoyo electoral de una clientela determinada, para legitimar un régimen político espurio y cooptar satisfaciendo sus necesidades a poderosos grupos de presión que amenazan el statu quo y afianzar así la estabilidad política.

II. Mesa-Lago, Carmelo (1977).

Por razones históricas, sociológicas y culturales, las instituciones propias del Estado liberal e, incluso, el propio Estado liberal han mostrado una lejanía o distanciamiento que viene desde la época colonial, no sólo en Colombia sino en el contexto de la América Hispánica. Distanciamiento este que se expresa en una atrofia y disfuncionalidad de la ideología demo-liberal y en la actividad de los poderes públicos del Estado. Desde la culminación del proceso de independencia y hasta la expedición de la Carta de 1991, Colombia ha estado atrapada entre una debilidad institucional amenazante y un dinamismo social muy amplio y variado, que ha traído como consecuencia una fragmentación o desunión en los planos institucional, económico y social; es decir, culturalmente la sociedad colombiana no ha asimilado el concepto de “contrato social” sin el cual ningún Estado liberal es viable y funcional. Por ello, en el imaginario colectivo, anotan De Souza y García Villegas (2001):

En Colombia se tiene la idea de que lo excepcional es normal, prevalece la idea de que ninguna autoridad puede otorgarse el “derecho” de regular de manera incondicional una realidad normalmente anormal.

El Estado ha sido el primero en promover esta condicionalidad del derecho y en infundir la representación de que en materia jurídica todo es negociable.

En este contexto, a nadie le resulta extraño que desde el inicio de los años ochenta del siglo XX, al narcotráfico le fuera muy fácil amplificar los tradicionales espacios de ilegalidad disfrazada de juridicidad formal, siempre existentes en Colombia. Esta amplificación encontró a un Estado completamente inerte y una sociedad sin espíritu institucional para enfrentar el fenómeno desde el Estado demoliberal de derecho. La Constitución de 1991 fue novedosa y se pretendió que superase la esquizofrenia expresada. Para ello se crearon, entre otros elementos, acciones procesales de origen constitucional, tales como las de Tutela, Populares y de Grupos. Ahora sí, se pensó, el derecho regularía una realidad normal, y la jurisprudencia de la hoy llamada “Primera Corte Constitucional” se orientó francamente hacia ese objetivo. Realizó tan bien su labor que en menos de dos años en el imaginario colectivo el ciudadano se reconcilió con la administración de justicia del Estado: al fin, pensó, el derecho funcionaba y lo hacía de modo rápido, al servicio del ideal de justicia culturalmente vigente.

La piedra de toque de la “Tutela”, como es popularmente conocida, fue la salud, tanto, que el porcentaje más elevado del uso de esta acción fue para lograr la protección de este derecho. Jurisprudencialmente, se comenzó por establecer que la salud era parte esencial de la vida, pero como la Ley 100 de 1993 sometió a criterios neoliberales la prestación de este servicio. Al establecer criterios administrativos de eficiencia y rentabilidad, las EPS, por temor a quebrar, comenzaron a “rechazar” la atención de aquellos pacientes que demandaban terapias y drogas que no estaban en el POS.

Es así que, usando la técnica de modulación del contenido de sus fallos, la Corte Constitucional fue creando una especie de *POS jurisprudencial* a lo largo de los centenares de tutelas que revisaba por violación del derecho a la vida a causa de la no prestación del servicio de salud. Se llega de este modo a la célebre Sentencia T-760/08

que establece, de modo permanente, tal POS jurisprudencial y crea normas reglamentarias y de procedimiento que vinculan a las EPS a un marco jurídico para prestar su servicio. Esta es toda una novedad en el Derecho Constitucional colombiano, ya que “crea” como figura jurídica autónoma el derecho fundamental a la salud, desvinculándolo del derecho a la vida, como hasta entonces se había hecho.

Con base en lo dicho, la investigación que se presenta en este artículo pretendió resolver el siguiente **problema de investigación**: Precisar cuáles son las bases filosófico-teóricas del derecho fundamental a la salud, vigentes hoy en el Derecho Constitucional colombiano, a partir de la Sentencia T-760/08, y cómo se ha desarrollado por parte del legislador.

La investigación se delimitó al espacio del territorio nacional, ya que las bases filosófico-teóricas del derecho a la salud rigen para toda la nación. En lo temporal, se analizó el período comprendido entre 1992 y 2008, período en el cual la Corte Constitucional ha expedido su abundante jurisprudencia en materia de salud, midiendo el impacto de esta en los términos de la delimitación espacial.

En lo conceptual, entendemos por “jurisprudencia” lo que la teoría jurídica entiende por dicho concepto; por “modulación” en el tiempo y en los contenidos, lo que la teoría del Derecho Constitucional actual (nacida en Alemania y asimilada por Colombia) entiende como tal. Por “derechos fundamentales” se entendió lo que la Jurisprudencia colombiana tiene dicho desde la muy conocida Sentencia T-406/92, y por “acción” lo que la teoría del Derecho Procesal explica al respecto. Por “tutela”, lo que la Corte Constitucional ha establecido en una línea jurisprudencial sobre ella, donde va más allá de lo dispuesto en el Decreto con fuerza de Ley N° 2591 de 1991, que la reglamentó al adicionarle otros fines procesales. Esta línea fue construida a partir de la T-221/92, sobre su uso contra providencias judiciales; la T-496/92, donde se acepta que las personas jurídicas son titulares de ciertos derechos fundamentales; la T-505/92, que incluyó el Sida en el POS, y la T-125/94, que permite el uso de la acción de tu-

tela contra particulares cuando se presten servicios públicos.

Se planteó, como **objetivo general**, determinar cuáles son las bases filosófico-teóricas del derecho fundamental a la salud en el Derecho Constitucional colombiano y establecer el modo como el legislador lo ha desarrollado de acuerdo a lo ordenado en la Sentencia T-760/08.

Y como **objetivos específicos**, los siguientes:

- Establecer los principios filosóficos del derecho fundamental a la salud.
- Precisar cómo se estructura, a partir de la línea jurisprudencial pertinente, la teoría jurídica del derecho fundamental a la salud.
- Verificar si el Gobierno Nacional ha dictado los respectivos Decretos Reglamentarios de la Ley 100 en materia de salud, a la luz de lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760/08.

La pertinencia de este proyecto se entiende al analizar el rol de los jueces constitucionales en la creación y desarrollo de un derecho fundamental a la salud, casi siempre en oposición con el enfoque economicista del mismo (que evalúa solo su “costeabilidad”), ya que es evidente que cada Tutela resuelta a favor de los ciudadanos, y en contra del “diseño económico” del POS, invalida los supuestos ideológicos que en esta materia presenta la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, la investigación que se propuso fue útil, porque nos permitió llegar a unas conclusiones que hicieron posible estructurar una explicación y una comprensión teórica del derecho fundamental a la salud y de los procesos para ampararlo y protegerlo. Fue viable porque la información sobre la Sentencia T-760/08 se pudo conseguir en la propia Corte Constitucional (el apoyo bibliográfico fue suministrado por las bibliotecas de la ciudad y libros especializados que se adquirieron). El recurso humano de que se dispuso estuvo capacitado para ejecutar este proyecto. Fue factible, por la financiación que la investigadora, en compañía de otros investigadores del mismo grupo de investigación, propuso en ella. Por otro lado, es innovadora porque no se ha hecho antes por parte de ninguna entidad en Cartagena, en

la forma y análisis que aquí se plantean, con un sustento histórico que muestra el punto de separación de la noción del derecho a la salud como elemento del derecho a la seguridad social y de los derechos sociales, económicos y culturales, para convertirse en un derecho inherente a la persona humana, es decir: un derecho fundamental.

III. DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación que se propuso fue descriptiva, bibliográfica, de tipo cualitativa, sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud conforme a la jurisprudencia constitucional vigente y el modo como las EPS han asimilado la existencia de un POS creado y reglamentado por dicha jurisprudencia, con el fin de proteger, de la manera más eficaz posible, este derecho fundamental.

En lo descriptivo, se expondrá la fenomenología económica, social y política de cómo se ha entendido desde la expedición de la Carta de 1991 y de la Ley 100 de 1993 el concepto de salud y cómo se protege al mismo desde la perspectiva de seguridad social. En lo bibliográfico, se ubicarán y precisarán las bases filosóficas, ideológicas y teóricas del derecho fundamental a la salud, tal como hoy lo entiende la jurisprudencia constitucional. En lo cualitativo, se analizará la revisión de la aplicación de los reglamentos y procedimientos establecidos en la Sentencia T-760/08 y por parte del Ministerio de Protección Social.

Como fuentes primarias, se usaron la Sentencia T-760/08, los reglamentos del Ministerio de la Protección Social y los procedimientos estipulados por las EPS. Como fuentes secundarias se usaron la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional y la línea jurisprudencial en materia de salud de esa misma Corte, además de las obras señaladas en la bibliografía.

La base metodológica fue la expuesta por el jurista Jaime Giraldo Ángel en su obra *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, señalando como primer aspecto que “el objeto del derecho es la regulación de los comportamientos sociales que tienen relevancia

para un Estado en un momento histórico determinado” (1985, p. 1). Lo que se hizo fue una investigación jurídica, en el entendido de que el supuesto teórico del método es: el Derecho y, por tanto, la normatividad, emanan del grupo social y, por consiguiente, expresan la forma en que deben establecerse las relaciones sociales según dicho grupo.

IV. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO ECONÓMICO Y SOCIAL EN COLOMBIA

Por caro que resulte el seguro social, resulta menos gravoso que los costos de una revolución.

Otto von Bismarck.

Durante los siglos XVIII y XIX Alemania había pasado por situaciones históricas bastantes significativas que, sin duda, permitieron que el establecimiento de un seguro fuera un modelo mixto y no de iniciativa privada. El territorio alemán había pasado por un proceso de unificación en el que los estados más sobresalientes eran Prusia y Austria. Alemania era entonces un territorio de divisiones políticas y de desigualdades económicas. La aristocracia terrateniente –*junkers*– procuró por la creación de un mercado común, lo cual fortaleció la economía y la unidad de alemanas. En principio, Alemania intentó salvaguardarse del liberalismo, a través de las alianzas entre Prusia y Austria, y posteriormente con otros Estados. Sin embargo, en 1871, tras la guerra franco-prusiana, que terminó con el gobierno imperial de Napoleón III y la proclamación imperial de Guillermo I, se dispuso la unificación de los Estados alemanes en torno a Prusia, excluyendo a Austria. Prusia, finalmente, se convirtió en el imperio alemán bajo el liderazgo del canciller Otto Von Bismarck.

El sistema político bismarckiano propició la implementación de dos fenómenos insólitos para su época: un “socialismo” de Estado, a su vez soportado por un “capitalismo” de Estado, y la implementación de los seguros sociales. En un principio Alemania sustituyó el librecambismo y la primacía de la ley de la oferta y la deman-

da por un sistema proteccionista basado en la concentración de la propiedad industrial, conocida con el nombre de *kartell*. Posteriormente, en 1881 se establecían en este país los créditos estatales para crear cooperativas de trabajadores: el 15 de junio de 1883 se expide la ley del seguro de enfermedad para obreros; en 1884, la de accidentes de trabajo con financiación de las empresas; en 1889, la de seguro de invalidez y vejez; por último, en 1911 se dictan la ley sobre seguro de viudedad y orfandad y el Código de los Seguros Sociales.

Este seguro se caracteriza por cubrir a quienes cuentan con un contrato de trabajo. Es obligatorio pero para los trabajadores, por lo que no persigue la universalidad, ya que no emplea recursos fiscales para financiar el aseguramiento de personas distintas a los empleados. Los riesgos se cubren mediante la realización de un aporte o contribución, única a cargo del empleador, o compartida con el trabajador y el Estado. Sólo los accidentes de trabajo son cubiertos en su totalidad por el empleador. Las cotizaciones al sistema se diferencian según el nivel de rentas; de igual forma, las prestaciones que cubre el sistema era proporcional al nivel de rentas: este sistema posibilita los esquemas de administración diferenciados por riesgos cubiertos y por grupos poblacionales.

La evolución de la Seguridad Social desde un sistema asistencial hacía su concepción de derecho, estuvo ligada a un proceso de injusticias y de luchas sociales. Entre los acontecimientos más importantes de este periodo, destacamos la proclamación, en 1924, de Hitler sobre el derecho alemán a la conquista y anexión de territorios ajenos. Así quedó consagrado en el *Mein Kampf*: “la Austria germana debe volver al acervo común de la patria alemana”. Otro de los acontecimientos importantes en el mundo durante este periodo, fue el llamado “Crac del 29”: esta crisis consistió en la caída de la bolsa de valores de Estados Unidos; se desarrolló desde el denominado “jueves negro” del 24 de octubre de 1929 y se prolongó durante un mes. Según Hakim Joy (1995), en su obra *The history of US: peace and all that jazz*, cien mil trabajadores americanos perdieron su empleo en un periodo de tres días.

La teoría del liberalismo clásico, expuesta por Smith, sostenía que el crecimiento económico depende de la libertad dentro de la sociedad, ya que así cada individuo, buscando satisfacer su propio interés, beneficia a toda la sociedad. Esta teoría, cuyo mecanismo es la “mano invisible en la economía”, es decir, dejar el actuar natural de la ley de oferta y demanda, debía ser cambiada en el mundo por un modelo económico que permitiera sobrepasar la crisis de 1929. Keynes orientó el modelo de Estado intervencionista al postular la intervención del Estado en el mercado libre; nacería así, después de la segunda Guerra Mundial, el *Welfare State*. El mecanismo de salvación de la economía mundial y, particularmente de la economía estadounidense, proponía la generación de empleos y beneficios económicos a ciudadanos, asumiendo que quienes rescatarían el país serían los compradores, las personas con poder de adquisición y conformes, que no salieran a las calles a hacer *bad press* (mala prensa) al mercado americano. Así en Estados Unidos se desarrollaron políticas públicas que culminaron con la *social security act* (la ley de seguridad social), aprobada por el congreso el 14 de agosto de 1935. Por medio de ella se reorganizaban las relaciones de trabajo como parte de la visión económica de la competencia leal; el Estado además no se limita a garantizar una seguridad elemental a los ciudadanos, sino que debía procurarles el nivel de vida indispensable para garantizarles su propia dignidad de seres humanos.

Mientras esto se presentaba en los Estados Unidos, en el mundo la caída de la bolsa de valores americana generaba grandes controversias, principalmente en Gran Bretaña y en Francia. Por otra parte, el mundo se movía al ritmo implementado por Alemania, el país mayormente desmejorado con el Tratado de Versalles, inconforme, desmoralizado, y grandemente endeudado con la nación americana. Es entonces cuando Hitler propone la conquista y la adición de territorios: en 1938 Austria y Checoslovaquia habían sido anexados y en 1939 lo fue Eslovaquia. Ningún gran país europeo estaba dispuesto a enfrentar otra guerra por la defensa de esos territorios. Ese mismo año Hitler reclamaba Polonia; la Italia de Mussolini invadía

Albania, también por las razones de consanguinidad expuestas por Hitler para Alemania, y el 22 de mayo Italia y Alemania sellaban el Pacto de Acero por el que unían su suerte y su destino. Ese mismo año, el 23 de agosto, se firma un pacto de no agresión entre la Unión Soviética y Alemania.

El día 3 de septiembre de 1939, finalmente Gran Bretaña y Francia le declaraban la guerra a Alemania. Francia fue el primero en ser humillado, sus tropas cedían en 1940 y el 22 de junio de ese año se firmaba la rendición en París. El 23 de agosto de 1940, Alemania atacaba a Gran Bretaña y, en 1941, se lanzaba contra la URSS. Stalin sostuvo el peso de la guerra desde julio de 1941 hasta el 6 de junio de 1944. Según explica Jean Lacoutur, “reelegido en noviembre de 1940, Roosevelt puso en marcha una ley para prestar o arrendar el material bélico que pudiera necesitar cualquier país cuya defensa fuera vital para la seguridad de los Estados Unidos”. En frase del propio Roosevelt aquel era “el arsenal de las democracias (1973, p. 31). El mandatario norteamericano aprovecharía la guerra para impulsar el poderío mundial de su nación. Sin embargo, cuando Japón destruyó gran parte del potencial aeronaval de los Estados Unidos en 1941, la nación se vería forzada a entrar guerra. En febrero de 1945 se anunciaría el final de la Guerra, Alemania quedaba nuevamente derrotada. Ahora sin atenuantes, la URSS se imponía como una potencia en el mundo al lado de Estados Unidos.

Sin duda, las consecuencias de la guerra fueron trascendentales en la construcción del mundo que hoy conocemos, marcado también por la posguerra, los enfrentamientos bélicos de Corea y de Vietnam, la guerra civil en Grecia y al desarrollo del espionaje a nivel mundial. Sin duda el mundo cambió a nivel económico, político y por supuesto a nivel social.

Ante el hundimiento general del poderío europeo, emergían Estados Unidos y la Unión Soviética como las grandes potencias. El desarrollo del cine ruso y de la visión política rusa en el mundo, la consolidación de bloques económicos en Europa que ayudaran a solventar la crisis (la Comunidad del Carbón y del Acero

en 1950), la humanización del mundo con la consolidación de las Naciones Unidas, la firma del protocolo de Kioto para la protección del ambiente después de los desastres causados por las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki, el desarrollo del derecho a la seguridad social y del trabajo, y, como aspecto más relevante, el modelo del Estado Benefactor o de Bienestar en algunos países del mundo.

En lo que a la seguridad social se refiere, Gran Bretaña en 1941 anuncia ante la Cámara de los Comunes un comité interministerial que debía examinar los sistemas de los seguros sociales existentes a escala nacional y presentar sus recomendaciones. De aquí nace el Informe Beveridge en 1942, que se presenta como un modelo universalista de la seguridad social: se plantea como un sistema no contributivo, financiado prioritariamente con impuestos. Este informe sería ejecutado por el partido laborista a partir de 1945. El plan se estructura en los siguientes pilares básicos:

a) es revolucionario, sin desconocer la experiencia, debe adoptarse superando intereses particulares, por lo que implica una modificación de orden actual; b) la seguridad social es parte de una política de progreso social; y c) la seguridad social debe ser lograda por la cooperación entre el Estado y el individuo. El plan de Beveridge incluye como método principal el seguro social obligatorio, con asistencia pública nacional y seguros voluntarios como sistemas subsidiarios, el plan prevé, igualmente, el establecimiento de servicios completos de salubridad, atención médica y servicios de convalecencia o restablecimiento y continuidad de trabajo como condiciones necesarias para asegurar el éxito de los seguros sociales (Cortés, 2009, p. 37).

El modelo inglés se presentaba entonces como un sistema que cubría a todos los ciudadanos; aplicaba subsidios públicos buscando así la universalización; se basaba en un esquema de aseguramiento sin desconocer los fundamentos del seguro privado; se financiaba a través de impuestos; presentaba una única cotización y las

prestaciones en dinero tenía un nivel uniforme. Por último, planteaba esquemas de seguridad social adicionales y, como aspecto principal, la administración del sistema era pública.

El informe en Gran Bretaña dio lugar a cuatro leyes: la de accidentes de trabajo en 1946, la de subsidios familiares en 1945, la del servicio nacional de salud en 1946, y la ley de servicios de asistencia y previsión social en 1948. En Francia los principios del informe inglés llevaron a plantear la unidad del seguro. Así mismo, inspirados en dicho informe, algunos Estados europeos como Bélgica, Suiza y España, reorganizaron los sistemas de seguridad social. Colombia, por su parte, organizó su sistema mediante la Ley 90 de 1946 o régimen de seguros sociales.

En virtud de estos hechos, la Seguridad Social ya no se concibe exclusivamente como estatal, sino que la gestión de las empresas privadas se tiene en cuenta, surgiendo así entidades especializadas en el manejo pensional, en el servicio de salud y en el aseguramiento de los riesgos profesionales. Al igual que los sistemas basados en la capitalización individual, algunos en forma tradicional y en otros casos como sustitutos definitivos del sistema tradicional de seguros sociales. La evolución de la seguridad social en lo que hoy conocemos como “derecho a la seguridad social”, adquiere relevancia en el mundo y se reconoce, no como mera condición humana, sino que compromete a los países del globo en la consecución de los principios mínimos de vida. Como ejemplo de ello tenemos la Declaración del Milenio, suscrita en septiembre del 2000, conformada por ocho compromisos audaces para alcanzar un desarrollo sostenible a favor de las gentes más pobres. Sus objetivos son: mejorar la salud materna, combatir el sida, el paludismo y otras enfermedades, y fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Un análisis histórico de la prestación del servicio público de salud en nuestro país, muestra que este ha estado en medio de dos enfoques antagónicos que no se han tratado de armonizar: el de la salud como “sistema” y el de la salud como “derecho”. En el primer caso se habla de la prestación de este servicio como una

actividad ceñida al marco de la administración de empresas, donde prima una gerencialidad propia del Derecho Privado, guiada de modo estricto por los principios económicos. En el segundo caso, se considera la salud como algo immanente a la persona y que emana de la dignidad humana, sin la cual no podemos conceptualizarla. La historia de la seguridad social en Colombia, al igual que en los países latinoamericanos, tuvo un proceso lento, enmarcado por múltiples reformas.

El avance en el sistema de seguridad social y en la concepción de lo que hoy conocemos como seguridad social, se ha logrado en una cadena de normativas que hasta hoy podría parecer de no acabar. En un principio, mucho antes de 1991, cuando la jurisprudencia nacional no tenía quizá tanta trascendencia como la tiene hoy día, los múltiples decretos y leyes parecieron ser la respuesta a las inconsistencias del sistema y de sus instituciones. Hoy, después de muchas consideraciones jurisprudenciales, encontramos en la sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 la necesidad de nuevos cambios, no solo expresados desde el análisis de la norma en el marco constitucional, sino desde el análisis del sistema mismo, de su estructura y funcionamiento, acorde con los principios constitucionales. Consideramos que el replanteamiento no debe dirigirse a la manera como se las arregla el sistema para funcionar, sino a los aspectos sustanciales que fundamentaron el sistema, en enmarcar su adecuación con modelo de Estado Social de Derecho y el sistema económico capitalista que nos caracteriza.

En Colombia se eligió el modelo del seguro social alemán, que centra la protección en los asalariados, en vez de orientar el sistema al conjunto de la población. A pesar de los reconocimientos de las normas antes señaladas, no puede descuidarse que durante 1953, durante el gobierno militar de Gustavo Rojas Pinilla, la violencia ocasionada por la guerrilla se extendía a todo el territorio nacional. Este tinte militar guio al mandatario para que su primera tarea fuese la de pacificar el país, además de intentar sin éxito la fundación de un nuevo partido (MAN) que apoyara su régimen militar, pues los partidos tradicionales no permitirían

más competencia. Este intento en realidad fue una reacción a la creación de la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT), ocurrida en 1954, y que simpatizaba con el peronismo argentino.

A su vez, el enfrentamiento entre ejército y grupos universitarios era constante. El ejército emprendía también ofensivas contra el campesinado, de lo cual resultó bombardeada la población de Villa Rica. En estas condiciones, el reagrupamiento de guerrillas era de esperarse. Este aspecto social deterioró la economía interna del país, que ya se veía afectada por el mal uso de las divisas provenientes del café y el aumento considerable del contrabando. En esta crisis el ICSS tuvo que enfrentarse durante sus primeros años al déficit hospitalario, unido a la escasez de médicos. Este problema marca las tareas desarrolladas por el instituto e incluso daña su imagen, pues en la fase inicial no cuenta con buenos servicios hospitalarios. Además, los costos de la asistencia médica llegaron a representar el doble de lo estimado. En el fondo del problema estaba el hecho de no haber montado el seguro pensional que permitiera una capitalización y la imposibilidad que tuvo el seguro para manejar las cesantías. En tales circunstancias la entidad quedó en imposibilidad de financiar obras de envergadura en materia de salud y debió limitar el número de afiliados por las dificultades financieras para tener hospitales propios.

El ICSS nació en medio de dificultades y así se sostuvo hasta el cambio de modelo económico propuesto durante la etapa de Cesar Gaviria. Para enfrentar las dificultades que el cambio de modelo económico ocasionaba en el territorio nacional, antes del modelo de la apertura económica rigió en Colombia el modelo de sustitución de importaciones, el cual buscaba reemplazar, por medio de la industrialización, los productos importados de consumo masivo. Para eliminar las presiones que esas importaciones ejercían sobre las escasas divisas del país, este control de las importaciones se ejercía con las barreras arancelarias y las licencias, al tiempo que se ofrecían subsidios a las exportaciones. Un modelo de apertura económica permitió que la orientación hacia el mercado interno se cambiara por una nueva, dirigida hacia la

competencia internacional y hacia la ampliación de los mercados externos, lo cual exigía la reestructuración en la elevación de la eficacia y la dinámica industrial. En consecuencia, a principios de los años 90 se emitió un conjunto de medidas orientadas a liberar las importaciones y a reducir los aranceles como un primer paso del proceso de apertura, buscando modernizar el aparato productivo y eliminar, con medidas políticas de mediano plazo, la falta de cultura exportadora que había caracterizado a Colombia y que impidió que se sacara más provecho de la bonanza cafetera, cuando Brasil sufría las heladas, o la mejor utilización de los recursos petroleros en las administraciones correspondientes.

En Colombia se produce, en esta etapa, un cambio institucional significativo: la convocatoria de la asamblea constituyente, cuya actividad finalizó con la Constitución de 1991. A partir de esta nueva constitución se iniciaron reformas para racionalizar el tamaño del Estado. Es así como, con la reforma administrativa de 1992, que constaba de 62 decretos, se procuró hacer un rediseño institucional. El Instituto de Seguros Sociales fue reestructurado mediante Decreto 2148 de 1992: se cambió su naturaleza jurídica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado; se dispuso la separación contable y financiera de cada uno de los seguros; se favoreció el retiro masivo de funcionarios y se introdujeron cambios en la organización de los sistemas médico-asistenciales. El gobierno, representado por el Ministro de salud de entonces, Juan Luis Londoño, planteó la propuesta unificada que se denominó “pluralismo estructurado”, que tras discutirse en el Congreso de la República, se convirtió en el sistema general de seguridad social en salud. Finalmente, el 23 de diciembre de 1993, el Congreso expide la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Comenzaba otra época histórica.

La declaratoria del “estado de cosas inconstitucionales” constituye la conclusión principal de la Sentencia T-760 de 2008, al igual que la declaración de la Corte, según la cual, si la Comisión de Regulación en Salud no está integrada y funcionando, las órdenes deberán ser cumplidas

por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Con esto, la Corte le imponía nuevas funciones a una autoridad administrativa. Como solución al caso, en la doctrina constitucional, la Corte ha expresado que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho,

le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.

(...)

Lo anterior implica que las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad. Ello se ve reflejado, entre otras, en el artículo segundo de la Carta: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad (...), *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, (...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.* Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (...)

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, pro-

gramas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y, al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado ‘*cláusula de erradicación de las injusticias presentes*’. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos (T-025 de 2004).

En consonancia con lo dicho en esta sentencia, la Corte Constitucional define el “estado de cosas inconstitucional” como aquel en que:

se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales– y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales (T-025 de 2004).

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete

la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador (T-025 de 2004). Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo: está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que sea cumplido el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en Colombia, y los compromisos definidos para ésta sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia.

En este sentido la Corte, al impartir las ordenes descritas y hacer la valoración del sistema general de la salud en Colombia, formula un estado de cosas inconstitucionales que abarca todas aquellas situaciones en que se da la violación de los derechos del ciudadano. Así, a partir del decimosexto acápite de la parte resolutoria de la sentencia, la Corte imparte ordenes específicas a cada una de las entidades que conforman el sistema general de salud y, además, nuevamente le asigna por vía jurisprudencial funciones administrativas a dichas entidades. En el trigésimo segundo acápite, la Corte ordena a la Secretaría General de esa corporación a remitir copia de dicha sentencia al Consejo Superior de la Judicatura para que la divulgue entre los jueces de la república, como una forma efectiva de difusión en la rama judicial, la cual debe, a partir de entonces, ceñirse a las directrices planteadas en ellas.

En resumen, considerar la salud como derecho fundamental tiene cuatro implicaciones fundamentales desde la teoría del derecho constitucional:

- Así pues se presenta un choque de principios, y de tipo conceptual, entre la noción de salud limitada por el presupuesto, establecida en Ley 100 de 1993, y la nueva definición de salud como derecho fundamental establecido en esta sentencia.
- La aplicación inmediata del derecho a la salud y, en consecuencia, su tutelabilidad y exigibilidad directa y autónoma. Ya que lo desliga desde el punto de vista material de la seguridad social, tal como hasta ese momento se venía tratando. Aspecto este, terminantemente explicado por la corte al decir que:

No es cierto pues, que la categoría de derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

- La corte garantiza y crea mecanismos para garantizar el derecho a la salud, lo cual lleva a la “derogatoria” de una serie de decretos que reglamentaron antes de las sentencia e implica una nueva forma de control constitucional, puesto que a través de una figura propia del control difuso le hace un análisis a la constitucionalidad de las normas que declara inconstitucionales.
- Lo otro es que, al reconocer la salud como derecho fundamental, las nuevas leyes expedidas por el congreso en esta materia, deberían atender la doctrina constitucional estatutaria, lo cual involucra un control previo de parte de la Corte Constitucional. De esta manera, la corte se asegura el cumplimiento, por lo menos formal, de las ordenes impartidas en esta sentencia.

Para hablar de derechos fundamentales es necesario precisar lo que debe entenderse por tal, a la luz de los tratados y convenios internacionales, siendo la definición clásica la

que afirma que: *los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano por lo que se predicán de toda persona en razón a su dignidad humana*. Aunque existen múltiples variantes sobre el término, es este el que se utiliza mayormente por incluir en su texto los rasgos característicos de lo que el Derecho Internacional llama “derechos fundamentales”. Hay que señalar que los derechos fundamentales, aunque sean derechos humanos positivizados, en determinado ordenamiento jurídico, son independientes del poder político *per se*, y están más allá del Estado mismo, en cuanto constituyen la máxima expresión del ser. Luego, al considerar los derechos fundamentales como derechos humanos positivizados, adquieren los mismos rasgos y características de estos, por lo que su importancia es superior y anterior al Estado mismo, correspondiendo a la Constitución propender por su protección.

El concepto de Derecho supone necesariamente una unidad entre él mismo y el orden que lo soporta, en virtud del cual, la ideología o concepción que en ella se tenga de la sociedad, del mundo y del hombre se proyectan en el propio derecho. La historia muestra un camino que recorre desde la caridad a la asistencia social, los seguros sociales, la seguridad social y el derecho a la seguridad social. La seguridad social se consideró como un instrumento para abolir la necesidad y garantizar a todos los ciudadanos el derecho a un ingreso y a vivir en condiciones de salud. La OIT presenta para 1995 una definición de seguridad social así:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a la familia con hijos.

Esta definición se aceptó después de que la ONU, mediante la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* aprobada en 1948,

afirmara que toda persona tiene el derecho a la seguridad social, dándosele el carácter universal que el sistema tanto necesitaba. Esta declaración también contemplaba que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y el de su familia, por medio de la alimentación, la vivienda, la asistencia médica, y a la seguridad en caso de paro, invalidez, viudez, vejez o por pérdida de sus medios de subsistencia como consecuencia de circunstancias independientes de su voluntad.

De igual forma, en la Conferencia de Estocolmo de 1998, se discutió el presente y el futuro de la seguridad social, y se acordó un documento con compromisos básicos referidos a la seguridad social. Según este, la protección social es una responsabilidad ineludible del Estado y el objetivo básico de la protección es aliviar la pobreza. Se discutía entonces que la protección social pública para los que no pueden mantenerse a sí mismos es crucial para el bienestar de las personas privadas y las familias, así como para la economía de la sociedad en su conjunto.

Con esto se observa que el concepto de seguridad social trasciende las relaciones laborales, como antes se pensaba, y procura cobijar aun a quienes no tiene los medios para sostenerse. Para esta época los países del mundo habían aceptado que la protección social era necesaria, y ya se hablaba incluso de protección a la vejez, discapacitados y supérstites, y existían documentos como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, la Carta Social Europea y el Departamento de Protección Social y Desarrollo Humano del Banco Mundial. La cuestión más relevante era ver cómo se podían desarrollar los sistemas de seguridad social en un contexto global de alianza de la democracia, la economía de mercado y el Estado de bienestar.

El Estado de bienestar, o Estado benefactor, es aquel en el cual el aparato estatal tiene un papel como actor económico en la búsqueda de opciones de bienestar colectivo y de ayuda para solventar el conflicto social. Este modelo supone un conjunto de mecanismos destinados a mejorar las condiciones de vida de la población mediante la responsabilidad

estatal de corresponder con niveles adecuados de ocupación, de ingresos mínimos salariales y comprometido con la cobertura de las contingencias que afecten necesidades básicas de las personas, proveyendo servicios sociales. Tales planteamientos afectan directamente la economía nacional, pues orientan la redistribución de la riqueza nacional de tal forma que se logren las coberturas básicas a todos los asociados.

El Estado benefactor fue instituido después de la Segunda Guerra Mundial, y la realidad es que no fueron las acciones altruistas las que pujaron en su formación, sino la preocupación de una economía capitalista que, habiéndose instituido durante muchos años en el mundo, peligraba después del *crac* de 1929 y de la Segunda Guerra. En ese momento tenía como mayor representante a los Estados Unidos de América. Aunque este país había resultado favorecido de la guerra, en la memoria nacional habían quedado sus derrotas en *Pearl Harbor* a manos de la armada imperial japonesa, y en la guerra de Vietnam; de ahí que necesitara tapizar los vicios de este sistema económico. Otro aspecto que pone de relieve la necesidad de humanizar la gestión del Estado es la presencia de la ideología marxista, que a través del Comunismo o el Socialismo se iba extendiendo por todo el mundo y tenía como principal representante a la URSS, la otra gran potencia mundial del momento.

La Constitución de 1991 está basada en valores que por su naturaleza son ambiguos, es decir, que es el intérprete quien los dota de sentido. Ante esta realidad surge el siguiente interrogante: ¿Qué tanto le conviene eso a un país; pueden funcionar así una democracia y un estado social de derecho? En principio la respuesta es: no puede, dado que la coherencia de una sociedad depende de las políticas gubernamentales que ejecutan y desarrollan los derechos plasmados en la constitución.

El problema fundamental es que el Estado Social de Derecho es una confesión ideológica basada en el intervencionismo del Estado en la economía y el capitalismo social, mientras que el Neoliberalismo, en términos prácticos, niega

todo esto. Por otra parte, según la Sentencia T-406 de 1992, el Estado necesariamente tiene que hacer un fuerte gasto social. Sin embargo, las políticas neoliberales determinan que el estado *no debe hacer gasto social*, ya que esto produce “pérdidas”, en virtud de que no hay forma de que la economía pueda medir su crecimiento a partir de ese gasto. En consecuencia, según este modelo, la acción del Gobierno debe ser la de un coadyuvante de todas las fuerzas sociales para que se encaminen hacia un cierto tipo de gasto. Por eso es que los gobiernos colombianos han mirado la salud desde la perspectiva de los criterios de eficiencia, eficacia y universalidad que se mide por indicadores de enfermos atendidos, ingresos por cuotas, valor de las medicinas, entre otros, *sin medir la calidad del servicio*.

La ley define a la salud como un servicio público esencial y por esto es que se habla de un sistema de solidaridad, visto en últimas como caridad del Estado. Se crea un sistema mixto administrado y controlado por el Estado en asocio con entidades territoriales, sus entes descentralizados y personas privadas autorizadas para tal efecto. Así, el sistema se compone esencialmente de un sector privado representado por las EPS e IPS y de un sector público, representado por las direcciones de las entidades territoriales, bien sean seccionales, departamentales o locales de salud, las IPS públicas, EPS y ESE y el Fondo de Solidaridad y Garantías en Salud (FOSYGA). De allí la existencia de dos sistemas coexistentes: el contributivo y el subsidiado.

Sin embargo, los actores principales de la salud en Colombia, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, han sido las Entidades Promotoras de Salud (EPS), que son las responsables de la afiliación, el registro y la carnetización de los afiliados, y del recaudo de sus cotizaciones (por delegación del FOSYGA). Por otra parte, la oferta de los servicios médicos corresponde a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). La función básica de las EPS consiste en organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a los afiliados al sistema y girar, dentro de los términos previstos en el estatuto de

seguridad social, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación que les reconoce el sistema, más las licencias de maternidad pagadas por ellas al FOSYGA. Desde su creación, las EPS reciben ingresos por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el POS a cada afiliado; así, el FOSYGA paga a cada EPS un valor per cápita, que se denomina pago por capitación (UPC) y además de los pagos de las cuotas moderadoras en el sector privado. Pero llama la atención el hecho de que ellas, conforme a la ley, solo estaban obligadas a garantizar el POS.

El POS es definido como el plan obligatorio de salud que se brindará a los afiliados del sistema en distintas fases como son: educación, información y fomento de la salud, y prevención, diagnóstico, **tratamiento y rehabilitación de la enfermedad padecida, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica**, según los diferentes niveles de complejidad establecidos. La parte en negrillas ha resultado ser la hija fea del sistema, puesto que conforme a la realidad, los tratamientos y rehabilitaciones de enfermedades resultaron ser más costosas de lo previsto por las EPS y los medicamentos genéricos no funcionan para todas las enfermedades y tratamientos. Se pone de presente una clara antinomia entre el mandato constitucional de proteger la salud, y la lista establecida en el POS, puesto que mientras las EPS se crearon con un sentido empresarial, la realidad es que la salud no es un negocio. Es a partir de esta contradicción inicial, soportada en la Ley 100 de 1993 y sus innumerables decretos reglamentarios, que nace la “odisea constitucional de la Corte y de la acción de Tutela”. Después de todo, la Corte entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su ‘mínimo vital’. Como lo ha reiterado en varios casos la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital no es una cuestión *cuantitativa* sino *cualitativa*.

Sin embargo, para la jurisprudencia constitucional no es aceptable que una EPS se niegue

a la prestación de un servicio de salud no incluido dentro de los planes obligatorios, porque el interesado no ha demostrado que no puede asumir el costo del servicio de salud requerido. La EPS cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica. Esto, sin necesidad de que se acuda a la acción de tutela. Ahora bien, de presentarse esta, la EPS debe aportar la información al juez para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o de cuotas moderadoras. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la T-406 de 1992 amplía por primera vez el alcance de la acción de tutela, al adquirir esta una vida procesal sujeta a lo que la corte disponga de ella; por lo que estamos ante un proceso de creación jurisprudencial. Esta sentencia de tutela es histórica porque es el punto de partida del derecho procesal constitucional. Tales alcances del derecho a la salud implicaron una gran cantidad de conflictos frente a los aportes que garantizaban los servicios a los que tenía derecho un sujeto y que la Ley 100 de 1993 no consideraba, en razón a ignorar la teoría de los derechos fundamentales, lo cual implica que el Estado no haga erogaciones para subsidiar servicios a la salud. Obvia visión neoliberal.

Así, la Corte ha elaborado por vía de Jurisprudencia, algunas reglas generales para resolver dudas acerca de la pertenencia de un servicio de salud al POS, y otras reglas específicas aplicables a hipótesis concretas de exclusión. La primera de ellas afirma que:

Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender

que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud”.

Sobre la justificación de este criterio a la luz del derecho a la salud señaló la Corte:

El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. (...) Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos. (...) A esta solución podría oponerse la regla establecida en el artículo 18 literal i) de la misma resolución, conforme a la cual están excluidas las ‘actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual’. (...) dicha disposición no prohíbe el suministro de los elementos requeridos para realizar el procedimiento, intervención o actividad, sino que prohíbe actividades, procedimientos e intervenciones no contenidas en el manual.

La segunda hipótesis planteada por la Corte para determinar si un servicio pertenece al OS, es la siguiente: “Si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el *principio pro homine*”. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva, a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia, buscando la vía que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona.

CONCLUSIONES

Ante las dificultades estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la diversidad de la regulación normativa, la desdibujada naturaleza del Derecho Constitucional y las generalizadas violaciones y atropellos a la dignidad y a la vida de los colombianos, la Corte Constitucional emitió la Sentencia T-760 de 2008. Ésta última representa un intento de superar un estado de cosas inconstitucionales y, mediante una nueva visión económica del servicio público de salud, una manera de garantizar el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental autónomo.

Este ideal asemejaría la concepción del derecho a la salud en Colombia —en reconocimiento al principio de dignidad humana y al concepto de vida como la posibilidad de desarrollo integral— a la reconocida por la OMS al definir salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. No obstante, como servicio público, la salud ha debido ajustarse a los parámetros dispuestos para la regulación del servicio que se desprenden del artículo 49 constitucional pero que, dada la diversidad de obligaciones, acciones y compromisos que de él se desprenden, debe negociar con las condiciones económicas dispuestas para su desarrollo por parte del Estado colombiano.

La conclusión de la Corte Constitucional sugiere que la noción de servicio público, a pesar de ser prestada por particulares, no puede responder a un negocio sin sentimientos, y el pago deberá ser asumido por el capital aportado por la EPS; en otras palabras, el riesgo comercial lo asume la EPS. La consecuencia de esta sentencia es tal, que el Legislador sólo debe convertir en ley lo dicho en ella por la Corte. Sin embargo, a pesar de no contradecir lo señalado por la Corte Constitucional en su sentencia, el Legislador reinterpreto algunos señalamientos hechos en la Ley 1438 de 2011, que si bien señala la prohibición de la excesiva rentabilidad de las EPS, las herramientas dispuestas para ello no son del todo claras. Con la reforma a la salud se esperaría, entre otras situaciones, que las personas pudiesen elegir en forma libre la

EPS a la cual quiere ser afiliado. No obstante, no establece la forma en que el usuario puede renunciar y el plazo que deberá establecerse para hacer efectiva la desafiliación a la entidad.

El acceso a la salud estará supeditado al presupuesto del Estado, que será el que otorgue directamente la sostenibilidad fiscal en la prestación del servicio y además se condiciona la obtención de los excedentes de los gestores a sus resultados en salud; todo ello midiendo la calidad del servicio, situación que sin duda será motivo de presiones para que la entidad creada para vigilar por la calidad apruebe la gestión en salud de cada EPS. En estas circunstancias, el modelo económico se mantiene y el gremio económico en salud sólo encuentra un par de barreras formales representadas en nuevos organismos que fácilmente serán sobrepasados por el carácter empresarial que hoy, más que nunca, revierte la prestación del servicio a la

salud que se hace evidente al tener que señalar la ley un enfoque diferencial para evitar la marginación y la discriminación en la prestación de salud, aun en un país que se ciñe al principio constitucional de igualdad.

La ley 1438 de 2011 hoy se sostiene como puede, en dos años bajo el seguimiento realizado por la Corte Constitucional al acatamiento de su sentencia y ante el centenar de actos administrativos expedidos por las autoridades involucradas. A todo esto, el gobierno todavía no presenta con claridad el manejo y la forma en que será destinada la Unidad de Pago por Captación (Comisión de Regulación en Salud, Acuerdo 032 de 2012). Razón tenía el Ministro de Salud Alejandro Gaviria, defensor de la reforma, al señalar que este era el principio a la solución de los problemas en salud en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CORTÉS, Juan Carlos. 2009. *Derecho de la protección social*. Bogotá: Editorial Legis.
2. DE SOUZA, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
3. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. 1985. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
4. HITLER, Adolfo. 1995. *Mein Kampf. Mi Lucha*. Bogotá: Ediciones Wotan.
5. LACOUTURE, Jean. 1973. *Historia mundial desde 1939*, Barcelona: Salvat Editores.
6. MESA-LAGO, Carmelo. 1977. *Modelos de la seguridad social en América Latina*. Buenos Aires .
7. PASTORINO, Fernando. 1989. *Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
8. PIRENNE, Jacques. 1971. *Historia Universal*. Tomos 1 al 10. España : Ed. Éxito.

Otros recursos bibliográficos

1. Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>
2. El futuro de la seguridad social, Conferencia de Estocolmo, 1998. [http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/seg_soc/futuro_sesoc\[aiss\].pdf](http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/seg_soc/futuro_sesoc[aiss].pdf)

Sentencias de la Corte Constitucional revisadas para la construcción del análisis

1. Corte Constitucional, Sentencia T 406/ 1992. M.P. Ciro Angarita Barón
2. Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz
3. Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz
4. Corte Constitucional, Sentencia SU 250/ 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero
5. Corte Constitucional, Sentencia T-837 de 2006 MP Humberto Antonio Sierra Porto
6. Corte Constitucional, Sentencia T-888 de 2006 MP Jaime Araujo Rentería.
7. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra
8. Corte Constitucional, Sentencia T- 760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa