



Título: Abuelo Colibrí
Técnica: Ilustración digital
Año: 2013

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA*

* El artículo es un escrito que se articula con la investigación que actualmente se está realizando sobre el “Concepto de la Seguridad Social: Reconstruyendo Conceptos”. Investigación que se encuentra registrada en el CODI y que está en su fase de desarrollo

Pertenece al proyecto de investigación_ Derecho a la seguridad social. Reconstruyendo conceptos.

Investigador principal: Jaime León Gañan Echavarría Acta CODI: 643 del 30/10/2012 - Convocatoria Programática de Ciencias Sociales Humanidades y Artes -2012-

Fecha de inicio: 05/02/2013.

Fecha de recepción: febrero 5 de 2014

Fecha de aprobación: mayo 16 de 2014

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA

*Jaime Gañán**

RESUMEN.

La tensión entre Sistemas Únicos de Salud y Sistemas de aseguramiento es una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciables, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia de la salud colectiva y pública; y los otros basados en premisas de mercado, de costo-beneficio, de coberturas “universales”, de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

Palabras clave: Salud, derecho fundamental, libertad económica.

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND BUSINESS. COLOMBIAN AND LATINOAMÉRICA CASES.

ABSTRACT

Tension between Unique Health System and Assurance System is a reality in almost all Latin America, with prevalence in countries like Colombia. A tension almost permanent between the Fundamental Right to Health and The Private Insurance. First one based on focus of inalienable, universals and inherent rights to the human person, preponderating mostly in collective and public health; and the other ones based on market premises cost-benefit, “universal” coverage, Limited service plans, exclusions, copayments, prorated and recovery fees, logics settled down in the private insurance and the person’s affordability, and logically all kinds of access barriers in order to maximize incomes and make profitable health business.

* Abogado y docente investigador de la Universidad de Antioquia, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Especialista de la Universidad Pontificia Bolivariana.

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud es un verdadero derecho. No es caridad, ni es beneficencia. No es una mera expectativa o promesa vacía. Tampoco es igual a un Sistema, ni tampoco es solo un servicio. La salud es un derecho fundamental garantizado por los estados, que además de sus características como un verdadero derecho, también presenta una dimensión prestacional en su carácter de servicio público esencial.

Como derecho, normalmente se encuentra consagrado en las diferentes constituciones de los países latinoamericanos. En Colombia en la Constitución de 1991. En Brasil en la Constitución de 1988 y en Chile en la de 2005. No obstante ello, también se encuentra determinado en múltiples instrumentos jurídicos internacionales, que hoy hacen parte, en la mayoría de los países, de su normativa interna por vía del llamado bloque de constitucionalidad.

Tanto como derecho que como Sistema la salud se encuentra desarrollada en innumerables disposiciones de origen legal y reglamentario en la mayoría de los países de Latinoamérica. En el caso de Colombia es prolijo su desarrollo legal y reglamentario, en especial por medio de las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011 que crearon y reformaron el Sistema General de Seguridad Social en Salud; y en múltiples decretos reglamentarios. En Brasil en leyes como la Ley Orgánica de la Salud y la Ley que define la participación social en el SUS En Chile en leyes como la que regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud.

En el caso de Colombia y debido a la ubicación inicial del derecho a la salud en nuestra Constitución de 1991 mucho se ha dicho sobre su naturaleza jurídica. Quizá ha sido la Corte Constitucional de Colombia quien ha ido estabilizando vía jurisprudencial la iusfundamentalidad del derecho en cuestión. Decurso que ha sido controversial, no lineal, no pacífico y en veces ha sufrido serios retrocesos. No obstante, hoy parece haberse consolidado la fundamentalidad del derecho a la salud como un verdadero derecho fundamental autónomo, *per se* y directo.

No obstante la hoy pacífica concepción del Derecho a la Salud como un Derecho Fundamental directo, autónomo y *per se*, la tendencia en casi toda Latinoamérica parece ser la del aseguramiento de la salud y los servicios de salud en el marco de la creación de sistemas de aseguramiento en los cuales el sector privado es un actor intermediario y de gran poder decisivo en las políticas y desarrollos legislativos y reglamentarios de dichos países. Por ello, la dicotomía lo es entre los sistemas únicos de salud basados en el derecho y los sistemas de cobertura basados en el aseguramiento.

En ese marco de ideas, el negocio y el mercado de la salud han ido adquiriendo fuerza como actores importantes en los sistemas de salud actuales, en los cuales los agentes privados, como en el caso de Colombia, parecen haber cooptado el poder de gobernanza, y aun de control del Estado en bien de sus propios intereses y no del beneficio general de las personas, de su dignidad y de la aplicación del Principio Pro Homine. Por ello, la crisis actual de la salud en Colombia tiene sus raíces en la prevalencia del ánimo de lucro sobre el derecho fundamental a la salud.

Finalmente y en ese mismo contexto, la innovación e investigación parecen apuntar en los temas de salud, en especial en casos como el de los medicamentos y las tecnologías especializadas, hacia la misma tendencia, esto es hacia una investigación e innovación más de tipo comercial y de mercado que social y de desarrollo general de las comunidades.

La presentación seguirá, entonces, un temario dedicado a la argumentación de que la salud en un derecho humano fundamental autónomo, directo y *per se* diferente a la concepción de “Sistema” en el sentido estricto de la mayoría de las nuevas legislaciones latinoamericanas al respecto. Luego abordará, como tema principal de la conferencia, el referido a Colombia en su condición de caso paradigmático en Latinoamérica en cuanto la dicotomía Derecho vs Mercantilización. Luego se abordarán algunas breves consideraciones sobre el tema en países como Brasil y Chile y finalmente se harán unas breves reflexiones.

1. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SERIAMENTE FUNDAMENTAL AUTÓNOMO, DIRECTO *PER SE*.

Precisamente por su relación directa con la dignidad, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a

la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos en las normas internacionales y en aquellas de cada Estado, y no solo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela o de otro tipo de protección especial.

En tal sentido, el concepto de salud emerge como un concepto integral e integrador. Integral porque cobija al ser humano en todas sus dimensiones, no solo física sino también mental, emocional, espiritual, psicológica, y porque además lo abarca desde su individualidad, pero también lo hace desde su connotación colectiva, comunitaria y social. Integrador porque se encuentra relacionado en forma inescindible con otros factores determinantes para su materialización, tales como factores sociales, ambientales, servicios de salud y por supuesto los biológicos, al igual que con los determinantes estructurales de un Estado, esto es con sus políticas públicas de empleo formalizado, digno y decente, vivienda digna, educación integral, seguridad alimentaria, entre otros. Del mismo modo, el concepto de salud muta, por lo menos en teoría, desde la enfermedad como centro de su concepción al concepto de salud como la posibilidad de un pleno y armónico desarrollo de la persona y de la sociedad. Desde una concepción morbi-céntrica a una concepción cuyo eje sea el bienestar y la calidad de vida de las personas y de las comunidades. Desde la curación a los procesos de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. También cambia, desde sus orígenes mágico-religiosos a concepciones holísticas.

En consecuencia, el Derecho Fundamental a la Salud igualmente emerge como un derecho integral e integrador. Integral por el objeto que garantiza: la salud, e integrador por su relación sistémica e íntima con la mayoría de los derechos constitucionales, en especial con el derecho a la dignidad humana, al igual que con deberes y libertades. Derecho que debe ser garantizado por el Estado en su universalización: cobertura y acceso real y efectivo para todas las personas.

A través de los instrumentos jurídicos internacionales y de los convenios internacionales en seguridad social se expande el concepto de derecho a la salud desde su concepción individual a una de tipo colectivo. En el entendido que la salud es una cuestión de comunidad, la salud pública o colectiva trasciende las fronteras de la persona humana y se aloja en el concepto de comunidad y de sociedad nacional; pero trasciende las fronteras nacionales para convertirse en un derecho de magnitud y vinculación internacional¹.

1 A través de múltiples instrumentos internacionales de tipo general, como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los instrumentos específicos referidos a la salud de una población en especial, como: Declaración de las Naciones Unidas

Por lo menos en teoría, el derecho a la salud ha devenido en un tema de agenda global como un imperativo ético mundial, no solo como derecho internacional sino como responsabilidad social de todos los pueblos en búsqueda de un mayor y mejor bienestar y calidad de vida para los ciudadanos del mundo². La solidaridad aquí vuelve a sus orígenes. A una solidaridad ética y moral, esta vez globalizada respecto de la salud.

El Derecho a la salud como derecho fundamental directo, autónomo y *per se*, lógicamente no es ilimitado, pero sí debe responder a claros criterios de concertación de políticas públicas, de normativas, de evidencias que permitan una estructuración a largo plazo de su contenido esencial como asunto de Estado y no solo como un asunto de gobiernos, estructural y no solo de reformas coyunturales. Debe responder a la teoría de que los derechos fundamentales son principios o mandatos de optimización³, y en ese sentido deben responder, también, a efectivizar principios tan importantes como los de progresividad y prohibición de reversibilidad⁴. Principios que bien son en principio referidos a los derechos sociales, en la actualidad deben ser leídos con relación a todos los derechos en función del mejoramiento continuo de la calidad de vida de todas las personas y comunidades, y por supuesto de la búsqueda continua de la calidad de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales en torno de la concepción de servicios públicos esenciales.

Precisamente, en cuanto la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, y especialmente en lo relacionado con el Derecho a la Salud, es importante resaltar los elementos esenciales que a la luz del Bloque de Constitucionalidad deben tener los servicios esenciales para que se materialice en forma real el supuesto que subyace de vida digna en cada uno de tales derechos.

En tal contexto, los elementos esenciales del derecho a la salud se encuentran, según la Observación General 14, dentro del contenido normativo del artículo 12

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, Declaración de los Derechos del Niño, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Pero también a través de tratados y convenios entre países.

- 2 No en vano se han impulsado acuerdos como el Protocolo de Kioto en 1997, o los congresos que bajo la denominación de “*Equidad, ética y derecho a la salud: desafíos a la salud colectiva en la globalización*” se realizaron en Brasil en 2007. Ver, por ejemplo, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, 1986. El Organismo Andino de Salud perteneciente al Sistema Andino de Integración, constituido en 1971 y del cual hace parte Colombia. La misma OMS.
- 3 Véase Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Pág. 67.
- 4 Confróntese con la Observaciones 3 y 14 de Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

del PIDESC⁵ y constituyen el marco de condiciones fácticas que propenden por la eficacia real del derecho a la salud⁶. En tal sentido la Observación General 14 determina como elementos esenciales la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

En cuanto a la disponibilidad, se refiere a que las instalaciones sean suficientes y adecuadas, tanto para la atención y servicios de salud como para su promoción y la prevención de la enfermedad.

La disponibilidad, obviamente implica la existencia de dotación necesaria, de acuerdo con el nivel de atención y de complejidad, además de insumos básicos para la prestación de los servicios administrativos y de atención en salud.

De su parte, el elemento de accesibilidad abarca la existencia efectiva de medios de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, y no solo su existencia⁷.

La aceptabilidad es el respeto por el pluralismo, por la multiculturalidad y la diferencia, por el libre desarrollo de la personalidad en los términos del respecto por el otro y por el interés general, las garantías de las comunidades y sus libertades.

Finalmente, el elemento esencial de la calidad se refiere a la oportunidad, eficiencia, eficacia, continuidad del servicio público de salud en establecimientos bien dotados⁸ y con un excelente mantenimiento, protocolos y guías estructuradas por equipos interdisciplinarios.

La existencia real de las condiciones de los elementos esenciales referidos debe invitar, en palabras de la OMS y de la propia Observación 14, al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente a cada individuo.

De los elementos anteriores se pueden destacar los siguientes, que a su vez coinciden con las características básicas de un servicio público⁹: la continuidad, en cuanto la

5 Véanse también las medidas, que según el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los Estados deben adoptar para garantizar el derecho a la salud en él contemplado y reconocido como un bien público en tal instrumento.

6 Se interrelacionan en procura de hacer efectivo tal derecho, de acuerdo con las condiciones prevalcientes de cada país, sin que ello implique que estas, en un momento determinado, busquen la inactividad total o permanente de dicho Estado.

7 “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.” De acuerdo con la Observación 14, la accesibilidad contempla cuatro dimensiones que se superponen: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.

8 “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.” Observación 14.

9 Véase Dromi. Derecho Administrativo. 10ª edición.

no interrupción injustificada de los servicios médicos o del tratamiento en proceso. Igual contempla el cubrimiento de todas las fases de la salud integral¹⁰ y se asimila a los principios legales de integralidad y eficiencia, y a las características legales de protección integral y calidad.

Complementario a los elementos esenciales definidos por la Observación 14 están los definidos por la Observación General 3¹¹, de los cuales se resaltan para este análisis la no discriminación, la equidad, la progresividad, la irreversibilidad, la gratuidad y la participación.

En resumen, los Estados partes tienen con base en lo consagrado en la Observación General 14 unas determinadas obligaciones con respecto al derecho fundamental a la salud, a saber: las de respetar, proteger y cumplir¹².

Con relación a la obligación de respeto se puede afirmar que corresponde a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de disponibilidad y adaptabilidad del derecho a la salud.

La obligación de proteger está ligada a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de accesibilidad y disponibilidad y se relaciona directamente con la progresividad y la prohibición, en principio, de la irreversibilidad.

Finalmente, la obligación de cumplir tendrá como fin la materialización de los elementos esenciales y de los principios y características relacionadas con el derecho a la salud y con las prestaciones y servicios.

Teniendo en cuenta todo lo arriba expresado, es determinante que siendo el derecho a la salud un derecho fundamental autónomo, debe compartir con los demás derechos fundamentales la esfera de garantía y de protección que ella les otorga a nivel internacional y local. En el caso de Colombia, los otorgados por la Constitución de 1991. Esto es: vincula a todos los poderes públicos¹³, debe ser un derecho de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos¹⁴, debe estar dotado

10 En la Sentencia T-185 de 2006 la Corte señaló que “el principio de continuidad en los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que requiera según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario”. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10.

11 Referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto), 1990. Aplicable a todos los compromisos y derechos estipulados en el Pacto.

12 II. *Obligaciones de los estados partes*. Observación General 14.

13 Artículo 4° de la Constitución de 1991.

14 Artículo 85 de la Constitución de 1991.

de la garantía de la reserva de ley¹⁵ y ser un derecho protegido aun frente al poder constituyente secundario, en Colombia¹⁶, debe gozar de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional¹⁷ y no podrá ser suspendido durante los estados de excepción¹⁸.

2. DERECHO VS ASEGURAMIENTO (SISTEMAS ÚNICOS DE SALUD VS. SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD)

Históricamente los países han optado por dos tipos de modelos para organizar la salud de sus países. De una parte, por los Sistemas Nacionales de Salud o Sistemas Únicos de Salud (SUS), basados en la universalidad del tal derecho, en el cual la financiación de los servicios de salud es totalmente a cargo del Estado. Este modelo ha sido liderado por países como Inglaterra. De otra parte, por los sistemas basados en la tradicional lógica del seguro social obligatorio o de Seguridad Social o de Aseguramiento Universal de la Salud (AUS), precisamente bajo el esquema del aseguramiento universal, en el cual la financiación, o bien es tripartita, Estado, empleador, trabajador, actualmente por los asegurados, o bien, es por aportes privados. No obstante, podríamos afirmar que en la actualidad los países no presentan modelos puros sino que se encuentran enmarcados en sistemas mixtos con prevalencia de lo público o por el contrario de lo privado.

Las tendencias generales en Latinoamérica desde 1986 con el Consenso de Washington, y a veces, bajo la presión directa o indirecta de organismos e instituciones internacionales o multilaterales, ha sido en el sentido de la creación de sistemas de salud bajo el esquema del aseguramiento universal con una alta participación de agentes privados, ya sea en la prestación de los servicios de salud y/o en la administración de algunos esquemas o regímenes de salud creados en tal contexto. También parece ser una tendencia, la estructuración de Planes o Beneficios de salud de tipo cerrado, taxativos o de listado. Ejemplo el Plan Obligatorio de Salud

15 Por lo cual requeriría que su regulación legislativa sea por medio de ley estatutaria –artículo 152 de la Constitución de 1991–

16 Debe someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a tal derecho y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Artículo 377 de la Constitución de 1991.

17 Por ejemplo por medio de la acción de tutela. Artículo 86 de la Constitución de 1991.

18 Artículo 214, numeral 2º de la Constitución de 1991.

colombiano, conocido más comúnmente como POS. El mismo que ha sido muy regulado y en forma frecuente actualizado o reformado.

En muchos casos, en especial en el de Colombia, el Sistema ha operado bajo el control casi total del aseguramiento privado y bajo la lógica del mercado, esto es bajo las concepciones doctrinales del Pluralismo Estructurado y el de la Competencia Regulada¹⁹. Este esquema ha determinado que en no múltiples ocasiones el Sistema niegue el derecho en aras de comunes barreras de acceso de todo tipo: económicas, administrativas y legales. Barreras que han implicado fenómenos adversos a la población conocidos como los “paseos de la muerte” o “Los muertos de Ley 100”²⁰.

En ese orden de ideas, no solo por la estructuración de los Sistemas con estructuras claramente de corte comercial y basadas en la libertad económica, más que en el derecho fundamental a la salud, sino por los reiterados comportamientos de los agentes privados de aseguramiento en la negación de servicios, medicamentos y otros, es que en países como Colombia, los jueces, en especial la Corte Constitucional, hayan tenido que tutelar en forma especial el derecho a la salud sobre el propio Sistema General de Seguridad Social en Salud. Según el último informe de la Defensoría del Pueblo en Colombia cada 5 minutos se interpone una acción de tutela en el tema de salud y según tal Organismo la mayoría lo son por servicios o medicamentos que se encuentran efectivamente detallados en la lista del POS.

En efecto, el último informe de la Defensoría del Pueblo de Colombia²¹ detalla que del total de 424.400 acciones de tutela interpuestas en el año 2012 el 26.94% fueron acciones en las que se invocó el derecho a la salud (114.313). Según tal estudio, el 72.5% de dichas tutelas se instauró contra las entidades de aseguramiento del SGSSS que administran el régimen contributivo y subsidiado, y de tal porcentaje el 70.93% corresponde a negativas de los contenidos del POS. En lo referente a temas específicos de solicitud, señala el estudio que el 85.30% de los tratamientos, el 35.41% de los medicamentos, el 80.33% de cirugías, el 97.1% de las citas médicas, el 87.82% de las imágenes diagnósticas, el 21.67% de las prótesis, ortesis e insumos médicos,

19 Véase Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.

20 Véase Los Muertos de Ley 100. Prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental a la Salud. Caso del POSC. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC. 2013. Editorial Universidad de Antioquia.

21 Confróntese el Informe La Tutela y el Derecho a la Salud. 2012. Defensoría del Pueblo. Páginas 237 y siguientes correspondientes al acápite de Conclusiones de tal informe. Véanse también los informes de la Defensoría del Pueblo relacionados con la acción de Tutela y el Derecho a la Salud de los años 2003-2005, 2006-2008, 2009, 2010 y 2011, respectivamente.

el 92.07 de los exámenes paraclínicos, el 72.66% de las solicitudes por procedimientos, y el 94.97% de citas médicas con especialista se encuentran en el POS.

Tal como se refiere, un alto número de acciones de tutela fueron interpuestas, entre otras razones, por los aplazamientos y dilaciones que las EPS e IPS han puesto al acceso efectivo de los servicios esenciales de salud y que se han constituido en barreras administrativas, económicas y materiales para la garantía del derecho fundamental a la salud, en especial para las poblaciones especialmente vulnerables y vulneradas.

Tal ejemplo, evidencia las profundas diferencias de tipo conceptual y estructural entre los dos modelos citados. En voz de la Dra. Asa Cristina Laurel²², y a manera de resumen, podemos citar que mientras en el SUS la responsabilidad social deriva de la garantía constitucional de los Estados con relación al Derecho fundamental a la Salud, en el modelo de aseguramiento su base conceptual deriva de los Consensos de Washington que basan su concepción en la lógica del aseguramiento privado y en las teorías de la economía neoclásica. Así mismo, basados en la competencia entre actores y en la teoría de que el Estado solo será un regulador.

3. INNOVACIÓN, NEGOCIOS, LIBERTAD ECONÓMICA.

Quizás a nivel general en el tema de la salud, la innovación tiene un especial componente en lo que se refiere a la invención de medicamentos y en el desarrollo de nuevas tecnologías para la prestación de los servicios de salud, ya sea en su fase de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación.

En cuanto a los medicamentos podrá afirmarse, en un comienzo, que el acceso a ellos es un derecho fundamental de cada persona humana y un derecho fundamental colectivo de todas las poblaciones. Un bien público. No obstante, el tema de los medicamentos a nivel mundial ha suscitado grandes conflictos y se ha demostrado una preocupante y constante tensión entre el derecho fundamental a la salud, la salud pública y la protección de la libertad económica, los negocios y lógicamente la protección a la propiedad intelectual. Igual podría afirmarse de las nuevas y especializadas tecnologías médicas.

La innovación e investigación en medicamentos se encuentra regulada básicamente por medio del Acuerdo sobre los ADPIC que considera la “generalización del sistema de patentes, de una duración mínima de veinte años, es indispensable para

22 Véase Presentación: SUS vs AUS.

permitir que las empresas farmacéuticas privadas sigan investigando.²³ En concepto del Dr. Velásquez, el argumento es el siguiente: “la investigación es costosa, pero será financiada por las patentes que, al garantizar a las empresas farmacéuticas un monopolio, les permite mantener precios elevados, para poder continuar la investigación y el desarrollo de nuevos productos”

Si bien la innovación en el tema específico de los medicamentos es necesaria y debe ser objeto de protección, también es cierta la afirmación que por su importancia para el desarrollo de la salud pública de los estados, tal innovación e investigación debería ser orientada en procura del bienestar general de los pueblos y de la posibilidad real de asequibilidad a dichos medicamentos. En caso contrario y tal como lo determina la Declaración de Doha: “El Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública” Por tanto que los Estados puedan hacer uso de las “flexibilidades” contenidas en tal Declaración en favor de la salud pública de sus países cuando la mercantilización y ánimo de lucro de la empresas farmacéuticas desborden la posibilidad de acceder a sus invenciones en bien de la comunidad en general.

En palabras de Germán Velásquez “Si bien hay que preservar la investigación y el desarrollo de nuevos medicamentos, también es esencial que éstos puedan salvar vidas a partir del momento en que se los pone en el mercado y no veinte años después...hay que evitar que se perpetúe la absurda situación actual, en la cual millones de personas mueren por falta de medicamentos, que, sin embargo, existen y la sociedad puede poner al alcance de todos” y “En manos del sector privado, en gran parte, la investigación y el desarrollo de nuevos tratamientos dependen del mercado potencial del producto, y no de las necesidades de salud de las poblaciones con menos recursos. En el transcurso de estos últimos veinte años, puede decirse que no se investigaron enfermedades y epidemias que afectan a millones de personas en los países en vía de desarrollo...”²⁴ Al respecto valga citar la frase atribuida al oncólogo brasileño Drauzio Varella: “En el mundo actual, se está invirtiendo cinco veces más en medicamentos para la virilidad masculina y silicona para mujeres, que en la cura del Alzheimer. De aquí a algunos años, tendremos viejas de tetas grandes y viejos con pene duro, pero ninguno de ellos se acordará para que sirven”.

Si retomamos el esquema de modelos de salud, también se podría colegir que es en el modelo de aseguramiento universal en el cual podría haber un especial campo de desarrollo de la libertad económica y de los negocios en favor de las grandes farmacéuticas y en disfavor de la salud pública y del Derecho Fundamental a la Salud.

23 Véase Acceso a Medicamentos. Germán Velásquez. Editorial Universidad de Caldas.

24 Véase obra citada.

En el caso de Colombia, parte de la crisis de la salud ha sido motivada por el tema de los medicamentos. No solo por tener prácticamente los medicamentos más costosos del mundo²⁵ sino por la negación reiterada de los medicamentos “requeridos con necesidad”²⁶. Es de anotar que en Colombia desde el año 2006 y hasta finales del 2012 hubo un régimen de libertad de precios de los medicamentos. En la actualidad se ha venido regulando el precio de algunos medicamentos esenciales, pero aún existe una compleja situación en el tema no solo de medicamentos sino en general del sector salud en Colombia.

4. CASO COLOMBIA.

Sin duda Colombia ha sido un caso paradigmático y *sui generis* en el tema del Derecho a la Salud y en el proceso de estructuración y desarrollo del Sistema General de Seguridad Social Salud. Quizás para algunos, un modelo a seguir, quizás para otros, un modelo para aprender de los efectos negativos que se pueden desprender de esquemas liderados por el sector privado, por la libertad económica, por el ánimo de lucro y por la falta de gobernanza, inspección, vigilancia y control fuerte por parte del Estado.

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en Colombia en los artículos 44²⁷ y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Este derecho fue reglamentado por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral²⁸ colombiano. Este sistema está compuesto por tres subsistemas, entre ellos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS.

25 Como ejemplo, en un estudio realizado por la Health Action International (HAI) en 93 países se encontró que en Colombia se pagan los más altos precios por los medicamentos, en algunos casos hasta doscientas veces. El estudio referido en la página web <http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092>, relata, entre otros casos, que :” En la Drogeria Minas-Brasil, por ejemplo, una caja de Aprovel (150 MG con 28 comprimidos) de Sanofi-aventis, que se utiliza para tratar pacientes con tensión arterial alta, cuesta 78,97 reales, más o menos \$85.000, mientras en Drogas la Rebaja se consigue en \$169.900. Es decir que los colombianos pagamos \$84.900 más que los brasileros, monto que alcanzaría para comprar otra caja.”

26 Término utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para referir a las prescripciones médicas remitidas por el médico tratante y que son esenciales para conservar la vida y la salud integral de los pacientes. Véanse en especial la Sentencia T-760 de 2008.

27 Este artículo se refiere a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, dentro de ellos consagra expresamente el de la salud.

28 Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993.

El SGSSS²⁹ contempló la existencia simultánea de dos regímenes: el régimen contributivo³⁰ y el régimen subsidiado³¹ en salud. A más de una forma intermedia y teóricamente transitoria denominada como “vinculados” o población pobre no afiliada o por afiliar y que en comienzo no tiene derecho a un Plan de Beneficios. El SGSSS tiene como objetivos: regular el servicio público y esencial de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud o POS³², como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de dicho Sistema. El POS pretende, en consecuencia, cubrir las necesidades en salud y satisfacer el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del Sistema por medio de la implementación, reconocimiento y garantía de servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros.

A pesar de estos desarrollos jurídicos, con frecuencia, el derecho a la salud no satisface todavía a sus titulares, por parte de las Entidades Promotoras de Salud³³ o EPS o por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud³⁴ o IPS.

Un indicador de esta falta de satisfacción del derecho a la salud es el ingente número de sentencias de revisión de acciones de tutela que por más de quince años dan cuenta de los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se presentan en la aplicación del SGSSS con respecto al POS.

No en vano se ha acuñado el término despectivo “muertos de Ley 100”³⁵, para designar a las muertes o el agravamiento de pacientes que por innumerables fac-

29 Libro II. Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ley 100 de 1993. Artículos del 152 al 248.

30 Dirigido a personas con capacidad de pago o de cotización.

31 Dirigido a la población pobre y vulnerable que se identifica por medio de un mecanismo de selección de beneficiarios en áreas sociales, denominado SISBEN.

32 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

33 De acuerdo con el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las EPS son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados.

34 El artículo 185 de la Ley 100 de 1993 determina que las IPS tienen como función prestar los servicios de salud en su nivel correspondiente a los afiliados y beneficiarios. Según el numeral 3 del artículo 155 de la citada ley, las IPS pueden ser públicas, privadas o mixtas.

35 Término utilizado por el autor de este *paper* en su tesis doctoral: Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la Libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. 2011. De manera análoga la Contraloría General

tores de tipo normativo o fáctico no recibieron en forma oportuna o eficiente los servicios de salud o de atención en salud correspondientes, por parte de las entidades responsables de administrar, financiar³⁶ o de prestar tales servicios. Igual, el término “paseo de la muerte” ha sido utilizado por la Defensoría del Pueblo y los medios periodísticos para designar el vía crucis que las personas han tenido que afrontar en busca de una atención inicial de urgencias y que, por falta de dicha atención, por innumerables motivos administrativos, económicos o logísticos, no han tenido tales servicios, y han muerto en el recorrido en busca de una cama o de una entidad que los reciba o en las mismas puertas de hospitales o clínicas del país. Con referencia al “paseo de la muerte”, el *Boletín Jurídico Bimensual de Supersalud* cita: “Entre otros, se pueden tener en cuenta los casos ocurridos en Barranquilla de marzo de 2006, Bogotá (Hospital de Tunjuelito de mediados de ese mes), Cali (abril de 2006). Cfr. *El País*, 26 de marzo de 2006, “Un paseo hacia la muerte”; *El Pulso*, “Espectadores ante la muerte”, *El Tiempo*, 5 de abril de 2006, “Denuncian caso de paseo de la muerte en Cali”; *El Colombiano*, “Otro niño sufre de paseo de la muerte”; *La Libertad*, “Paseo de la muerte, investigaciones se extienden al Hospital de Puerto Colombia”³⁷. En igual sentido en recientes noticias se han denunciado otros presuntos “paseos de la muerte” en ciudades como Cali, Barranquilla y Medellín³⁸.

Es exagerado el número de personas que en Colombia han muerto o se han agravado, a causa de la falta de satisfacción del derecho fundamental a la salud. Asimismo, son numerosas las personas que han muerto en el transcurso de los procesos de acción de tutela³⁹, y que pretendían hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud.

La prestación de los servicios de salud en forma eficiente y con calidad es necesaria para hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud. La eficiencia y la calidad son principios inherentes a los conceptos de seguridad social, salud,

de Medellín utiliza el término “tren de la muerte” para referirse al registro de 502 pacientes fallecidos en el año 2007 y primer semestre del 2008 por la no ubicación oportuna de dichas personas para la atención pertinente en otras IPS especializadas. De tal número el 68.13% de los casos corresponde al grupo de población mayor de 60 años. Véase *El Auditor*, medio informativo de la Contraloría General de Medellín. 2009, p. 6.

36 De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, las EPS y las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud son organismos de administración y financiación del SGSSS.

37 Véase *Boletín Jurídico Bimensual* de Supersalud, n.º 6, mayo-junio de 2006, pie de página 2, p. 5.

38 Véase por ejemplo: *El Tiempo* del 6 de julio de 2011. P. 18.

39 Véase, entre otras, y a manera de ejemplo, la sentencia T-001 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 8 que se refiere en sus consideraciones, así: “No obstante que el señor [...] falleció encontrándose en trámite la acción de tutela y antes de proferirse el fallo respectivo, esta Corporación procederá a resolver de fondo sobre la violación de derechos que daría lugar al amparo impetrado”.

derecho a la seguridad social, derecho a la salud, plan de beneficios en salud y lógicamente a la prestación efectiva de los servicios de salud y a su correlativo goce efectivo. No obstante, informes como aquellos de la Defensoría del Pueblo, antes citados, y las múltiples acciones de tutela con relación a la negación de procedimientos y medicamentos incluidos en el POS que han sido revisadas por la Corte Constitucional son muestra de la ineficiencia y de la falta de calidad con las que las EPS e IPS accionadas han tratado el tema del suministro de dicho POS y por ello urge en Colombia un cambio estructural del actual modelo de salud a fin de evitar más muertos de la Ley 100.

Efectivamente, el SGSSS, creado en el marco de las reformas neoclásicas, materializadas en la Ley 100 de 1993, se basa en un modelo de mercado con competencia regulada⁴⁰, el cual tiene como supuesto básico que el mercado operará y producirá mejores servicios a mejor precio, en condiciones controladas por un Estado optimizador de los beneficios⁴¹. En el mismo sentido, anota Hernández Álvarez⁴² que, en síntesis, no se trata de un libre mercado, aunque sin duda se parte del supuesto de que el mercado es naturalmente más eficiente que el Estado para el manejo de los recursos y de la separación entre bienes privados y bienes públicos de la teoría neoclásica. De allí se derivaría la priorización de la eficiencia para el logro de mayor equidad.

En ese marco de competencia regulada y de pluralismo estructurado, el SGSSS tiene como base el modelo de aseguramiento y concurrencia de particulares en función de articuladores, denominados como patrocinadores en la teoría original de la competencia administrada, en específico en su calidad de EPS o de prestadores del servicio en su calidad de IPS⁴³. Particulares, que fundamentados en la libertad económica, en la libertad de empresa y de libre competencia lógicamente, *prima*

40 Acosta Ramírez, señala: "Con la reforma de 1993, Colombia adopta un nuevo sistema de salud. Este modelo conlleva cambios organizacionales como la creación de aseguradoras y la instauración del modelo de atención gerenciada (*managed care*) para la intermediación en la prestación de servicios. Adicionalmente, se instaura un mercado de competencia regulado en el aseguramiento y prestación de servicios (*managed competition*).” *Reforma colombiana de salud basada en el mercado: una experiencia de “Managed care y managed competition”*. Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

41 El Estado básicamente actúa como regulador de servicios.

42 *Revista Cubana de Salud Pública*. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.

43 Según Ramírez Rodríguez, este modelo de salud simula un mercado competitivo regulado a través de la fijación del precio y del producto. El producto es el POS y el precio la UPC que cubre el costo promedio del producto y de la administración. La oferta la realiza las EPS y la demanda los afiliados de los regímenes existentes y de los “vinculados. El funcionamiento del mercado depende de la interacción del producto, la oferta y la demanda. El mediador en la interacción de la oferta y el producto es el Gobierno a través del Fosyga. Confróntese Ramírez Rodríguez, Carolina. *Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop*. Bogotá: Universidad Externado. 2005.

facie actúan en aras de los principios económicos propios de la empresa privada: eficiencia y ánimo de lucro⁴⁴.

En ese contexto, desafortunadamente, la eficiencia para el logro de mayor equidad se convirtió en la eficiencia bajo los parámetros de la libertad económica, la mercantilización de la salud y el ánimo de lucro desbordado y en muchas veces injusto. En efecto, las múltiples barreras de acceso real y efectivo por parte de, principalmente, de las entidades articuladoras, en su papel de administradoras de los diferentes regímenes, se convirtieron en barreras de decisión de vida o muerte para las personas que estaban “afiliadas” a ellas. Barreras y problemáticas que han sido de gran espectro y que no en pocas ocasiones han estructurado continuas colisiones entre el Derecho Fundamental a la Salud y el derecho a la libertad económica. Confrontaciones que generalmente han tenido que resolver la Corte Constitucional de Colombia en aplicación, generalmente, de la ponderación entre derechos y del principio de proporcionalidad al estar enfrentados dos derechos de rango constitucional.

En este punto es de advertir que tanto la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia como la resolución de los conflictos y de las colisiones presentadas han sido desarrollados y estructurados por revisión del alto organismo de las acciones de tutela⁴⁵ interpuestas por miles de personas que han sido objeto de negación injustificada de su derecho.

Con respecto a la iusfundamentalidad o no del derecho a la salud, en consecuencia su protección por vía de acción de tutela, es posible señalar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional Colombiana, dentro de lo que podría denominarse como el *decurso o crónica de una fundamentalidad anunciada*:

(i) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud, en una concepción primigenia, fue considerado como un derecho fundamental⁴⁶, es decir, sin ningún tipo de ficciones jurídicas. Más tarde, la sentencia T-307 de 2006⁴⁷ retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo. Posteriormente la sentencia T-016 de 2007⁴⁸ señalara, entre otros, los muy intere-

44 Según Ramírez Rodríguez, la organización industrial que caracteriza al mercado de salud es el oligopolio.

45 Véase el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 que consagra tal Acción en defensa de los derechos fundamentales.

46 Véanse las sentencias T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, p. 8; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11; T- 613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 5; y la T-180 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara. p. 9.

47 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss.

48 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las Sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. pp. 11 y 5, respectivamente.

santes y, a la vez, muy controvertibles puntos: “todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”. Posteriormente, la sentencia T-760 de 2008⁴⁹ vuelve a reconocer, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁵⁰. Finalmente y a pesar de algunas sentencias que han retomado el concepto de la conexidad o extensión, la Corte Constitucional parece haber arribado nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁵¹. Concepto del cual no debió haberse apartado y que debe consolidarse en clave de Estado social. Por ende, bajo el caro concepto de Dignidad Humana. (ii) Obviamente, en los interregnos entre las sentencias arriba citadas, otras sentencias debatían diferentes criterios acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud. En consecuencia se determinaron criterios jurisprudenciales tales como: Doble connotación del derecho a la salud: fundamental y asistencial⁵², Derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad⁵³, Derecho a la salud como un derecho prestacional, Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas⁵⁴, Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de los contenidos del POS⁵⁵.

Con relación a los principales temas de confrontación se puede afirmar que han sido en forma principal sobre: sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones, integración vertical patrimonial, independencia técnica y administrativa, contenido del POSC, cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización, mora en el pago de aportes y cotizaciones, reconocimiento y pago de licencias de maternidad, reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional, y planes adicionales de salud-preexistencias.

49 Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 18.

50 La sentencia en cita, retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana, concepto que se relaciona directamente con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”.

51 Al respecto véanse, entre otras, las sentencias: T-224 de 2010, T-046 de 2012 y la T-026 de 2013. A más, que ha sido claro desde tiempo atrás que el derecho a la salud para el caso de las personas especialmente protegidas por la Constitución del 91 es un derecho fundamental autónomo.

52 Como ejemplo inicial tenemos la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. p. 5.

53 Es preciso aclarar que la teoría de la conexidad se refiere aquí con relación directa al derecho de la salud.

54 Véanse, entre otras, las sentencias T-535 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 4 y la T-1038 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 6.

55 Véase la sentencia SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis. pp. 13 y ss.

La gran mayoría de los conflictos o colisiones presentados se derivan de: (i) la necesidad de las personas de acceder a servicios de salud no incluidos en POSC. (ii) No obstante estar incluidos en el POSC, son requeridos sin el cumplimiento previo de las semanas de cotización establecidas para la atención de alta complejidad terapéutica. (iii) Aun cumpliendo los requisitos de semanas de cotización para las enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas, o para el caso de las enfermedades generales, el usuario no tiene cómo pagar las sumas correspondientes a las cuotas moderadoras o a los respectivos copagos. (iv) También es posible que por mora por parte del empleador o del propio afiliado independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al Sistema a través de la respectiva EPS, no sea atendido o no se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad no profesional que se le haya prescrito. (v) También es posible que por mora por parte del empleador o de la propia afiliada independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al sistema a través de la respectiva EPS no se haya reconocido ni pagado la respectiva licencia por maternidad. (vi) Así mismo, se ha presentado la colisión cuando los servicios, actividades o procedimientos han sido prescritos por médicos no adscritos a la EPS⁵⁶. (vii) De otra parte, ha existido frecuente conflicto entre las empresas oferentes de PAS⁵⁷, en especial de los relacionados con los planes de medicina prepagada, en lo concerniente a la estipulación contractual de las preexistencias⁵⁸. En el nivel macro del SGSSS se ha presentado colisión entre la posibilidad empresarial de contratar por parte de las EPS con sus propias IPS y la limitación legal, precisamente a la llamada integración vertical patrimonial.

A manera de ejemplo se exponen los siguientes casos reales de conflicto. En estos han muerto o se han agravado las personas por la negativa de las entidades administradoras o de las prestadoras de servicio por medio de barreras de acceso real y efectivo⁵⁹.

Caso 1. T- 107 de 2007.

Niño. Jhon Alejandro Angel Roncancio (q.e.p.d). (Tres meses y medio)

Tipo de Barrera. De acceso. Económica. No POS. "...Fallecimiento de bebé como consecuencia de vacunas que no le fueron aplicadas y que requería con urgencia para su enfermedad

Patología. "*BRONQUIOLITIS*

56 En lo relacionado con la actividad de los Comités Técnicos Científicos (en adelante: CTC) se han dado colisiones entre sus decisiones y las prescripciones emanadas de los médicos tratantes.

57 Actualmente denominados como Planes Voluntarios de Salud (PVS) por el artículo 37 de la Ley 1438 de 2011.

58 Por ende, se presenta controversia en cuanto al reconocimiento de servicios, procedimientos y demás derivados de las estipulaciones plasmadas en dichos PAS.

59 Estas acciones de Tutela fueron revisadas por la Corte Constitucional de Colombia.

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. DECLARAR la carencia actual de objeto, comoquiera que el beneficiario de la acción de tutela, el menor Jhon Alejandro Angel Roncancio, falleció durante el trámite de la misma.

Caso 2. T-756 de 2006.

Adulto mayor. Pablo Emilio Arias Echeverry (q.e.p.d). (83 años)

Tipo de Barrera. Administrativa. Dilación del procedimiento. "...dilatado injustificadamente la atención médica que requería con urgencia, visto el crecimiento acelerado de una masa tumoral en su rostro la cual debía ser operada con prontitud..."

Patología. Tumor cancerígeno en Cara.

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. "...el paciente falleció el pasado 16 de mayo de 2006 esperando la realización de la mencionada intervención quirúrgica..." (Resalto fuera de texto)

Caso 3. T- 062 de 2003.

Enfermedad Catastrófica. Onorabilma Quirama de Rico (q.e.p.d). (67 años)

Tipo de Barrera. Acceso. Periodos Mínimos de Carencia. Económica. "...observa la Sala que habiéndose ordenado la práctica de una cirugía para extirpar un tumor cerebral, la entidad demandada actuó de manera ilegítima al dilatar su práctica por razones de orden económico, vinculadas con un posible faltante en el tiempo mínimo de vinculación de la paciente a la entidad Famisanar"

Patología. "...tumor cerebral maligno..."

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto por muerte. "...se abstendrá como se dijo, de proferir orden alguna en la defensa de los derechos fundamentales invocados, pero prevendrá a Famisanar E.P.S. para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas como las anotadas en esta providencia."

5. CASOS BRASIL Y CHILE

Latinoamérica, como antes se refirió, no ha sido ajena a las tendencias y presiones mundiales de tratar la salud en el marco de la teoría de los mercados. Por ende, de la mercantilización de la salud como un bien privado y las invenciones como productos de mercado de libre oferta y demanda. Presiones que normalmente son de origen extranjero, ya sea por medio de Organismos de la banca internacional o de grandes empresas farmacéuticas o de tecnología en salud como antes se había enunciado.

Pese a que las presiones y la tendencia han sido generalizadas, la participación de actores privados no ha sido igual en todos los países de la Latinoamérica. En unos se observa mayor empoderamiento del concepto de derecho y una regulación fuerte estatal, y en otros una participación más decidida de los agentes privados bajo la concepción del aseguramiento de la salud, algunos más controlados y otros más desbordados.

En tal sentido los casos referidos a Brasil y Chile son bastante interesantes por sus diferencias conceptuales y por la estructura de sus sistemas.

Brasil por ejemplo, presenta un sistema Universal denominado como el SUS, que es un sistema tripartito basado en un modelo de atención familiar. Participa el Estado, las federaciones y los Municipios, financian y gobiernan. Existe gran regulación y control. La participación de los actores privados está concebida de manera complementaria. De su parte Chile presenta un esquema más afinado en lo privado. No obstante ello, en la actualidad existe una importante gobernanza de tipo gubernamental y un especial control a los particulares en tal país.

Con relación a Brasil, puede decirse que es un caso paradigmático de los sistemas únicos de salud con universalidad fundamentada en el Derecho⁶⁰ y no solo en la cobertura. No obstante ello, desde la creación del SUS, parece existir una fuerte tensión con los agentes privados desde la estructuración del Sistema de Atención Médica Suplementaria (SAMS)⁶¹.

Según el artículo citado (Sistema de Salud en Brasil): “La salud como un derecho de los ciudadanos y un deber del estado es el punto de partida de la reestructuración del sistema de salud brasileño, cuyo elemento central es la creación del SUS y su implementación a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Salud en 1990. El sistema tiene tres objetivos: a) la universalización de la atención sin restricciones ni cláusulas de cobertura, b) la equidad en la atención, y c) la integridad de las acciones (promoción, protección, prevención, rehabilitación y diagnóstico temprano), incluyendo la atención al individuo y la colectividad y el cuidado del medio ambiente. Para ello se definieron tres estrategias básicas: a) la descentralización de la provisión de servicios hasta los

60 Véase El Art. 196 de la Constitución Federal de Brasil que define: “La salud es derecho de todos y deber del Estado...”. Aquí se define de manera clara la universalidad de la cobertura del Sistema Único de Salud.”

61 Según Víctor Becerril Montekio y otros, en el artículo Sistema de Salud en Brasil: “El sector privado complementa la asistencia de los servicios públicos. El SAMS es un sistema de esquemas de aseguramiento que comprende la medicina de grupo con planes de salud para empresas y familias, las cooperativas médicas, los Planes Autoadministrados o sistemas de aseguramiento de las empresas, y los planes privados individuales.”

estados y los municipios con apoyo del nivel federal, b) la unicidad de la coordinación mediante un mando único en cada nivel de gobierno y c) la participación social en la gestión del SUS a través de las Conferencias de Salud y los Consejos de Salud con funciones y participación bien definidas en la planificación y fiscalización de las acciones.

En tal sentido SUS como modelo de salud en el mundo es considerado como un sistema público de salud, nacional y de carácter universal con una fuerte gobernanza, inspección, vigilancia y control, y con amplia participación de la ciudadanía en la gestión y control social del Sistema.

Precisamente La Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud en Brasil, define varios principios básicos del derecho a la salud, tales como: derecho al acceso ordenado y organizado al sistema de salud; derecho a un tratamiento adecuado; respeto a la persona, sus valores y sus derechos; responsabilidades del ciudadano, y compromiso de todos los gestores de la salud..

De su parte, el derecho a la protección de la salud en Chile⁶² se encuentra determinado como un derecho, por tanto, con la estructura típica de un derecho a algo; está catalogado en el artículo 19, numeral 9 de su Constitución de 1980, actualizada en 2005⁶³. El Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005 regula el “nuevo sistema de salud chileno”⁶⁴.

El sistema público de salud chileno es mixto tanto en el financiamiento como en la prestación⁶⁵. En el financiamiento combina un esquema de seguridad social con un sistema de seguros de carácter competitivo. En el primero, de naturaleza pública, lo gestiona el Fondo Nacional de Salud (FONASA). Este Fondo recibe, además, las transferencias del Presupuesto de la Nación para la atención de los indigentes y para los programas de salud pública, de esta manera gestiona la globalidad de los fondos públicos y los aportes de los asalariados que escogen esta opción de aseguramiento. El segundo está constituido por las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), aseguradoras privadas de salud que administran la cotización obligatoria de quienes opten por adscribirse a ellas. La Constitución de Chile otorga

62 A diferencia de Colombia, Chile no tiene un solo sistema de seguridad social, tiene alrededor de 15 programas destinados a la seguridad social, y estos hacen parte del sistema de protección chileno.

63 Precisamente se encuentra consagrado en el marco del capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, sin que se haga ninguna distinción entre los derechos allí establecidos.

64 De acuerdo con el artículo 131 del DFL 1 de 2005, el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

65 Véase Documento Perfil del Sistema de Salud en Chile. Programa de organización y gestión de sistemas y servicios de salud. División de desarrollo de sistemas y servicios de salud. OPS. 2002.

a los trabajadores la libertad de elegir entre las dos modalidades mencionadas, esto se reitera en el DFL 1 de 2005⁶⁶.

En Chile existe el denominado Plan AUGE que instruye los sistemas de salud público y privado, para dar atención prioritaria a un grupo de patologías específicas⁶⁷, determinadas por su alto y frecuente impacto en la salud del pueblo chileno. Estos beneficios corresponden a las GES (Garantías Explícitas de Salud) que aseguran, respecto a tales patologías, el acceso a la atención médica, como también a un máximo de copago por parte del beneficiario. Existe un fondo solidario que canaliza la financiación y gastos del AUGE. Se financia con las cotizaciones tanto de FONASA como de las ISAPRE, además de los aportes del fisco, entre otros. Es de notar que cada ISAPRE puede ofrecer un plan de salud diferente, acceder o negar la afiliación y puede imponer restricciones de cobertura de enfermedades preexistentes o embarazos en curso al momento de la declaración de salud.

Es de anotar que en Chile con la entrada del sistema democrático de gobierno se fortalece el equilibrio entre lo privado y lo público respecto al tema de la salud y se pasa de una prevalencia del aseguramiento privado a una participación mayor de lo público en beneficio de la salud colectiva. Por ello, podría afirmarse que teniendo en cuenta los indicadores de gasto y de resultados sanitarios Chile hoy presenta unos muy buenos niveles de salud pública e individual.

Brevemente, en cuanto a otros países de la región, es de resaltar el caso de México como ejemplo actual de la aplicación de las teorías del aseguramiento universal vía competencia de mercado, el de Perú en tal sentido y el de Ecuador que ha migrado desde su Constitución a los Sistemas Únicos de Salud basados en la salud como derecho al buen vivir.

CONCLUSIONES

La tensión entre Sistema Únicos de Salud y sistemas de aseguramiento son una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciables, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia

66 Chile presenta un sistema base denominado Sistema Nacional de Servicios de Salud. También tiene un Sistema de Seguros de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional y unos seguros complementarios de salud.

67 Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Ley 19.966 de 2003. El Plan AUGE se puso en marcha en Chile el 1 de abril de 2005 como proyecto piloto. Hoy cuenta con 56 patologías.

de la salud colectiva y pública y con prevalencia de los conceptos de promoción de la salud y prevención de la enfermedad como un compromiso real, público y social de cada Estado ; y los otros basados en premisas de mercado, de costo beneficio, de coberturas “universales”, de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadores y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

Una visión integral y sistémica de los conceptos de seguridad social y de salud, una concepción jurídica del derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental, un sistema normativo acorde a tal concepción, claro, preciso y coherente, una jurisdicción especializada en el tema de la seguridad social y la salud, unos actores en función de la eficacia del derecho fundamental a la salud antes que en función de meros intereses económicos, unos afiliados y beneficiarios conocedores de sus derechos y deberes y unos órganos de dirección y control actuantes en función del derecho fundamental a la salud en el marco de un Estado Social, son los fundamentos, entre otros, para que el derecho fundamental a la salud sea protegido y respetado por los diferentes Estados en procura del bienestar, la vida digna y con calidad de todas la personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y *Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- COSTAS, Douzinas. *El fin de los derechos humanos*. Universidad de Antioquia. Medellín: Ed. Legis, 2008.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.
- GAÑÁN, Jaime León. *Derecho Fundamental a la Salud. Una visión desde el Sistema de Fuentes de Derecho. Personería de Medellín y Universidad de Antioquia. Experiencias de un Observatorio de Salud en Colombia. Observatorio de Salud, Medellín: La Carreta. 2011.*

- GANÁN ECHAVARRÍA, Jaime León. *Los muertos de Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC*. 2013. Universidad de Antioquia. 2013.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. n.º 37. Bogotá: 1997.
- VELÁSQUEZ, Germán, *Acceso a Medicamentos*. Editorial Universidad de Caldas. 2010.

Normativa

- Instrumentos Jurídicos Internacionales y Declaraciones.
- Constituciones Políticas de Colombia, Brasil y Chile.
- Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007 y decretos reglamentarios. Ley 1438 de 2011.
- Sentencias de Tutela: T-062 de 2003, T-756 de 2006, T-107 de 2007 y T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Documentos:

- La Salud como Derecho, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, n.º 3, Provea, Caracas, 1998,
- Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003.
- Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop. Bogotá: Universidad Externado. 2005. Ramírez Rodríguez, Carolina.
- Informe La Tutela y el Derecho a la Salud. 2012. Defensoría del Pueblo.
- Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.
- Sistema de Salud en Brasil. Víctor Becerril Montekio y otros. 2011.

Otros:

- Presentación: SUS vs AUS. Asa Cristina Laurel. 2014.
- Revista Cubana de Salud Pública. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.
- <http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092>