

“Sistema de salud” y “derecho a la salud”:
Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional
Por Diego López Medina
Versión final de Abril 24 de 2008

Tabla de Contenidos

1. Introducción.....	2
2. La salud como “sistema” y como “derecho”.....	2
3. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia	5
4. La eficiencia como principio del sistema.	8
5. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales.	14
6. El derecho constitucional a la salud.	16
7. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentalización del derecho a la salud (1992-1993).....	20
8. La segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993.	25
9. Tercera etapa: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial.	35
10. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud.....	50
11. Las consecuencias imprevistas de la jurisprudencia constitucional.	58
12. Reflexiones finales	63

1. INTRODUCCIÓN.

El propósito del presente escrito es el de hacer una serie de comentarios, desde una perspectiva jurídica, al texto de Alberto Carrasquilla titulado “El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos” (Carrasquilla 2008). Estos comentarios buscan integrar el análisis económico que hace Carrasquilla con la perspectiva jurídica y constitucional que se ha venido desarrollando sobre el tema en los últimos años. Desde el punto de vista sustantivo, el propósito del texto es el de analizar el papel que los jueces han tenido en el desarrollo de un derecho constitucional a la salud y el impacto del mismo dentro del sistema nacional de salud. De la misma forma, se examinan algunos desafíos que el sistema de salud colombiano está enfrentando como consecuencia de la intervención judicial. Finalmente se proponen algunas conclusiones sobre cuál debería ser el papel de la jurisdicción constitucional hacia el futuro, luego de más de tres lustros de jurisprudencia en la materia.¹

2. La salud como “sistema” y como “derecho”.

La historia del sistema de salud colombiano sufre una transformación radical en el período 1985-1993. Durante estos años nace, madura, se desarrolla y, finalmente,

¹ El presente texto es un comentario jurídico al estudio de Alberto Carrasquilla y tiene como propósito contribuir a la publicación que ACEMI adelanta para discutir los primeros 15 años de implementación del nuevo sistema nacional de salud (Ley 100 de 1993).

triumfa un movimiento de origen predominantemente tecnocrático² que busca una reforma de fondo del sistema de salud hasta entonces imperante en Colombia. Desde finales de la década de los ochenta se llegó a aceptar de manera mayoritaria que el sistema de salud entonces vigente era profundamente inequitativo, segmentado e ineficaz (Londoño 1987). En ello concordaba la opinión pública no organizada (que sufría directamente las consecuencias del sistema), así como la literatura técnica que sobre el punto se estaba produciendo. Como consecuencia de lo anterior el “sistema de salud” colombiano debía cambiar organizativa y financieramente, lo cual finalmente se logró de manera secuencial con la expedición, primero, de la Ley 10 de 1990 y, luego, con el Libro II de la Ley 100 de 1993³ en la cual, finalmente, se consagraron las líneas centrales del llamado modelo de “pluralismo estructurado” en salud que el Banco Interamericano de Desarrollo había impulsado en toda la región como alternativa técnica y política a los sistemas hasta entonces existentes. Debe anotarse además que en la mitad de este proceso técnico y político, Colombia también modifica su Constitución Política. En ella se dinamiza de forma muy importante la concepción de los “derechos fundamentales” que la ciudadanía debía disfrutar, así como los mecanismos para su defensa. La reforma a la salud y el cambio constitucional están interrelacionados de alguna manera, pero, debe insistirse en la relativa autonomía en que ambos procesos se desarrollaron. La salud, pues, se desarrolla

² Por oposición a los procesos de creación o reforma normativa que tienen origen en movimientos sociales amplios. En materia de salud, las dinámicas sociales que contribuyen a la materialización de derechos de la población se han quedado rezagadas. Ha surgido, en cambio, un escenario institucional para facilitar la interacción entre los usuarios del servicio de salud, el Estado, y las entidades públicas y privadas a cargo de la prestación de los servicios. La Ley 10 de 1990 estableció la necesidad de crear “formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud, que aseguren la vigencia de los principios de participación ciudadana y participación comunitaria” (artículo 1). En desarrollo de estos principios, el Decreto 1416 de 1990 crea los Comités de Participación Comunitaria (COPACOS) como “entidades de prestación de servicio de salud” a nivel local. Con todo, la distancia entre el discurso y la realidad todavía es apreciable, pues la participación ciudadana corre el riesgo de convertirse en un requisito formal que las administraciones municipales deben cumplir sin contar con los recursos técnicos y la voluntad política para poner en marcha dicho componente del sistema. Tal es el caso de los municipios más pequeños en donde la falta de infraestructura básica es un obstáculo para pensar seriamente en la posibilidad de participación comunitaria tal y como se concibe en la Constitución y las Leyes.

³ Artículos 152 y s.s.

en dos vertientes interrelacionadas pero relativamente autónomas: de un lado, la salud es una política pública del estado que se expresa en un “sistema de salud”, esto es, es un conjunto de instituciones, reglas y recursos en los que se articula de manera explícita el circuito financiación-prestación de la salud para los miembros de una comunidad. Desde el punto de vista del sistema a la salud, pues, prevalece el análisis “macro” de interrelación entre sus actores y la sostenibilidad futura del sistema. Desde otro punto de vista, sin embargo, se empezó a hablar crecientemente del “derecho a la salud” como el conjunto de reclamos que podían hacer válidamente los ciudadanos individuales frente a su sistema de salud a partir de la propia constitución y del desarrollo que este mismo derecho ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde el punto de vista del “derecho a la salud”, por otra parte, prevalece una visión “micro” de la cuestión, más enfocada en el disfrute individual de derechos para el caso concreto y en la resolución autoritativa de conflictos al interior del sistema.

Se aspira, por supuesto, a que el “sistema de salud” vuelva realidad de la forma más completa posible las exigencias que, desde el plano jurídico, moral y político, hace el “derecho a la salud”. Pero este deseable isomorfismo entre “sistema” y “derecho” no es siempre completo: pueden darse, como en efecto se han dado, tensiones importantes entre el “sistema de salud” (tal y como quedó diseñado en la Ley 100 de 1993) y el “derecho a la salud” (tal y como ha sido interpretado por los jueces constitucionales a partir de la Constitución y de documentos internacionales). La interpretación “de conformidad con la Constitución” que ha venido haciendo la Corte de la Ley 100 de 1993 busca generar la más alta coincidencia práctica entre las exigencias abstractas que hace el derecho constitucional al sistema de financiación y prestación del servicio público. Como veremos más adelante, este proceso de discusión sobre configuración del “sistema de salud” resulta, no solamente deseable, sino ineludible dentro de una sociedad democrática. En el sistema de salud confluyen intereses esenciales de

toda la sociedad y, por tanto, las discusiones sobre el sistema son frecuentes, y, por ello mismo, imposibles de suprimir.

Como hemos afirmado, la historia del derecho a la salud en Colombia se divide, con toda claridad, desde la mitad de los años ochenta, cuando aparece en toda América Latina un movimiento de reforma a los sistemas de salud. Desde entonces, la salud en Colombia se ha desarrollado tanto como una política pública así como un derecho fundamental. En su calidad de política pública el tema ha tendido a caer dentro de la órbita de expertise de economistas, salubristas, politólogos y, por supuesto, de políticos; como derecho fundamental, de otro lado, el tema ha tendido a desarrollarse dentro del marco de la ciencia jurídica y del debate judicial. Entendido como una política pública, pues, se prefiere hablar del “sistema de salud”; desde la perspectiva jurídica, en cambio, prevalece la denominación “derecho a la salud”. Se empieza a tejer así una trama en la que derecho y economía tienen cosas que decir, pues la protección de quienes presentan un reclamo ante la judicatura (algo que les interesa a los abogados), depende de la existencia de formas de financiación que garanticen la prestación eficiente y sostenida de los servicios requeridos (asunto que preocupa a los economistas).

3. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia

La reforma al sistema de salud en Colombia no nació, pues, ni con la Asamblea Constituyente, ni con el texto consagrado a la culminación de sus sesiones en el artículo 49⁴. La reforma al sistema de salud ya se había iniciado con anterioridad,

⁴ Dice la norma: “Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.|| Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los

como lo prueba la expedición de la Ley 10 de 1990.⁵ En los debates de la Asamblea Constituyente se tomó nota de la marcada tendencia incorporada en la Ley 10, pero se adoptó una cierta (y por demás saludable) indiferencia con relación al modelo concreto de “sistema de salud” que el país debía adoptar⁶. En el tema de la salud, pues, el constituyente adoptó algunos principios y reglas generales pero no quiso constitucionalizar de forma definitiva ningún modelo en

particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.|| Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.|| La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.|| Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

⁵ La Ley 10 de 1990 “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones” buscaba que el sector salud entrara a hacer parte de la dinámica de descentralización, impulsada en aquella época en el país. En consecuencia, la salud se definía como: (i.) un servicio público a cargo de la Nación; (ii.) gratuito respecto a la prestación de servicios básicos para todos los habitantes; y, (iii.) administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas para el efecto. La estructura general de la ley comprendía el señalamiento de los principios generales que rigen el sistema de salud (Capítulo 1); su organización y administración, en especial, lo relacionado con los organismos departamentales y municipales a cargo de la prestación del servicio (Capítulo II); la regulación de la prestación del servicio de salud por personas privadas (Capítulo III); la fijación del régimen del personal que trabaja en el servicio de salud (Capítulo IV); y, la regulación de los aspectos fiscales y tarifarios, es decir, la composición y distribución del situado fiscal en materia de salud. La Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, cambia radicalmente este panorama. Se trata de un esquema regulatorio mucho más ambicioso y detallado que: desarrolla los fundamentos que rigen la salud (Título I); determina su dirección, organización y funcionamiento (Título II); señala sus normas administrativas, financieras y de control (Título III); y, establece las obligaciones que se derivan de su aplicación (Título IV). En este contexto, la salud se define como un servicio público y como un derecho. El Estado, en consecuencia, se encarga de articular mecanismos de acceso a la salud (y para ello crea dos sistemas, el contributivo y el subsidiado), y de regular la participación de entes públicos y privados que garanticen la continuidad del servicio. La discusión sobre la salud pasa del campo de la identificación de las entidades públicas competentes para prestar el servicio, al de la definición de los beneficios a los que tiene derecho un usuario y las responsabilidades compartidas entre el Estado y los particulares para proveer tales beneficios. Véase también al respecto el trabajo de Daniel Maciera donde se describen los actores en la reforma a la salud en América Latina (Maceira 2007).

⁶ Las discusiones sobre el derecho a la salud desarrolladas en la Asamblea Constituyente, y finalmente plasmadas en el texto del Artículo 49 C.P., se estructuraron a partir del análisis de los subsectores en los que se dividía la prestación de servicios de salud, el costo de dichos servicios, y su nivel de cobertura. No hay registro de posturas específicas que aconsejaran un modelo de organización específico público, privado o mixto. Antes bien, en esta materia se quiso establecer una serie de principios generales y amplios que se sustentaban en una impresión común: “los inconvenientes para la transformación y ampliación del sistema de salud no son tanto de orden financiero, como de voluntad política para el cambio y de administración racional, eficiente y honesta” (Gaceta Constitucional No. 85, pg. 3). Sobre el desarrollo del Artículo 49 C.P. en la Asamblea Constituyente pueden consultarse las Gacetas 56, 51, 53, 85, 109, 113, 127 y 142.

particular⁷. Los sistemas de salud se mueven en rangos muy amplios que van desde el monopolio total del Estado hasta sistemas de auto-suministro de salud completamente privados y optativos.⁸ El artículo 49 no constitucionalizó el “pluralismo estructurado”, pero sí dejó consagradas algunas reglas que eran fundamentales para su implementación, como aquella que permitía la participación del sector privado en la configuración del sistema. Esta participación era fundamental para la implementación del “pluralismo estructurado” ya que el mismo busca, explícitamente, la articulación de las mejores características de sistemas altamente estatalizados y de sistemas altamente flexibles de mercado (Londoño 1987, 17). Por estas razones, el modelo de “pluralismo estructurado” ha sido calificado como “centrista” (desde el punto de vista político), frente la discusión, que se juzga anticuada, en la que se oponen ideológicamente el “estado” versus el “mercado” (Londoño 1987, 23). A pesar de ello, algunos sectores sociales y comentaristas constitucionales (y, con ellos, parte de la opinión pública) continuaron idealizando la prestación monopólica de la salud por parte del estado, como ocurre, por ejemplo, en Cuba o en el Reino Unido (González 2005). Desde este punto de vista, juzgan que la consagración de derechos en la Constitución de 1991 fue *falsamente* progresista ya que mediante (i) la autorización de participación del sector privado, y (ii) la calificación de los mecanismos de prestación de derechos como “servicios públicos”⁹ se abrió espacio para la

⁷ Este es un fenómeno ya identificado en el derecho constitucional. Con frecuencia, las normas jurídicas sirven de soporte técnico para establecer instituciones y cumplir objetivos que corresponden a tendencias políticas y económicas distintas. La historia del derecho constitucional alemán, por ejemplo, es reveladora de esta circunstancia, ya que muchos autores hablan de la “neutralidad” que en materia económica adoptó la Constitución de Bonn de 1949 que le permitiría luego al legislador el desarrollo de las formas más variadas de política sin violar con ello rigideces constitucionales previamente impuestas. Ver, Horst Ehmke, Economía y Constitución. En: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm#93>

⁸ Estos modelos son tipos ideales porque ningún país tiene un modelo puro, así tengan tendencias muy marcadas: en el derecho comparado pueden verse la descripción de modelos diversos de seguridad social en salud discutidos por Carrasquilla (2008) y por Londoño y Frenk (Londoño 1987) en este punto.

⁹ Y no como “función pública”, con lo que se hubiese hecho obligatoria, según ellos, el monopolio estatal dentro del sistema de salud. Ver al respecto los argumentos de Víctor Manuel Moncayo (Moncayo 2004) y Adriana González (González 2005) .

“privatización” de la salud en Colombia¹⁰. Según este punto de vista, la única manera de asegurar el derecho a la salud de manera equitativa y eficiente es mediante el suministro estatal único, en el que se centraliza toda la operación del sistema de salud. Esta opinión, sin embargo, contrasta notoriamente con la evaluación técnica y política que sobre dichos esquemas tenía la comunidad de salubristas y economistas durante la década de los noventa.¹¹ La Corte Constitucional, de otro lado, ha avalado en repetidas ocasiones la coparticipación privada y pública en el Sistema Nacional de Salud.¹²

4. La eficiencia como principio del sistema.

El propósito fundamental del sistema de la Ley 100 de 1993 fue el de hacer frente a una creciente demanda en salud debido a nuevas “presiones epidemiológicas” que ya se estaban manifestando en el país y, de manera más amplia, en la región (Londoño 1987, 4). Mientras que tales desafíos epidemiológicos aumentaban, también se constataba la enorme inequidad (todavía existente) en la prestación

¹⁰ Argumentos idénticos han hecho los críticos para denunciar la privatización de funciones que deberían ser, en su opinión, exclusivas del estado, como la provisión del derecho a la seguridad social o la labor de impartición de justicia. En tales casos, según se argumenta, la Constitución volvió “servicio público” lo que debió seguir considerando como “función pública”.

¹¹ Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. «Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina.» *Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253*, 1987.

¹² De hecho, buena parte de la jurisprudencia en salud establecida por la Corte Constitucional se puede entender como expresión de la coparticipación del Estado y los particulares en la prestación de un servicio público, bien si se trata de casos en los que un ente privado niega una prestación que legalmente debe proveer, o bien si se trata de procedimientos que por estar por fuera del Plan Obligatorio de Salud el particular debe brindar y luego pedir el reembolso de los costos al Estado. En uno y otro tipo de casos, los jueces se encargan de recordar la necesidad de coordinación entre el sector público y el privado para garantizar la prestación eficiente del servicio. Ver, por ejemplo, las Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y todas las demás que entran dentro de sus sombras decisionales. La decisión que se adopte finalmente y las responsabilidades del Estado y los particulares cambian dependiendo si se trata de un caso cobijado por el sistema contributivo o subsidiado; de una intervención que está dentro o por fuera del POS; de si el servicio se puede proveer en el país o en el exterior; y, de si se trata de un menor de edad, un adulto, u otra persona en situación especial. En todo caso, al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, “ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público (...) Así está diseñado el sistema” (Ver, Sentencia SU-480 de 1997).

del servicio. Según los diagnósticos previos a la reforma de la Ley 100, el sistema colombiano era profundamente segmentado por clases sociales: los ricos, de un lado, tenían recursos para cubrir sus propias necesidades. Las clases medias asalariadas, disfrutaban de una cobertura a través de los múltiples esquemas de seguridad social vinculados al trabajo, de los cuales el Instituto de los Seguros Sociales-ISS era tan sólo el mayor proveedor dentro de una marea corporativista y asociacionista de Cajas y Fondos de Previsión Social. Finalmente estaban las clases bajas, no vinculadas al trabajo formal y sin capacidad de ahorro para la cobertura autónoma de sus propios riesgos en salud. El sistema, pues, resultaba segmentado, inequitativo e ineficiente en la asignación y utilización de los recursos disponibles.

Desde el punto de vista del “sistema de salud”, la propuesta del “pluralismo estructurado” busca dos objetivos fundamentales: en primer lugar, el alcance de la cobertura universal en salud, entendida como una necesidad de la democracia política contemporánea.¹³ Para ello, sin embargo, era necesario articular de una manera mucho más eficiente a los diferentes prestadores de salud: de la profunda segmentación, con múltiples regímenes legales dispersos de atención en salud, se pasó a un esquema unificado de cobertura en el que podían participar muchos actores sociales, pero básicamente sobre el mismo esquema de financiación y con el mismo paquete de prestación del servicio. El sistema, pues, continúa siendo complejo, pero las reglas para todos los actores son unificadas y articuladas en el mismo circuito de financiación-prestación.

Del otro lado, sin embargo, la cobertura universal no se puede lograr sin aumento en la utilización funcional y eficiente de los recursos financieros del sistema. Un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el

¹³ “Otra presión emergente para la población es la expansión de la democracia en todo el continente, misma que probablemente conducirá a crecientes presiones políticas por mejores y más diversificados servicios en la medida en que las sociedades incorporen la atención a la salud como parte de sus derechos básicos de ciudadanos” (Londoño 1987). Para corroborar este punto, véase al respecto el estudio de derecho comparado con relación al derecho a la salud en las Américas de la OPS (Fuenzalida 1989).

modelo de “todo para todos”. Las demandas individuales y subjetivas de salud son particularmente intensas y posiblemente irracionales: frente a la enfermedad (y especialmente si es grave) todo el mundo quisiera que se agotaran todos los mecanismos de recuperación de la salud, incluyendo, por supuesto, los que son experimentales, hipotéticos y, además, sin que operen restricciones significativas de costos para el proceso de toma de decisiones. Así, pues, la primera y la más importante de las estrategias para lograr el uso eficiente de recursos se centra en la determinación de un paquete básico, universal y preciso de prestaciones asistenciales. A este paquete, la ley le dio el nombre genérico de Plan Obligatorio de Salud-POS. Con él se busca frenar las fuerzas que llevan a médicos y pacientes a asumir gastos innecesarios e irracionales con el propósito de recobrar la salud. Desde el punto de vista de los pacientes, pues, no hay incentivos fuertes para contener costos cuando su cobertura proviene de un fondo común¹⁴: la importancia de la propia vida es evidente y, salvo límites presupuestarios claros, las personas hacen esfuerzos enormes por recobrar la salud, incluso cuando los gastos así asumidos son inocuos, hipotéticos, experimentales o de beneficios marginales. Así, por tanto, los enfermos no deben tomar las decisiones sobre tratamientos o medicamentos *relacionados con el sistema en su conjunto*: ellos pueden y deben, en todo caso, participar activamente en la toma de decisiones que afectan su salud.

El método central para la racionalización de los recursos, pues, es la definición limitada del paquete de servicios que se ofrece a todas las personas vinculadas al sistema. Con estos recursos se le permite a las Empresas Promotoras de Salud (EPS's) que funcionen como articuladores entre la demanda y la oferta de servicios de salud. Por cada afiliado a las EPS's, y de manera independiente al

¹⁴ Lo contrario ocurre, evidentemente, cuando las personas cubren con sus recursos propios el riesgo de salud: su capacidad de gasto y preferencias personales impone límites a los recursos que están dispuestos a gastar en circunstancias determinadas. Este sistema muestra sus límites más penosos en las personas que no tienen recursos personales suficientes para cubrir las prestaciones que se considerarían “esenciales” desde el punto de vista de consenso universal de intereses.

monto de los descuentos efectivos de nómina que se le hayan hecho a los afiliados, las EPS's reclaman al articulador financiero del sistema¹⁵ un pago que se denomina "unidad de pago por capitación" (UPC) y con el cual se obligan a prestar, a ese afiliado, los servicios de salud contenidos en el POS. Las EPS's, pues, están obligadas, como promotoras del servicio, a lograr un uso racional de los recursos. El sistema de incentivos de la Ley 100 les asigna conscientemente ese papel.

¿Cómo opera el incentivo? De la siguiente manera: a una EPS se le paga lo mismo por cada persona que atiende, independientemente del nivel de servicio que exija o demande su condición de salud. El pago que reciben las EPS's está basado en estudios epidemiológicos que predicen los porcentajes de prevalencia de patologías dentro de una determinada población. Las EPS's, por tanto, tienen el deber de distribuir los recursos entre las diferentes necesidades de los individuos particulares, dando más recursos para las personas que así lo requieren. Para lograr esta distribución, el sistema incentiva a las EPS's para que sean compradores cautos de servicios a nombre de los consumidores o, de otra manera, para que moderen la ansiedad individual de los pacientes de ser "sobretatados" ante la presencia de la enfermedad. En otros sistemas de salud donde la distribución de recursos se hace por el número efectivo de prestaciones otorgadas, el incentivo económico, obviamente, impulsa a que se ordenen el mayor número de tratamientos, exámenes diagnósticos, medicamentos y terapias. En este tipo de sistemas el ingreso del prestador de servicios de salud está directamente ligado al nivel de facturación de su práctica. Esta estructura de incentivos, por supuesto, termina generando con el tiempo la explosión de costos, el aumento de los precios de entrada para los ciudadanos y, finalmente, la desafiliación escalonada (empezando por los más pobres) del sistema de salud.¹⁶ Estas razones han bastado, en general, para desacreditar la eficiencia de este tipo

¹⁵ Que en el caso colombiano se denomina FOSYGA.

¹⁶ Este es el diagnóstico que se hace del sistema de salud de los Estados Unidos en este momento (Hyman 2006).

de sistemas. En el “pluralismo estructurado”, por el contrario, les compete a las EPS's contener los costos, esto es, racionalizar los mismos para que la mayor cantidad de personas pueda tener la cobertura esencial de salud definida por el POS.

Ahora bien: ¿cuál debe ser el tamaño del paquete básico de servicios de salud que el sistema debe suministrar a todos sus vinculados? Esta es una pregunta técnica, si se quiere, pero el comienzo de su respuesta arranca con algunas consideraciones básicas de filosofía política y de teoría de la justicia que se debatieron explícitamente en el proceso de estructuración del sistema. En primer lugar, está la cuestión de la equidad social: el sistema está dominado por una ideología altamente igualitarista que muestra, quizá sorprendentemente, una profunda socialización de la salud. En él opera el principio “lo mismo para todos”¹⁷ según el cual la cobertura básica de salud debe ser adecuada e idéntica para todos, con independencia de las fuentes de ingreso y de la capacidad individual de gasto de los individuos. En ese sentido el “derecho a la salud” que el sistema distribuye debe ser idéntico para todos, ricos o pobres. Esta máxima igualitaria, sin embargo, podría ser entendida (como en efecto lo ha sido) como una estrategia igualitaria de redistribución de la “misericordia” por vía de un POS de muy bajos estándares (González 2005).

Es cierto, de otro lado, que el principio “lo mismo para todos” debe tener, al mismo tiempo, un buen nivel técnico y profesional de cobertura de salud. Traducido a principios e ideas de justicia, el POS debía lograr “la formulación de un paquete de intervenciones esenciales como un instrumento de política central. La palabra ‘esenciales’ es clave, y debe diferenciarse en forma tajante de los adjetivos

¹⁷ Este principio es cierto, aunque las inequidades todavía permanecen: para personas sin capacidad de ahorro, la oferta de servicios del sistema es un techo insuperable y, por tanto, la calidad del mismo repercute directamente en su salud. Para personas con capacidad de ahorro, de otro lado, las prestaciones básicas del sistema son “superables” mediante el pago privado de servicios. La socialización es incompleta, pero en todo caso hay progresividad: la gente paga precios diferentes (un porcentaje de sus sueldos) para acceder al mismo paquete. El impacto redistributivo de este diseño es evidente, como bien lo anota Carrasquilla en su texto.

'mínimas' o 'básicas'. El paquete esencial no se basa en el principio de 'lo indispensable para los pobres', sino más bien en el de 'lo mejor para todos'. De hecho, este paquete está integrado por aquellas intervenciones que los análisis de costo-efectividad han destacado como la mejor inversión para la salud. Por lo tanto, constituyen el núcleo de la universalidad, es decir, el conjunto de intervenciones a las que toda persona debe tener acceso, independientemente de su capacidad financiera o situación laboral. Este nuevo tipo de universalidad, orientada por análisis explícitos de costo-efectividad y aceptabilidad social, evita las trampas de la universalidad clásica, cuya promesa de 'todo para todos' ha dado pruebas de ser insostenible incluso en los países más ricos. En este sentido, el análisis de costo-efectividad es mucho más que una herramienta tecnocrática, ya que representa un medio, científicamente fundamentado, éticamente sólido y socialmente aceptado, de lograr la asignación óptima de los recursos para la salud. Por lo tanto, un paquete esencial promueve la equidad tanto como la eficiencia de asignación de recursos" (Londoño 1987).

El sistema, pues, busca balancear la aspiración a la universalidad en la cobertura con el contenido de las prestaciones que el paquete universal e igualitario de prestaciones le puede prometer responsablemente a sus vinculados. Este tema, como veremos a continuación, ha suscitado controversias entre los actores del sistema. Estas controversias han aparecido con frecuencia ante los jueces que han tenido que ir estructurando algunas fórmulas de solución de las mismas. A continuación, pues, se presenta un resumen muy apretado de la intervención de los jueces constitucionales en relación al POS. De igual forma, y cuando ello se requiera, se pretende hacer una "traducción" del discurso jurídico de los derechos a la "lógica" de incentivos con la que funciona el sistema de salud de la Ley 100 de 1993.

5. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales.

El primer punto que hay que anotar es el siguiente: la labor de la jurisprudencia constitucional arranca en Colombia con *anterioridad al establecimiento y pleno funcionamiento del sistema de salud de la Ley 100 de 1993*. La Corte crea una serie de precedentes fundamentales en los años de 1992 y 1993 que luego serán fundamentales en su evaluación del sistema de la Ley 100. El segundo punto central es el siguiente: esta jurisprudencia anterior a la Ley 100 resultó luego fundamental para definir el papel que los jueces terminarían jugando en la “modulación”¹⁸ general del sistema de salud. Aunque los jueces no fueron explícitamente contemplados en la Ley 100 como integrantes de la función de modulación del sistema, era apenas natural que lo terminaran siendo. Los conflictos de interés en salud resultaron ser fácilmente judicializables¹⁹ y justiciables²⁰ por un cúmulo de factores que se estudiarán más adelante. Los organismos explícitamente comisionados para la modulación de tales conflictos no mostraron la capacidad técnica y operativa para resolverlos.²¹ Por estas razones

¹⁸ Para Londoño (1997) “todo sistema de salud tiene que desempeñar una serie de funciones cruciales que pueden agruparse bajo el término “modulación”. Este es un concepto más amplio que el de regulación. Implica establecer, implantar y monitorear las reglas del juego para el sistema de salud, así como imprimir en el mismo una dirección estratégica. El establecimiento de las reglas del juego es un proceso delicado en el que es necesario equilibrar los intereses de los diversos actores. Con demasiada frecuencia, esta función se ha descuidado, particularmente en aquellos sistemas de salud en los que el ministerio de salud dedica la mayor parte de sus recursos humanos, financieros y políticos a la prestación directa de servicios.”

¹⁹ La “judiciabilidad” de un conflicto consiste en la facilidad con la cual las partes interesadas pueden traerlo ante conocimiento de un juez para que lo dirima.

²⁰ La “justiciabilidad” de un conflicto radica en los poderes y habilidades que tiene la rama judicial para dictar sentencia sobre un conflicto de manera que dicha intervención es considerada como técnicamente competente y políticamente legítima dentro de un determinado subsistema social.

²¹ En la exposición de motivos del proyecto de ley No.2/2006 (Cámara) (Gaceta del Congreso No. 249/2006) el Ministerio de la Protección Social reconoció que se hacía “[...] necesario fortalecer el componente de inspección, vigilancia y control del sistema con énfasis en funciones de control, la introducción de sistemas orales o abreviados de procesamiento sin perjuicio de garantizar el derecho al debido proceso.” Frente al déficit en la capacidad de resolución de conflictos, la jurisdicción constitucional había emprendido tal tarea. Este proyecto de ley terminó siendo aprobado, con muchas modificaciones en la Ley 1122 de 2007, de cuyo potencial impacto se hablará posteriormente en el texto.

los jueces pasaron a jugar, en alguna medida, el rol de modulación que la Ley 100 concedía al Estado en general. Las razones de este fenómeno son varias: en primer lugar, fue evidente que la Superintendencia Nacional de Salud no contó con la capacidad técnica para cumplir como conciliador o adjudicador de las disputas al interior del sistema. Su preocupación fundamental se focalizó en cumplir con las funciones tradicionales de vigilancia y control en las entidades reguladas, pero nunca pudo asumir seriamente la resolución de conflictos entre usuarios y aseguradores. La dualidad de funciones y su completa inexperiencia institucional como adjudicador, pues, contaron como factores determinantes. Finalmente, la Superintendencia Nacional de Salud también exhibió una baja capacidad de gestión local: el sistema de salud ciertamente se piensa en Bogotá pero la prestación de sus servicios es necesariamente local. El sistema es uno, pero el nivel de conflictos que genera es masivo y local. Así, pues, muchos de los conflictos originados tienen una estructura típicamente dual, donde un usuario se enfrenta a la EPS por discrepancias en la prestación del servicios, en su calidad, en su oportunidad, etc., etc. Un organismo de supervisión como la Superintendencia, pues, no estaba preparado para lidiar con este tipo de conflictos. Frente a este tipo de características del conflicto, los jueces ofrecieron una alternativa con capacidad efectiva de respuesta. Por otro lado era claro que el Ministerio de la Protección Social tampoco habría de cumplir con esa función: a él, de hecho, se le quitaron explícitamente las funciones operativas de regulación que se le trasladaron a la Superintendencia. Ésta, sin embargo, cumple más tareas de interlocución y supervisión directa de las EPS's y menos con los usuarios del sistema. Por las características estructurales de los conflictos dentro del sistema de salud, era relativamente claro que los jueces se convirtieran en árbitros de los mismos.

La mejor forma de entender la interrelación entre “sistema de salud” y “derecho a la salud” es menos pacífica de lo que los abogados usualmente están dispuestos a aceptar. Bajo el influjo de metodologías coherentistas y sistemáticas de

interpretación normativa, el derecho tiende a afirmar que los sistemas sociales operativos (como el de salud) se *derivan* de enunciados normativos. Por esta razón, es frecuente escuchar que el derecho a la salud del artículo 49 de la Constitución es la cúspide de una pirámide deductiva de la que van surgiendo, casi que orgánicamente, las características concretas del sistema de salud. Estas interpretaciones coherentistas son importantes y, quizás inevitables, en derecho, pero esto no debe impedir el análisis realista de lo que ha sido el encuentro mucho más traumático entre el “derecho a la salud” instaurado en la Constitución y el “sistema de salud” establecido por las leyes de 1990 y 1993.

Para entender este punto, tendremos que dedicar algunos párrafos al desarrollo constitucional autónomo de un “derecho constitucional a la salud” y cómo este habría de toparse con el “sistema de salud” desarrollado por la ley.

6. El derecho constitucional a la salud.

La Constitución colombiana de 1991 desciende ideológicamente del modelo político de “estado social” europeo finalmente consolidado en la segunda mitad del siglo XX. Por esta razón, la actual Constitución es un ejemplo en América Latina de un proceso de globalización del constitucionalismo social-demócrata: en varios Estados se consolidaron mayorías reformistas (bien sea por vía electoral o constituyente), usualmente de signo socializante, que aspiraban a realizar cambios sociales de fondo sin incurrir en la centralización y dirigismo político y económico del Estado soviético. En tal sentido, las mayorías políticas trataron de dar forma a un nuevo constitucionalismo en el que se ampliaron de manera muy notable las cartas de derechos. Frente a la idea de lucha de clases, la constitucionalización de la social-democracia ofrecía un camino intermedio que podía generar los niveles de cohesión social que exige un pacto constitucional. Este fenómeno general ocurrió, con características muy similares, en el proceso constituyente colombiano de 1990-91, donde los partidos tradicionales se enfrentaban a una profunda crisis

de su duopolio político. El nuevo marco político y económico de cohesión social llevó naturalmente al esquema del estado social y democrático de derecho donde los políticos tradicionales y la nueva izquierda desmovilizada podían encontrar terreno común.

Frente a la crítica, ya vieja de la izquierda, en el sentido de que los derechos civiles (burgueses) y políticos eran insuficientes para asegurar la emancipación de las clases proletarias, las nuevas constituciones sociales reconocieron derechos constitucionales sociales (o de bienestar) e incluso derechos de acceso al capital (por oposición a derechos tradicionales de conservación del capital). La Constitución Mexicana de 1917 y luego la Constitución del Imperio Alemán de 1919 (llamada Constitución de Weimar por el sitio donde fue promulgada) establecieron varias normas que buscaban proteger nuevos aspectos de la ciudadanía social. En los Estados Unidos, aunque no hubo reforma constitucional explícita, el cambio del papel del Estado fue tan profundo que autores como Bruce Ackerman definen el *New Deal*²² como un período de verdadera transformación constitucional, quizá la más profunda que haya sufrido la Constitución de Filadelfia en toda su historia (Ackerman, 1991). Las agencias administrativas del *New Deal* llegaron a proponer como política nacional una “Nueva Carta de Derechos” en las que se incluían garantías individualizables al trabajo, a un salario justo, a la comida, vestido, vivienda, salud, seguridad social, educación, descanso y recreación.²³ Todos estos rubros, en conjunto, conformaban la idea de “seguridad económica”. En Francia, de la misma manera, los autores de derecho público progresistas empezaron a ofrecer, con gran éxito, nuevas teorías sobre el Estado y el derecho que expresaban ideas muy emparentadas con el espíritu social-demócrata (Duguit, 1902). Por esta razón, este período puede ser descrito como

²² En su discurso de aceptación de la candidatura demócrata (Julio 2, 1932), Roosevelt se comprometió con su electorado en el párrafo final de su alocución: “I pledge you, I pledge myself, to a New Deal for the American People”. Véase 1 The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt 657 (1938), en internet en <http://newdeal.feri.org/speeches/1932b.htm>

²³ National Resources Planning Board, *The New Bill of Rights*. New York Times, Marzo 11 de 1943, pg. 12.

un proceso creciente de globalización del constitucionalismo social a ambos lados del Atlántico, tanto en países centrales como en países periféricos. El constitucionalista alemán Hermann Heller capturó el espíritu de la época mediante el término “estado social de derecho” al que evaluaba como una forma civilizatoria que superaba los logros alcanzados por el estado liberal de derecho que buscaba conservar al tiempo que los trascendía.²⁴ En una primera globalización transatlántica de estas ideas, las constituciones latinoamericanas introdujeron nuevos conceptos más solidaristas de propiedad y trabajo durante las décadas de los treinta y cuarenta.²⁵ Estos experimentos constitucionales, sin embargo, se vieron usualmente empañados por el autoritarismo político de la época y por la dificultad todavía existente de comprender cómo el bienestar social era compatible con el pluralismo político y social. Igual ocurriría en Europa donde el Nazismo y el Comunismo también echaron por borda el primer intento de constitucionalismo social. En Alemania, en particular, el nazismo daría al traste con el experimento de Weimar. Su supresión violenta, sin embargo, unida a la violación masiva de los derechos humanos durante la segunda guerra mundial, allanaron el camino para el surgimiento, en la posguerra, de una muy acentuada conciencia de la necesidad de proteger los derechos sociales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948) y la Ley Fundamental de Bonn (1949), fueron en su momento documentos esenciales para vindicar la tradición del constitucionalismo social, poniendo los derechos por encima de la voluntad de los legisladores

²⁴ El proceso de nacimiento de un derecho social y la influencia de Heller en ello están excelentemente relatados en José Luis Monereo, *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.

²⁵ México, Brasil y Colombia son buenos ejemplos de esta tendencia en Latinoamérica. Durante las décadas de los treinta y los cuarenta, sus luchas constitucionales se expresaban en la necesidad de crear campo suficiente para redefinir derechos sacrosantos para la tradición liberal, como la propiedad y el derecho de asociación, de manera que pudieran responder a las necesidades de sociedades acosadas por la escasez de recursos y la inequidad en la distribución de la riqueza. Paradójicamente, ese afán por encontrar el espacio donde pudieran germinar la justicia social estaba amenazado por una inestabilidad política endémica. Ese es el contexto en el que se llegaron al sur nuevas o renovadas funciones sobre la función social de la propiedad, el derecho de asociación sindical y el derecho al trabajo en condiciones justas; ese es, igualmente, el telón de fondo de la Constitución mexicana de 1917 (ya aludida), la Constitución brasilera de 1934 (inspirada en la Constitución alemana del 19); y el acto reformativo de 1936 de la Constitución colombiana (inspirada en las ideas continentales sobre la función social de los derechos).

nacionales. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 empieza a hablar en Europa del poder normativo directo de las normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales para evitar que cualquier mayoría política pudiese violarlos.²⁶ En Colombia, de otro lado, tal tradición no era extraña: la obligatoriedad de la Constitución por encima de la ley también había sido establecida como una condición de paz política y económica entre los partidos políticos desde el gran acuerdo republicano del año de 1910.²⁷ De hecho, el concepto de supremacía de la Constitución fue la que permitió sellar en gran medida la “guerra de los mil días” al tiempo que le dio a los jueces poderes de arbitraje de conflictos entre opositores políticos. En la década de los setentas, el paso de la dictadura a la democracia en la península Ibérica²⁸ también creó grandes consensos social-demócratas entre partidos de izquierda y de derecha que motivaron la positivización constitucional de derechos económicos y sociales. La Constitución española de 1978, con la que se lidió exitosamente la transición del franquismo a la democracia, sirvió como inspiración ideológica en muchos países latinoamericanos que a partir de 1990 emprendieron sus propios procesos transicionales.

En el plano internacional, y bajo esta misma tendencia de conciliación ideológica, muchos Estados, incluyendo Colombia²⁹, suscribieron el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Económicos en el que también se incluía un texto que buscaba la garantía internacional del derecho a la salud.³⁰ Análoga

²⁶ Aunque este “invento” institucional usualmente se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. En el año de 1801 esta Corte asumió la facultad de anular por inconstitucionalidad leyes del Congreso Federal sin que existiera texto explícito en la Constitución de Filadelfia que la autorizara a ello. La primera ley anuló en el caso de *Marbury vs. Madison*. Ver al respecto Nelson (2000).

²⁷ Ver al respecto López Medina (2008).

²⁸ Tanto en Portugal como en España.

²⁹ Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

³⁰ El Artículo 12 del Pacto señala: Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. ||2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ||a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; ||b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; ||c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha

situación ocurrió con el Protocolo de San Salvador.³¹ Podría decirse, pues, que la línea genealógica del constitucionalismo social europeo y del derecho internacional sirvió como grilla de inspiración para la refundación del pacto político en la Constitución colombiana de 1991. La consagración de derechos, incluyendo los sociales y económicos, fue parte fundamental de esa renegociación del poder político.

7. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentalización del derecho a la salud (1992-1993).

En Europa, de otro lado, los derechos sociales llevaron a la implementación de amplias estructuras administrativas y financieras de Estado Bienestar que cumplieron, con relativo éxito, la función de aseguramiento social que la visión constitucional exigía de ellas. Los derechos se tradujeron rápidamente en sistemas administrativos autónomos. En América Latina, por otra parte, se establecieron sistemas de pensiones y salud similares a los existentes en el estado de bienestar europeo, pero estos terminaron ofreciendo una cobertura muy baja y segmentada, con enormes problemas de equidad social. Estos sistemas todavía estaban en vigencia cuando la Constitución de 1991 empezó a funcionar. La Corte Constitucional entendió, por tanto, que el nuevo estado social de derecho

contra ellas; ||d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

³¹ Aprobado mediante la Ley 319 de 1996. El artículo 10 del protocolo señala: Artículo 10: ||Derecho a la Salud. ||1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. ||2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: ||a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; ||b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; ||c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; ||d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; ||e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y ||f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

exigía mucho más que las prestaciones del precario estado de bienestar colombiano que se había construido en el período 1948- 1990. Es bajo esta idea general que empieza a activarse el concepto según el cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, los sistemas legales de prestación de salud y seguridad social pueden ser evaluados en sede judicial por violación de derechos de sus usuarios. La “fundamentalización” de los derechos sociales permitió la judicialización y arbitraje de controversias dentro de los sistemas de prestación de servicios de salud y otras formas de seguridad social.

Así, pues, y desde el comienzo de su actividad adjudicativa en 1992, la Corte opta por sostener una posición amplia de la noción de “derechos fundamentales”. Contra la posición más tradicional que sostenía que la Constitución, como texto pre-interpretado, sólo ofrecía justiciabilidad a los derechos liberales contenidos en los artículos 11 a 41³², la Corte, desde su segunda sentencia (T-02/92, M.P. Martínez), está dispuesta a sostener la fundamentalidad (y por lo tanto la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede judicial) de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - DESC's tales como la educación, la salud o el trabajo. En la T-402/92, la Corte asume que el derecho a la educación es, tanto como los derechos civiles y políticos más tradicionales, un título o reclamo inherente a la naturaleza y dignidad humanas y que, por tanto, su restricción sobre argumentos literalistas (basados en los artículos 85 y 86 C.P.) no es de recibo. Esta sentencia, sin embargo, no expresa una visión especialmente radical del asunto porque, primero, declara la fundamentalidad de la educación (un DESC no particularmente

³² Es decir aquellos los estrictamente denominados “derechos fundamentales” incluidos en el Capítulo 1º del Título segundo de la C.P. Para una discusión y crítica sumaria de esta tesis restrictiva (pre-interpretativa y literalista) y sus fuentes, véase Tulio E. Chinchilla, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Temis, 1999, p. 92-4. A la altura del 2002 la idea de “estado social” no concita para nada consensos generalizados. Uno de sus contradictores ha dicho: “El Estado Social de Derecho significa cualquier cosa, según el impulso y la intensidad emocional del intérprete de turno. Basta leer la profusa literatura que apareció en Colombia a raíz de la Constitución de 1991, para darse cuenta de la falta absoluta de contenido de esa expresión y de la ausencia total de rigor científico con que se la trata. Pero lo que hay en últimas de toda esa palabrería hueca, es la tesis de que el Estado es un ser espectacular, imbatible y todo poderoso que tiene la obligación de cuidar a todos y resolver los problemas de la gente “desde la cuna hasta el sepulcro”, como lo dijeron alguna vez con tanto orgullo los socialistas suecos”. Véase Fernando Londoño Hoyos, *La economía en la constitución de 1991*, 137 Revista Javeriana (2001).

polémico) y, segundo, lo hace en un caso donde se respalda el derecho a continuar la educación mediante la financiación privada del propio demandante.³³

La Corte, pues, construye la plataforma que le permitirá cumplir con funciones de arbitraje al interior de los sistemas que prestan derechos sociales. Es en los años 1992 y 1993 (y por tanto, antes de la expedición de la Ley 100) que la Corte empieza a hablar del derecho a la salud como derecho fundamental. La precariedad y debilidad del sistema de salud existente en ese entonces le suministran suficientes casos para justificar esta intervención jurídica. Así, por ejemplo, en la sentencia T-406/92 (M.P. Angarita) se insiste ahora que el derecho al saneamiento público y a la salud pueden ser fundamentales por su conexidad con intereses como la vida, la integridad personal o la dignidad humana. En esta sentencia la Corte estira la protección de los DESC's a la aceptación de un reclamo colectivo costoso (la terminación de un alcantarillado como condición de la protección de la salud de barrios de Cartagena), y a la identificación directa del Estado como deudor de la prestación. La Corte trabaja aquí con la idea implícita que una cobertura universal de acueducto y alcantarillado son obligaciones constitucionales directas.³⁴ Así mientras en la T-402/92 la Corte rompe con la posible interpretación literalista del capítulo 1 del Título 2º, en la T-406/92 la Corte muestra su voluntad por fundamentalizar verdaderos reclamos de bienestar social que implican el arbitramento, por parte del estado, de cuantiosos recursos y, todo

³³ Un derecho como la educación puede ser considerado, al mismo tiempo, como una libertad clásica o como una prestación social. Es en el primer sentido en que la T-02/92 declara fundamental el derecho a la educación interpretado éste como un derecho liberal clásico de autonomía a auto-financiarse una educación. Mucho más controversial hubiera sido declarar fundamental un derecho específico prestacional a obtener educación más allá de las posibilidades económicas personales.

³⁴ Hay que anotar que, al día de hoy, esta visión ha sido también adoptada por las ramas ejecutiva y legislativa. La política de cobertura integral en saneamiento básico es oficial en el estado colombiano, aunque a la altura del año 1991 era vista con enorme cautela y recelo. Véase al respecto el lanzamiento del "Programa Agua Transparente". Un informe del Ministerio del Medio Ambiente "muestra que entre 1996 y 2003 se desperdiciaron \$11,7 billones de pesos que la Nación giró a entidades territoriales para frenar problemas de saneamiento. Según esta cartera, si los recursos se hubieran invertido adecuadamente, 16 millones de personas, habitantes de 838 municipios, que hoy en día no tienen agua potable, la estarían recibiendo. Además, el 95 por ciento de las poblaciones tendrían alcantarillado, una obra que solo está disponible para el 65 por ciento de ellas" (Periódico El Tiempo).

ello, sin que sea necesaria mediación administrativa o legislativa. Esta sentencia, evidentemente, le da jurisdicción a la Corte para que arbitre el derecho social a la salud con consecuencias económicas directas.

Abierta esta brecha, la Corte inicia un proceso de “fundamentalización” de prestaciones más específicas de salud, por contraste a reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud³⁵ por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en sentencias como la T-522/92, la T-571/92, la T-484/92, la 499 de 1992, la T-505/92 y en la T-548/92. En todas estas sentencias se observa mediante procesos judiciales, algunos de los problemas fundamentales del sistema de salud previo a la reforma de 1993. En estas sentencias el condenado casi siempre es el Estado, bien sea el Instituto de los Seguros Sociales o algunos de los Fondos de Previsión existentes para aquel entonces. Los problemas señalados en las sentencias son evidentes: en uno de ellos, por ejemplo, la Corte condena al sistema por su incapacidad de ofrecer tratamiento a una persona enferma de SIDA, incapacidad además que, para la época, estaba fuertemente contaminada de incomprensión y de discriminación contra los pacientes. En otras sentencias, de otro lado, se denuncia la incapacidad de respuesta del sistema (excesiva mora en la programación de cirugías, por ejemplo) frente a enfermedades graves de las personas que afectaban su calidad de vida y su capacidad de trabajo. Finalmente en otras, la Corte denuncia la desprotección en la que se encuentran grupos sociales específicos tales como niños y ancianos.

La jurisprudencia de esta primera etapa está fuertemente influenciada por consideraciones de equidad y, sólo al final de la misma la Corte se hace consciente de su potencial impacto sobre el sistema en su conjunto (así, por ejemplo, en la T-548 /92). En este primer momento la Corte se da cuenta que su

³⁵ El derecho a la salud ha sido el derecho específico en que la Corte Constitucional ha debatido, desde un punto de vista más estructural, el problema de la fundamentalidad de los DESC's. Por esta razón resulta privilegiado en mi reconstrucción de la línea estructural.

intervención puede modificar claramente la demanda de servicios; en este período la Corte no se preocupa particularmente por la financiación de la oferta judicial que se está creando ya que en realidad piensa que estos son servicios que el Estado estaba en todo caso en la obligación de fondear, bien sea porque los había prometido a los afiliados de los sistemas de seguridad social existentes para entonces y que la Corte considera como deudores sistemáticamente incumplidos, o porque son tareas de salud pública indeclinables dentro de un estado social de derecho. La intervención judicial se justifica porque la Corte encuentra que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el de la vida y, por tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce efectivo de ese derecho prestando la atención en salud. La regla jurídica concreta, sin embargo, no resulta clara del análisis jurisprudencial: por esta razón parece ser una jurisprudencia de equidad, a veces en defensa de los trabajadores públicos que están perdiendo de manera irremediable sus esquemas de seguridad social en los que no encuentran respuesta a casos graves de postración por enfermedad, a veces en defensa de grupos vulnerables y discriminados (como los pacientes de SIDA o los niños). Más allá de la fundamentalidad del derecho a la salud, la Corte no ha acuñado aún, expresamente, las reglas que permitan predecir cómo habrá de intervenir en el sistema.³⁶ La regla de “fundamentalidad” del derecho a la salud tiene como consecuencia práctica que se abre la oportunidad para que los jueces empiecen a intervenir como árbitros moduladores del sistema en el que, hasta el momento, no participaban de manera significativa organizaciones privadas. Esta posibilidad de arbitraje judicial es muy amplia, porque como lo demuestra el estudio de A. Deaton (2007) citado por Carrasquilla, los sistemas de salud generan una gran cantidad de insatisfacción y reclamos por parte de quienes acuden a él. Esta apreciación es comprobada para el caso colombiano mediante los estudios de satisfacción de usuarios que ha adelantado la Defensoría del Pueblo (2005). Los procesos gerenciales y administrativos, unidos al natural estrés que produce la enfermedad, forman una combinación perfecta para configurar a un consumidor alarmado,

³⁶ Véase al respecto los trabajos de Arrieta (2003) y López Medina (2003)

insatisfecho y dispuesto a la defensa de sus intereses vitales más fundamentales. El sistema de salud, por tanto, requiere de mecanismos adecuados y eficientes de resolución de conflictos. La Ley 100 no los contempló de forma adecuada y el resultado actual en el que la jurisdicción constitucional ha encarado ese desafío responde en parte a esta falta de previsión legal. Este déficit de capacidad adjudicativa y conciliatoria en la resolución de conflictos dentro de la salud no es exclusivo del caso colombiano (Kinney 2000): su presencia ha sido frecuentemente anotada en el derecho comparado³⁷ cuando el sistema involucra una alta participación del sector privado y no existen jurisdicciones especializadas de seguridad social para el trámite del conflicto entre el usuario y el prestador de salud (Arango 2008).

8. La segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100, expedida el 23 de diciembre de 1993, contiene las características generales que permiten el uso eficiente de recursos, la contención de costos y la distribución racional de recursos que se examinaron más arriba en este texto. Con la promulgación de esta Ley se establece el Sistema General de Seguridad Social

³⁷ La lucha entre pacientes y EPS es universal y no debería sorprender. Legislaturas más populistas, como las de los Estados Federados de la Unión Americana, han intervenido con frecuencia en el sistema para ofrecer protección a los consumidores (Rich 2005). Estas intervenciones han generado una verdadera batalla constitucional entre estados y gobierno federal por regular la "industria de la salud". El legislador colombiano ha sido mucho más parco en general ya que hasta la expedición de la Ley 1122 de 2007 se abstuvo de regular las relaciones consumidor-prestador del servicio de salud. Su intervención ha sido más activa, por ejemplo, en protección del consumidor-pensionado. La labor de interpretar y ajustar las cargas del complejo sistema ha recaído en la jurisprudencia constitucional. Es posible que esta tarea exigiera de una jurisdicción especializada, como se ha propuesto ya en varias ocasiones. Lo cierto es que, mientras ello ocurra, la regulación judicial sigue siendo fundamental para resolver conflictos insalvables o ineludibles dentro del sistema. En mi opinión, el juez constitucional ha cumplido con una función de intermediación y resolución de conflictos insalvable, y no con una intervención en esferas económicas vedadas. El sistema de salud sería mucho menos estable y gobernable, hoy en día, sin intervención judicial que buscara mantener el diálogo abierto entre los diversos miembros del sistema.

en Salud (SGSSS). Este sistema recoge las líneas principales del “pluralismo estructurado” que discutimos más arriba. Como pieza central de los incentivos para el uso eficiente de recursos se estableció el Plan Obligatorio de Salud-POS como paquete esencial de servicios de salud que se ofrece a todos los afiliados al Sistema. La Ley 100, sin embargo, tan sólo estableció algunos principios generales que habrán de guiar la conformación del POS. La definición técnica del mismo correspondió a las primeras disposiciones reglamentarias que se dictaron en la materia. En estas, sin embargo, sobresale una característica esencial: el POS fue concebido a nivel reglamentario como *un listado cerrado y fijo* de procedimientos y medicamentos a los cuales podían acceder los afiliados del sistema.

En el Acuerdo 008 del 6 de julio de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) se afirmó en su artículo 6º que se adoptaba “como principio guía de orientación del plan obligatorio de salud, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbimortalidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”. En su artículo 7º, de igual forma se autorizaba a “[a]probar las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación. (...)”.³⁸

Estas normas, pues, buscaban volver realidad la necesidad de contener costos mediante la definición precisa de los tratamientos y medicamentos que debían ser

³⁸ El Acuerdo 008 de 1994 fue reglamentado por el Decreto 1938 de 1994 “por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994”. Luego este decreto fue derogado por el Decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

considerados esenciales (el principio de “lo mejor para todos” al que se refería Juan Luis Londoño). Este listado fue consolidado de manera muy precisa mediante la Resolución 5261 de 1994 ya que en ella se afirmó en su artículo 13 que “[l]a receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, *sin que por ningún motivo se admitan excepciones*, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario. No se reconocerán recetas que contengan artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos, (...)” De igual forma, en su artículo 49 se afirmó que “Los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica establecido por el plan obligatorio de salud.” Esta consolidación estricta del POS, de hecho, era una de sus características técnicas más importantes: la tendencia en los sistemas de salud contemporáneos es a que los planes se vuelvan cada vez más explícitos y contengan criterios de costo-efectividad.³⁹ Desde otro punto de vista, la consolidación del POS pareció algo prematura. Así, pues, desde el punto de vista de los aseguradores y promotores de salud, la claridad del POS eran características esenciales de la estrategia de racionalización de recursos y contención de costos; desde el punto de vista de los consumidores, de los profesionales de la salud y del Estado, la rigidez del POS abriría uno de los boquetes más amplios para su crítica. Resumiendo un proceso que es muy

³⁹ El proceso técnico de elaboración de los planes puede describirse, en general, de la siguiente manera: la mayor parte de países con financiación pública de la salud asume el costeo de los servicios mediante la codificación de los servicios asociados a los diagnósticos a incluir, de los cuáles se calcula una frecuencia esperada (ya sea por estimación de enfermos o de utilización de servicios), se establecen unos costos esperados para cada intervención (basados en tarifas, reportes de prestadores o estudios de precios de mercado) y se establece un valor esperado del costo total esperado de los servicios, el cual por lo general se expresa en unidades de población expuesta u objetivo (costo per cápita). Dentro de las estimaciones, es fundamental garantizar la calidad de la información y hacer ajustes por factores que puedan afectar la demanda de los servicios o su valor, la operación de los servicios entre otros (Pinto 2007). La operación final es la comparación del costo per cápita de la sumatoria de costo de los pares diagnóstico-intervención prioritarios con el presupuesto disponible, definiendo lo que puede ser financiado. En Colombia también se contempla que el plan es un conjunto de servicios limitado cuya modificación debe estar acorde con las prioridades en salud y el presupuesto disponible.

complejo, podría decirse que médicos y pacientes empezaron a articular la opinión que el POS, como había quedado reglamentado, no ofrecía el paquete esencial de servicios (“lo mejor para todos”) que se había prometido a sus usuarios. En la misma dirección también militaban, aunque por razones muy diferentes, los intereses de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud-IPS’s, casas farmacéuticas, laboratorios y demás proveedores de insumos y dispositivos.

Y aquí, en estas definiciones reglamentarias, es donde empiezan los choques entre el “sistema de salud” (como mecanismos de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios) y el “derecho a la salud” (como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato⁴⁰). Los diseñadores del sistema habían buscado la conciliación afirmando que el POS debía tener el paquete esencial de protección y recuperación de la salud (“lo mejor para todos”). Los casos que llegaron a las Cortes empezaron a mostrar, sin embargo, una tendencia preocupante (desde el punto de vista constitucional⁴¹) en la interpretación que del POS hacían las EPS’s: en primer lugar, empezaron a aparecer reclamos según los cuales la definición del POS implicaba renunciar a tratar los casos de enfermedades incurables porque, según se esgrimía, su tratamiento no era costo-eficiente y, por tanto, debía ser excluido del paquete general. De otro lado, la excesiva rigidez del POS empezó a chocar con la libertad profesional y científica de los médicos quienes veían en el sistema un celo excesivo en homogenizar el tratamiento de enfermedades según los protocolos de la medicina basada en la eficiencia. Los intereses de los médicos en este conflicto tienen una gama amplia que van desde la sincera opinión profesional sobre la eficiencia de un tratamiento alternativo (no incluido en el POS) hasta los incentivos

⁴⁰ Ni siquiera el más fundamentalista de los defensores de derechos humanos argumenta que el “derecho a la salud” exija la implementación inmediata del principio “todo para todos”. Sí se piensa, en cambio, que el “derecho a la salud” es una plataforma que permite el control y la discusión permanentes de qué nivel de protección se exige del sistema cuando este ordena “lo mejor para todos”. El derecho a la salud, por tanto, no exige una prestación *óptima* del servicio, pero sí pone presión para su *optimización* en sede judicial por las razones que se examinan en el texto.

⁴¹ Desde el punto de vista legal y reglamentario, sin embargo, la exclusión estaba plenamente justificada en la definición del Manual de Procedimientos y Actividades del POS-MAPIPOS (Resolución 5261, artículo 18).

tangibles que reciben de parte laboratorios para la prescripción de medicamentos de marca o de parte de proveedores para la utilización de tecnología nueva o alternativa. Esta complejidad en las motivaciones de los profesionales es, por tanto, uno de los temas más sensibles y difíciles en la estabilidad del POS como mecanismo de racionalización de los recursos del sistema.

La definición del POS, pues, generó estos dos reparos serios que se empezaron a expresar en demandas de aumento de la calidad del paquete básico: en primer lugar, resultaba realmente preocupante que un sistema de salud abandonara a los más enfermos por argumentos de costo-eficiencia; y en segundo lugar, resultaba difícil lograr el apoyo de los médicos en la contención de costos cuando esta era interpretada como una planilla demasiado rígida de conductas profesionales a adoptar.⁴² La jurisprudencia, pues, reflejó un problema de antropología médica y social que está relacionada con la concepción del “derecho a la salud”. Aunque parece demasiado abstracta, la jurisprudencia estaba respondiendo a una discusión muy amplia sobre el papel de los médicos y las formas como ellos practican la medicina. De un lado, está la idea del practicante individual que tiene, a partir de su experiencia clínica, conocimientos y creatividad, la capacidad individual de aplicar medicina a sus pacientes con resultados excelentes dentro del contexto del caso individual. De otro lado está la idea del médico como aplicador rutinario de protocolos completamente estudiados con resultados pre-definidos que establecen preferencias casi ineludibles de tratamiento por un análisis costo-beneficio. La llamada “medicina basada en la evidencia” parece sugerir el segundo tipo de aproximación. La “medicina basada en la evidencia” es central para la práctica profesional dentro de los sistemas de *managed health* como el colombiano. Este tipo de práctica médica, sin embargo, “presiona a los proveedores de servicios médicos a tomar decisiones casi exclusivamente sobre evidencia estadística [...] Esta doctrina [de la medicina basada en la evidencia] afirma que lo que es bueno para un grupo es bueno para cada individuo a pesar

⁴² Véase, por ejemplo, la sentencia SU-43 de 1995 y las otras sentencias de su progenie.

del hecho que esto con frecuencia no es así. La medicina basada en la evidencia puede ayudar al médico a evitar la subjetividad y a tomar una visión más escéptica de qué resulta médicamente útil y qué médicamente fútil [en el esfuerzo de recuperar la salud] Con ello la medicina basada en la evidencia se concentra más en la enfermedad y menos en el paciente” (Rieff 2008).

Esta aproximación empezó, pues, a generar choques al interior del sistema de salud en Colombia. Muchas de las demandas presentadas ante los jueces también expresaban, ya no tanto divergencias alrededor de la competencia técnica de los médicos o de las EPS's, sino ejemplos de “incompetencia interpersonal”⁴³, como la denomina la literatura especializada (Kinney 2000). La restricción técnica a los médicos (que, por tanto, a veces se volvieron abogados de los derechos de sus pacientes a lograr tratamientos alternativos por fuera del POS), los desencuentros “interpersonales” entre pacientes y prestadores de salud, todo aunado a los defectos sistémicos de exclusiones jurídica y políticamente insostenibles, abrieron la puerta para la intervención judicial. Todas estas circunstancias empezaron a traducirse en críticas constitucionales por parte de demandantes y, posteriormente, por los jueces.

Pero aquí no paraban los problemas: de forma sorprendente, el sistema de la Ley 100 de 1993 también buscó contener gastos mediante la exclusión de la terapéutica del SIDA, cuando ya era claro, tanto en la política pública⁴⁴ como en la jurisprudencia anterior a 1993 que esta exclusión no era jurídica ni socialmente aceptable⁴⁵. El POS, pues, era la pieza esencial de la estrategia de contención de costos, pero empezó a chocar contra la percepción, desde el punto de vista de la demanda, que algunas de estas exclusiones no eran aceptables dentro de un

⁴³ Al menos desde el punto de vista de los pacientes. La “competencia interpersonal” es definida como “el manejo de la interacción social y psicológica entre el cliente y el médico” (Donabedian 2003)

⁴⁴ El sistema, de hecho, había sido diseñado para soportar las “presiones epidemiológicas” contemporáneas, de las cuales el SIDA era quizás el ejemplo más notorio.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, la T-271 de 1995.

sistema bien concebido.⁴⁶ Un sistema que excluyera estas formas de enfermedad parecía insensible, defectuoso y, por tanto, violatorio del “derecho a la salud”. Las primeras sentencias de este período muestran esta tendencia decisional hasta culminar finalmente en la SU-043 de 1995 cuando la Corte hace esta tajante afirmación:

“Las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del plan obligatorio de salud *no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente*. Subsiste en favor de aquellos (niños beneficiarios) el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado”.

Esta afirmación tiene dos componentes esenciales para entender la jurisprudencia de la Corte: en primer lugar, resulta fundamental entender las *razones o motivos* que llevaron a la Corte a la extensión jurisprudencial del POS. No se avanzaría mucho en la discusión de estos temas si no se hace un esfuerzo por comprender dichos motivos y por incorporarlos como críticas al sistema desde la perspectiva de los derechos. Muchos articuladores de políticas públicas no están acostumbrados a considerar las relaciones que hay entre “sistemas” y “derechos” y cómo dichos discursos pueden reforzarse a través de un aprendizaje mutuo. Del otro lado hay que reconocer que el cumplimiento de los derechos depende de la existencia del sistema y que los abogados frecuentemente cometen el error inverso de concentrarse excesivamente en lo primero sin una cabal comprensión de lo segundo. Así, pues, la extensión jurisprudencial del POS tiene que ver con

⁴⁶ El diseño legal y reglamentario del POS, igualmente, prohíbe la incorporación de algunas técnicas de contención de costos que serían muy eficientes pero que desvirtuarían su función política y social. Así, por ejemplo, en el mundo de la medicina socializada del POS no pueden funcionar las “preexistencias”. Véase al respecto el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia C-112 de 1998.

la percepción, presente en el litigio, que el diseño del paquete esencial de prestaciones del sistema generaba unas rigideces inaceptables.

La segunda proposición fundamental que surge de esta jurisprudencia en los años 95-96 es la siguiente: la Corte prestó un relativo nivel de atención a cuestiones relacionadas con el “equilibrio financiero” del sistema. El núcleo de las reglas financieras de la Corte en materia de salud puede describirse de la siguiente manera: en un primer momento, la Corte consideró que las fallas del sistema tenían que ver con derechos inmediatamente exigibles a la red de seguridad social del Estado y, por tanto, lo condenó a realizar de manera directa y con cargo a su presupuesto general o al de sus entidades descentralizadas por servicios las intervenciones en salud y saneamiento público que llegó a conceder. En ese sentido la Corte no consideró que sus reglas tuvieran que preocuparse por los mecanismos de financiación de la ampliación de la oferta que su jurisprudencia generaba. Luego, en un segundo momento y cuando las condenas ya empezaron a afectar a los operadores privados de la Ley 100 de 1993 (y no solamente al Estado), la Corte buscó mecanismos para trasladar la carga financiera de su jurisprudencia al sistema en su conjunto, y no a las EPS's individualmente consideradas. Entendió, de un lado, que el POS jurisprudencial extendido era exigido por imperativos basados en su interpretación del “derecho a la salud”, pero consideró, al mismo tiempo, que esta extensión no era producto de la culpa o negligencia directas de las EPS's, sino por la rigidez del sistema. Por tal razón ordenó que los tratamientos y medicamentos no POS que ordenaba fueran reembolsados por el sistema a cada una de las EPS's en la medida en que estas prestaran los servicios.⁴⁷ La Corte, pues, confió en la capacidad de ahorro del

⁴⁷ Antes de la Sentencia SU-480 de 1997, la Corte Constitucional había establecido un camino tentativo en el tema relacionado con la posibilidad de recobro de los gastos en los que incurren las EPSs cuando brindan medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS. Las fórmulas, anteriores a la SU-480, que más se acercaban a considerar este asunto establecían la posibilidad obtener el reembolso de los costos en los que incurre una EPS privada que brinda medicamentos y tratamientos para el cáncer, en los siguientes términos: “Los gastos adicionales en que incurra la EPS demandada, podrá repetirse contra la Nación Colombiana, con cargo al fondo de reconocimientos de enfermedades catastróficas u otros recursos con destino al plan obligatorio de

sistema (que desde su diseño original tenía un amplio margen financiero destinado a la solidaridad) para corregir los defectos constitucionales que en su opinión tenía el POS y que resultaban de una agregación jurisprudencial muy lenta de los casos que le llegaban. Estos defectos fundamentales tenían que ver, como ya hemos dicho, con la idea inaceptable que el POS podía, bajo la pretensión de contener costos, (i) dejar rezagados a pacientes que padeciesen de enfermedades graves o incurables, (ii) a personas con SIDA, o (iii) restringir excesivamente las opciones profesionales y técnicas que los médicos tenían a su disposición. El derecho a la salud, pues, es un reclamo que contra el sistema hacen los pacientes con mucha frecuencia a instancia de sus propios médicos tratantes. En tales casos los médicos inician el proceso de reclamo de prestaciones no-POS mediante su consejo profesional al paciente, bien sea porque de esa manera aumentan sus opciones de tratamiento⁴⁸, o bien sea, por la razón más pedestre, que de esa manera ayudan a los pacientes a “navegar” las complejidades del sistema. La Corte, de otro lado, no fue tan cuidadosa en la financiación de tratamientos no-POS para los afiliados del régimen subsidiado. Entendió que en estos casos la responsabilidad final caía en manos del Estado y que las ARS's no tenían la obligación, como sí las EPS's, de prestar directamente los servicios.⁴⁹

De manera implícita, pues, la Corte ha aceptado que el sistema depende de su capacidad de contener costos y de financiar las prestaciones que se dan a los usuarios; pero, de igual manera, ha buscado ponerle límites a las estrategias de contención de costos. Este arreglo institucional parece adecuado: si la Ley 100

salud o, en último caso, con los asignados en el presupuesto al Ministerio de Salud Pública” (Ver, por ejemplo, la Sentencia T-114 de 1997).

⁴⁸ En Estados Unidos los aseguradores han pretendido imponer, por vía contractual, “gag rules”, esto es, mordazas a los profesionales de la salud que les impiden discutir con los pacientes alternativas de tratamiento que estén por fuera del plan básico que su seguro les cubre. Médicos y pacientes rechazan estas “mordazas” contractuales porque consideran, y no sin razón, que con ello se restringe indebidamente la libertad profesional y la transparencia en el ejercicio de la profesión. En Colombia, de otro lado, no existen “mordazas” contractuales, pero las EPS's dan incentivos fuertes a los médicos para que realicen los tratamientos dentro de los estrictos parámetros de costo-eficiencia que predefine el POS.

⁴⁹ Véase, sobre este punto, la sentencia T-478 de 1995.

tiene un defecto ampliamente aceptado, éste consiste que los sistemas de regulación estatal, la auto-regulación cedida a las propias EPS's y la regulación por vía de ligas de consumidores han sido insuficientes para darle al sistema balance y legitimidad durante los años críticos de implementación del mismo. Las EPS's tienen todos los incentivos para contener costos y aumentar la eficiencia del sistema, tal y como se pedía en el sistema teórico del "pluralismo estructurado"; sin embargo, no ha resultado muy claro cómo funcionan los incentivos para contener al contenedor de costos ya que la agregación de los intereses difusos de los usuarios ha probado ser excesivamente costosa y dificultosa. La jurisprudencia constitucional, por tanto, puede ser vista como la creación judicial de alianzas de médicos y pacientes en búsqueda de reglas para contener la contención de costos que, como es obvio, les interesa de manera más directas a ellos que a las EPS's⁵⁰. Constituye, evidentemente, un ejemplo de regulación mediante litigio difuso o desconcentrado.⁵¹ El punto de conflicto que requiere arbitraje vinculante radica en el nivel óptimo de eficiencia de recursos que no implique una rebaja del paquete esencial de derechos que reciben los afiliados al sistema. Este equilibrio entre costos y servicios no es estático, sino dinámico: corresponde a una discusión social extendida en el tiempo y, en ese sentido, los jueces han ofrecido un foro esencial de discusión y legitimación del sistema que no se hubiera dado al interior de las otras ramas del poder público. El derecho judicial es, en este sentido, mucho más abierto y democrático en la medida en que tiene mayor flexibilidad para seguir las opiniones de usuarios y consumidores en sistemas altamente dinámicos: a los ciudadanos les es inmensamente más fácil participar

⁵⁰ Ahora bien: el sistema siempre fue pensado como un sistema de colaboración, no como un sistema de contendores limitados por los intereses de los otros. Por esa razón el sistema y la Corte han buscado "internalizar" dentro de los operadores conductas cooperativas. En la Ley, por ejemplo, los que serían meramente "aseguradores" de riesgos son denominados "Empresas promotoras de salud". La integración vertical entre EPS's e IPS's debería reforzar la naturaleza médico-asistencial de las EPS's, sin volver a las IPS's parte del mecanismo de seguros. En esto consiste, entre otras cosas, la discusión al interior del sistema en relación con la integración vertical de EPS's e IPS's.

⁵¹ Este tema es particularmente complejo y sobrepasa el propósito del presente escrito. Al respecto pueden consultarse la muy sucinta presentación del fenómeno que hace Langer (2001) y la evaluación del papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los últimos años (Rosen 2008).

en el proceso de formulación del derecho judicial ya que las demandas y quejas que interponen tienen costos bajos y los jueces que las escuchan están ampliamente extendidos por todo el territorio nacional.

9. Tercera etapa: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial.

La tercera etapa de la jurisprudencia constitucional sobre salud se desarrolla en el período que va del año de 1997 al 2000. En este período se empieza a sentir con particular fuerza la presión del “sistema” frente a lo que consideró en su momento como la excesiva y anti-económica extensión del “derecho”. Frente a varios esfuerzos del sistema por restringir el POS jurisprudencial, se terminó por conservarlo con algunas cualificaciones y precisiones que han seguido operando hasta el día de hoy. Aunque hemos dicho que la Corte mostró sensibilidad ante el equilibrio financiero de las EPS’s privadas, permitiendo el recobro de la jurisprudencia no-POS contra los recursos del FOSYGA, ello no había ocurrido así siempre en relación a los prestadores de salud del sector público. La Corte había extendido de manera significativa el rango de servicios que debían prestar las entidades públicas. En la concesión de estos servicios, la Corte nunca había adoptado criterios muy estrictos para examinar el incumplimiento, culpa o negligencia de los prestadores. El análisis de la Corte, pues, había tendido a enfocarse en la prestación y no en la culpa o responsabilidad del prestador. En términos jurídicos, su análisis constitucional era basado, aunque opacamente, en teorías de responsabilidad objetiva y no en teorías de responsabilidad subjetiva que, de haber sido adoptadas, hubiesen sido super-erogatorias para el tipo de conflictos que la acción de tutela puede resolver adecuadamente.⁵² La jurisprudencia constitucional se ha enfocado, más bien, en

⁵² Una de las características económicas deseables de la acción de tutela es que reduce implícitamente la complejidad del análisis jurídico basado en la evaluación de cumplimiento del derecho (responsabilidad objetiva), sin centrarse en los temas probatoriamente más complejos de

la situación personal del enfermo y en la “insensibilidad” concreta que el sistema manifiesta cuando le deniega una prestación. Por estas razones, como hemos dicho, es una jurisprudencia de equidad más enfocada al caso concreto. En el año 1997 la Corte pareció entender que su jurisprudencia amenazaba la *sostenibilidad del sistema y, en particular, aquella parte del mismo sometido a la gestión de entes públicos*; de igual forma entendió que una focalización excesiva de equidad en casos individuales fomentaba la posibilidad de que existieran fugas fraudulentas en el sistema y que *free-riders*, a través de casos bien presentados y argumentados, obtuvieran las mismas decisiones equitativas que estaban obteniendo grupos desaventajados. Aunque no lo menciona explícitamente, la sentencia SU-111 de 1997 toma nota judicial de las posibilidades de corrupción que el POS jurisprudencial estaba abriendo. Así, pues, las constantes extensiones de oferta asistencial que hace la Corte con base puramente constitucional eran continuamente criticadas como un atentado contra la seguridad jurídica y la rentabilidad y predictibilidad económicas que deben presidir las relaciones entre Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.'s), el ISS y las demás Cajas y Fondos estatales, de un lado, y sus usuarios, del otro.

La sentencia SU-111/97 (M.P. Cifuentes) denuncia este estado de cosas y trata de redefinir y sistematizar la justiciabilidad del derecho a la salud. Con esta sentencia la Corte en pleno parece abandonar lo que ahora considera la indisciplinada e impredecible jurisprudencia de equidad que había promulgado hasta ese entonces y opta ahora por tecnificar la línea jurisprudencial, ocasionando así una sustancial restricción a la interferencia que el “derecho a la salud” puede ocasionar en el “sistema”. La jurisprudencia de la equidad se había basado sobre una lectura amplia de la conexidad de la salud con la vida, la integridad personal y la vida humana. Bajo esta lectura, el criterio de conexidad ofrecía un amplio (y potencialmente indiscriminado) puente para la

si el remedio judicial pedido depende de la “culpa” o “ilicitud” del comportamiento de algún actor (responsabilidad subjetiva). En las teorías objetivistas, como es obvio, se pierde algo de la capacidad de discriminación de conductas que tienen las teorías subjetivistas. En la sentencia SU-111 la Corte se da cuenta de esta realidad y busca remediar la situación.

fundamentalización de reclamos de salud. En la SU-111, este criterio de conexidad es visto como demasiado amplio y, además, anti-técnico. Las premisas de la nueva posición jurisprudencial son claras: la salud es ciertamente un derecho fundamental por conexidad, pero no con las nociones abiertas e imprecisas de vida, integridad personal o dignidad humana sino con el criterio, más exigente, de “mínimo vital”. El nuevo criterio⁵³ es una forma de cerrar la fundamentalización indiscriminada de costosos reclamos de salud y reducirla a casos donde la pretensión es absolutamente imprescindible para la conservación de la vida de personas que no pueden auto-financiarse la prestación. Pero eso no es todo. Adicionalmente la Corte anuncia que la concesión del derecho a la salud no puede hacerse por fuera de los marcos legales y contractuales establecidos para las E.P.S.’s. Por ello, entonces, las pretensiones de salud deben ser estudiadas con referencia a las normas sub-constitucionales que regulan la materia. Así, una persona usualmente debe mostrar algún incumplimiento grave de un derecho legal o contractual ya existente a la salud para que la Corte le tutele ese derecho. El mínimo vital-salud se convierte así en la protección constitucional de pretensiones urgentes de salud cuando es posible demostrar, de alguna manera, el incumplimiento parcial o total de al menos la apariencia de un derecho subjetivo nacido bajo la reglamentación sub-constitucional (legal o contractual). Esta reglamentación, como hemos visto, exigía una comprensión estricta y literal de los paquetes mínimos de servicios concedidos a los usuarios. En ese sentido, la noción de mínimo vital-salud sirve fundamentalmente como un proceso ejecutivo en salud (y no uno declarativo), en donde la morosidad o inexacto cumplimiento de la EPS genera un riesgo inminente para la vida del reclamante. Además, en este nuevo esquema, según la Corte, se fortalecen los valores del control democrático

⁵³ La noción de “mínimo vital” ya había sido utilizada desde mucho antes en Colombia. Véase T-426/92, M.P. Cifuentes, en la que se empieza a desarrollar el concepto en relación con la fundamentalidad del salario para la subsistencia. En la SU-111, sin embargo, el concepto es utilizado para redefinir restrictivamente el criterio de conexidad entre salud y vida. *Contra* Rodolfo Arango, La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales, *mimeo*. Para Arango la noción de mínimo vital liga, de manera todavía vigorosa, la idea de subsistencia (por debilidades de salud o de dinero) con la noción de fundamentalidad tutelable.

y la predictibilidad financiera en el sistema: la salud es ciertamente un derecho, pero uno que depende de la reglamentación que se le dé en los escenarios de la democracia representativa y de la consensualidad contractual entre EPS y usuario.⁵⁴ Correspondería a esos mismos escenarios la definición de los paquetes esenciales de servicio, sin posibilidad que los jueces entren a terciar en su configuración. La declaración judicial del derecho, sin consideración de los mandatos de la ley, del reglamento o del contrato es una intrusión indebida en un derecho constitucional político dependiente en su implementación de la mediación legal y contractual. En la sentencia SU-111/97 se expresó, pues, una posición jurídica donde el equilibrio financiero del sistema dependía de la intangibilidad de los paquetes esenciales de servicios definidos para el sistema de salud colombiano. En las sentencias anteriores la Corte se había preocupado ciertamente por la sostenibilidad del sistema, pero pensaba que ésta era compatible con la extensión medida de los servicios a partir de una crítica constitucional al contenido de dichos paquetes mínimos.

La sentencia SU-111/97 tenía, pues, el potencial de haber cambiado de manera radical la relación entre derecho y sistema. Sin embargo la dirección sugerida por la Corte en la SU-111 de 1997 probó ser inestable al interior de la Corte porque al muy poco tiempo de su expedición se siguió insistiendo en la protección judicial del derecho a la salud y cómo este no quedaba estrictamente subsumido en los paquetes mínimos expedidos por ley o reglamento. Así, por ejemplo, en la sentencia C-251/97, la Corte declara la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador y en ella manifiesta con gran entusiasmo la posibilidad de que los DESC's sean derechos fundamentales y, por tanto, directamente justiciables.⁵⁵A

⁵⁴ Este diagnóstico general es confirmado por Luis C. Sotelo, Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas, Consultoría BID, Noviembre de 1999.

⁵⁵ En la sentencia C-251/97 (en la que se revisa la incorporación al derecho interno del Protocolo de San Salvador), posterior a la SU-111, la Corte expresa todavía gran entusiasmo frente a la idea de considerar como fundamentales los DESC's. En dicha oportunidad, se señaló que: "[e]n efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los 'derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de

pesar de la sentencia SU-111, pues, la rigidez reglamentaria del paquete esencial de servicios siguió naufragando en los mismos escollos constitucionales de siempre: así, por ejemplo, la Corte criticó la insuficiente protección de salud a niños y adolescentes (T-640/97) y la inadecuada protección (¡una vez más!) a pacientes con SIDA (SU-480/97).⁵⁶

La conservación del POS jurisprudencial era posible, de otro lado, porque la Corte a su vez sistematizó el conjunto de condiciones bajo las cuales ella entendía que su intervención judicial en el sistema era legítima y mesurada. Para que ello fuese así, la jurisprudencia debía conservar el equilibrio financiero del sistema y ello se lograba, de un lado, imponiendo restricciones precisas para el acceso al POS jurisprudencial y, por el otro, permitiendo siempre el recobro al FOSYGA. Se entendía que, bajo estas dos condiciones, el sistema podía financiar las exigencias del derecho. Con relación al primer componente de la ecuación y para poder conceder a un usuario la extensión judicial de su paquete mínimo de servicios se requiere (hasta el día hoy) el cumplimiento de cuatro condiciones: en primer lugar, se exige que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; en segundo lugar, se requiere que el medicamento o tratamiento en cuestión no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para

desarrollo económico'. (...) Así, la Corte ha señalado que el 'Estado Social de Derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las necesidades básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas; por lo tanto, la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales."

⁵⁶ Lo mismo ocurre en la Sentencia T-366 de 1999 en donde la Corte califica la demora de una EPS en practicar una resonancia magnética como un atentado al derecho a la seguridad social "ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema." Argumentos de esta naturaleza en donde el criterio de conexidad entre la salud y la integridad personal, la vida y la dignidad humana siguen siendo el punto de apoyo para la decisión de la Corte se encuentra en otros fallos, por ejemplo las Sentencias T-283 de 1998, T-328 de 1998, y, T-329 de 1998.

proteger el mínimo vital del paciente; en tercer lugar se requiere que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, la Corte exigía que el medicamento o tratamiento hubiese sido prescrito por un médico adscrito a la empresa promotora de salud a la cual se halle afiliado el demandante.⁵⁷

La tercera de las condiciones de la Corte muestra su preocupación por lograr que la jurisprudencia POS sea realmente redistributiva y termine por beneficiar realmente a quienes son realmente pobres por oposición a quienes tienen mayor capacidad de defensa judicial de sus derechos.⁵⁸ La cuarta condición, de otro lado, muestra la relación que tiene la extensión jurisprudencial del POS con la libertad profesional de los médicos dentro de los protocolos de la medicina basada en la evidencia y no tanto con las necesidades asistenciales de la población. Aunque este aspecto de la jurisprudencia es esencial, no ha recibido atención explícita por los comentaristas.

Ahora bien: ¿por qué mantiene la Corte su polémica doctrina del POS jurisprudencial cuando la misma era ya objeto de oposición muy intensa al interior del sistema? Un breve análisis politológico podría ayudar a entender este punto, en apariencia paradójico. Es claro que a la altura de 1997 la Corte ya ha tomado atenta nota del equilibrio financiero que el sistema debe guardar. En la sentencia SU-111/97, de hecho, parece abandonar su extensión jurisprudencial del POS a favor de una visión más estricta de sus contenidos. Sin embargo, la doctrina del POS jurisprudencial extendido terminó siendo defendida por un grupo cada vez

⁵⁷Estas sub-reglas se han mantenido en el tiempo. Ver, al respecto, las sentencias, T-239/04, T-756/05, T-1304/05, T-1020/06, T-202/07 T-779A de 2007.

⁵⁸A pesar de este esfuerzo doctrinal, es claro al día de hoy que los jueces no pueden discriminar adecuadamente entre los usuarios del sistema. El efecto redistributivo de las sentencias debe estudiarse más detenidamente pero parece claro, en todo caso, que la doctrina de la Corte no es suficiente para lograr la diferenciación clara entre población con capacidad y sin capacidad de pago de tratamientos por encima del POS.

mayor y heterogéneo de intereses: pacientes, médicos, IPS's, farmacéuticas y demás proveedores, como es evidente, formaban el núcleo de esta defensa; pero más allá, resulta interesante ver cómo las autoridades moduladoras del sistema y, en particular, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud empezó a tener, al menos parcialmente, una concepción más abierta del POS hasta el punto de adoptar el Acuerdo 83 de 1997 en el que se recogía la noción jurisprudencial de POS abierto. Así, en su artículo 8º se reconoció expresamente que para “garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo”. Para conservar el equilibrio del sistema, además, se adoptó en el reglamento la provisión jurisprudencial de financiación: “Si el precio máximo al público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía. En el caso de que la formulación de dichos medicamentos se asocie a patologías que correspondan a las clasificadas como de alto costo, estos harán parte del recobro al reaseguro”. Estas decisiones administrativas al interior del sistema, en algún sentido, recogían la jurisprudencia constitucional.

Al mismo tiempo se estaba dando un nuevo desarrollo dentro de la estructura del sistema: como hemos visto, la inclusión de un POS fijo tiene el potencial de generar enormes conflictos, tanto con los usuarios como con el personal médico. Esto resultaba tan claro, que muchas de las tutelas terminaban siendo discusiones impulsadas por los médicos contra la camisa de fuerza que el POS les imponía cuando ellos tenían otra opinión sobre la mejor forma de tratamiento de una patología. Para la resolución de estos conflictos frecuentes, de hecho, se buscó internalizar dentro del sistema su resolución mediante la creación de los llamados

Comités Técnico-Científicos⁵⁹ donde se buscaba el arbitraje profesional de la opinión médica frente a las opciones costo-eficientes preferidas por el POS dentro de su Manual de Terapéutica. Así, pues, los CTC's son concebidos dentro de las EPS's para establecer "las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios". En la Resolución 5061 del 23 de Diciembre de 1997 se reglamentaron los CTC's y se les asignó como responsabilidad "la resolución de reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS's [...]" en relación, entre otras cosas, "al procedimiento para la prescripción de medicamentos esenciales con criterios de costo-efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." La misma Resolución 5061 en su artículo 4º especifica los criterios que deben seguir los CTC's para recetar estos medicamentos no POS. En ellos, en general, la regulación asume como propios los criterios que la Corte Constitucional había desarrollado en su interpretación del derecho a la salud:

"Criterios para la autorización: El comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, los siguientes criterios: (a) La prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, solo podrá realizarse por el personal autorizado. (b) Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva. (c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y

⁵⁹La Resolución 5061 de 1997 se encargó de reglamentar los "Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud". Esta era la respuesta que daba el sistema a la jurisprudencia constitucional que estableció las sub-reglas para el reconocimiento de medicamentos no contemplados en el POS. Se crea, así, una instancia que hace posible desarrollar una discusión eminentemente técnica (sobre la pertinencia y efectividad del protocolo de atención sugerido por el médico tratante) en un escenario distinto al del proceso judicial. De este modo, expertos en el tratamiento de la salud pueden arribar a una decisión científicamente fundada para la cual los jueces no tienen la preparación suficiente. Dicha resolución fue modificada por la Resolución 2312 de 1998, posteriormente derogada por la Resolución 2948 de 2003.

agotado las posibilidades terapéuticas que este consagra, sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado. De lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica. (d) Solo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país. (e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, estos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas".El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS, bajo la influencia del ejecutivo⁶⁰, abrió de manera muy controlada el POS y permitió un mecanismo de solución de controversias técnicas sobre su contenido en los CTC's. Los jueces, de otro lado, continuaron escuchando reclamos de los usuarios. Debe observarse, sin embargo, que los CTC's funcionan para casos concretos: ellos sirven fundamentalmente para resolver conflictos de criterio médico. No afectan, en este sentido, la configuración global *ex ante* del POS. Aunque las reformas administrativas de 1997 abrieron el POS para facilitar la resolución de desacuerdos médicos (que con frecuencia se tramitaban ante los jueces), también es preciso reconocer que el sistema, en su conjunto, mantuvo la definición del POS sin mayores cambios hasta el año de 2006. El ejecutivo, en diversas ocasiones, reconoció que la actualización del POS estaba rezagada de manera muy importante.⁶¹ Sólo hasta el año 2006 empezaron a hacerse los

⁶⁰ Como veremos en poco tiempo, es necesario tener una concepción de "ejecutivo plural" y no necesariamente "unitario": no existe unidad de criterios en temas como el del tamaño del POS. La dirección adoptada por el Ministerio de la Protección Social muestra una relativa voluntad de abrir el POS para permitir tramitar los conflictos que médicos y usuarios tienen con el sistema. Por oposición, los Ministerios de Hacienda y del Interior han tenido razones económicas, el primero, e ideológicas, el segundo, para oponerse a la extensión judicial del POS.

⁶¹ "Según David Palacios Valero, Director de la Gestión de la Demanda en Salud del Ministerio de la Protección Social, el Plan Obligatorio de Salud (POS) no se ha actualizado desde que se implementó la Ley 100, por la no disponibilidad de información que permita hacer los estudios técnicos necesarios; la estructura misma del Ministerio que no ha sido acondicionada para ello en términos técnicos, y la falta de voluntad política que no permite comprender que un Plan desactualizado distorsiona el equilibrio financiero y la posibilidad de satisfacer las necesidades de los pacientes.

estudios técnicos necesarios para la actualización *ex ante* del POS. Mientras ello ocurría en el CNSSS, la dinámica rutinaria de los CTC's y de los casos constitucionales seguía incluyendo medicamentos y tratamientos para casos particulares. La lentitud administrativa en la actualización del POS llevó a que en el Acuerdo 232 de 2005 se crearan mecanismos técnicos necesarios para una actualización social y técnicamente responsable del POS.⁶² El mecanismo no ha funcionado en la forma en que se esperaba: la revisión integral del plan de beneficios, al día de hoy, continúa sin realizarse.

La modificación administrativa del POS es la única forma con que el sistema cuenta para que la apertura del POS sea completamente previsible para las EPS's. El esfuerzo remedial de la jurisprudencia es importante pero tiene el defecto de ser siempre *ex post*, esto es, de depender de los casos concretos en que el derecho se conceda. Desde el punto de vista de las EPS's esta intervención resulta inadecuada porque tiene el potencial de destruir la efectividad del principal mecanismo de contención de costos: el listado finito y claro de servicios y médicos que se deben prestar a cada uno de los asegurados dentro del sistema. El POS jurisprudencial, por tanto, abre el listado y lo vuelve incierto porque la jurisprudencia, finalmente, genera doctrina constitucional y no órdenes médicas: ha creado un "estándar" de ampliación del POS que, aunque resulta jurídicamente claro, es financiera y médicamente incierto porque depende del número de

Ahora el propósito es disponer de una estructura que permanentemente recoja información del sistema para hacer la actualización y determine qué es lo técnicamente financiable, los ajustes de costos en la UPC en caso de ampliar beneficios, si es necesario darle más cobertura a las personas en lugar de más servicios, si se ajustan los valores de la UPC o el plan de beneficios, porque al final los recursos son los mismos. Entonces, se decidió hacer un estudio técnico del plan de beneficios, para evaluar si se van a dar más coberturas o se van a liberar recursos para dar más aseguramiento con las mismas coberturas, o se ajustan las coberturas del plan de beneficios." Periódico EL PULSO- Periódico para el sector de la salud. Año 5, No. 58, 2003.

⁶² Esta afirmación aparece confirmada en el Informe 2005-06 del Ministerio de la Protección Social al Congreso de la República: "[c]omo parte fundamental para el proceso de actualización de los Planes de Beneficios, se creó [...] el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología [...], como un organismo asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuyo objeto es el de apoyar al Consejo en el ajuste y actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS) usando la evaluación de tecnología y medicamentos como mecanismo para que el POS responda a los principales problemas de salud de la población colombiana."

demandantes, de sus dolencias específicas y del resultado jurídico que obtengan dentro de sus procesos judiciales.

Las órdenes de la jurisprudencia podrían ser entendidas de dos formas alternativas: en primer lugar, podrían ser entendidas como reglas claras en las que los tratamientos ordenados en un caso deberían ser incorporados por vía general a cualquier paciente, además sin necesidad de que los reclamase por la vía judicial. Bajo esta comprensión, las sentencias serían precedentes en sentido estricto que tendrían la capacidad de cambiar *ex ante* el comportamiento de las EPS's. En este orden de ideas cada sentencia generaría un cambio real del POS y, por tanto, generaría un recálculo actuarial de las prestaciones de todo el sistema y en consecuencia de la UPC. Sin embargo la jurisprudencia, al menos en este tema, no funciona como si se tratara de reglas con capacidad de influenciar el comportamiento *ex ante* de los aseguradores de salud. De hecho, la Corte Constitucional ha dejado dos puertas abiertas en su jurisprudencia para no apretar demasiado a los aseguradores del servicio: la primera, como hemos visto, que puede haber recobro al FOSYGA, para que no se afecte la ecuación financiera del servicio; la segunda, que el comportamiento de las EPS's puede ser *ex post*, esto es, que sólo están obligadas a ampliar las prestaciones POS para aquellos pacientes que hayan logrado una declaración judicial específica de violación de su derecho a la salud. Bajo esta técnica, pues, no se requiere variar los cálculos actuariales de las EPS's, excepto en lo concerniente al impacto financiero por el tiempo que se requiere para recuperar los recursos que han sido pagados a los prestadores. Algunas de ellas, sin embargo, empiezan a tener algún tipo de comportamientos *ex ante*: como el número de tutelas en casos individuales es inmenso, se pueden hacer estudios de los principales tratamientos y medicinas que los jueces están reconociendo así como cálculos del número de afiliados que dentro de la población reclamarían esos beneficios extra-POS por vía judicial. De otro lado, y como lo demuestra el trabajo de Carrasquilla (2008), el cálculo total de la inclusión administrativa *ex ante* de toda la jurisprudencia extra-POS exigiría un

aumento muy importante de las cotizaciones que tendrían que hacer todos los actores del sistema. Según Carrasquilla “[n]uestros resultados muestran que si se redefine el POS para evitar ese deterioro patrimonial, es preciso incrementar la UPC en cerca de 17% en términos reales. Obviamente, un alza de 17% representa un esfuerzo importante por parte de los contribuyentes al sistema y amerita mucha reflexión. Primero, porque elevaría aun más las cargas que tiene para las empresas que crean empleo formal en Colombia, contratar nuevos trabajadores” (Carrasquilla 2008).

La jurisprudencia, como es obvio, no está diseñada ni capacitada para atender discusiones técnicas entre el personal médico del sistema. Por esta razón, las demandas no se presentan ante los jueces de esta manera aunque, con mucha frecuencia, esa es la causa primaria del conflicto. En el proceso de demandar, pues, el conflicto sufre una traducción: se presenta más bien un reclamo expresado como exclusión ilegítima del servicio basada en teorías de discriminación, desprotección de sectores vulnerables o, finalmente, exclusiones muy graves del POS que amenazaban la justicia global del sistema. El tamaño del POS ha venido creciendo, en ese sentido, de la mano de la jurisprudencia constitucional. Cuando las autoridades administrativas han tratado de ampliar el POS bajo los dictados de la jurisprudencia, ésta usualmente no ordena la inclusión de medicamentos específicos; habla preferentemente de personas individuales o de grupos de personas que, en situaciones específicas de vulnerabilidad y falta de capacidad de pago, deben ser atendidas. Las autoridades administrativas y médicas, del otro lado, deben hacer la traducción de la ideología constitucional a los términos del vademécum médico. Esta traducción ciertamente no refleja con la claridad deseable las luchas constitucionales y sociales que se dan en la discusión jurídica. Una breve revisión de los Acuerdos complementarios del POS en los últimos tres años muestra esta característica de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Acuerdo 289 de 2005 reconoció como componente del POS todas aquellas prestaciones de cirugía plástica reconstructiva (tales como la cirugía

reparadora de Seno, el tratamiento para paladar hendido y labio fisurado y el tratamiento para gran quemado) que el Acuerdo 008 de 1994 había confundido peyorativamente con tratamientos meramente “cosméticos, estéticos [o] suntuarios”.⁶³ El Acuerdo 336 de 2005 incorpora al POS tratamientos esenciales en la enfermedad renal crónica así como medicamente fundamentales en la terapéutica del VIH-SIDA.⁶⁴ Más adelante, en el Acuerdo 350 de 2006 (CNSSS 2007) se ordenó la inclusión en el POS y en el POS-S del “procedimiento de ‘Evacuación por aspiración del útero para terminación del Embarazo’ como alternativa a la técnica de legrado o curetaje que ya está incluido en el Plan Obligatorio de Salud para los siguientes casos: 1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. 2) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. 3) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo

⁶³ Detrás de esta polémica estaba en juego un asunto central. Frente a la posición de varias EPSs que buscaban excusar el cumplimiento de sus deberes legales argumentando que algunas de las operaciones y aparatos solicitados eran de carácter puramente estético (y, por tanto, estaban excluidos del POS), la Corte empezó a construir un argumento distinto que veía en dichos procedimientos una atención necesaria, pues se trata de intervenciones que contribuyen a la recuperación de la salud que tienen un carácter reconstructivo y/o funcional. Sin embargo, y como ha ocurrido en otros casos, decisiones de este tipo demandan un análisis, caso por caso, por parte de los médicos tratantes. De cualquier modo, la negativa o la dilación injustificada de la autorización de un procedimiento quirúrgico, o de la entrega de un aparato terapéutico (como las prótesis o los audífonos) sin que la EPS verifique si dicho procedimiento es de carácter reconstructivo, funcional o simplemente estético, vulnera el derecho a la salud de los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud. Esa es la jurisprudencia vigente en la materia Ver, entre otras, las sentencias T-991 de 2000 (sobre prótesis que reemplaza una extremidad); T-1387 de 2000 (que ordena la entrega de una prótesis ocular); T-755 de 2007 y T-822 de 2007 (que ordenan la realización de una mamoplastia funcional); y, T-018 de 2008 (ordenando una cirugía reconstructiva de senos afectados por quemaduras).

⁶⁴ Ver, al respecto, la Sentencia SU-480 de 1997 que refunda la línea jurisprudencial en esta materia. En temas de SIDA, el Ministerio de la Protección Social reconoció en su informe de 2005-2006 que “Se ha procurado de una parte aclarar aspectos a fin de favorecer el acceso a los servicios y de otra ajustar los contenidos, garantizando el mejoramiento de la calidad de salud, a través de los procesos para el diagnóstico, la atención, el control, la rehabilitación y la medicación de los afiliados, lográndose la inclusión en el POS de los procedimientos y medicamentos que garanticen una mejor y más oportuna atención a los pacientes de VIH e IRC en concordancia con el avance técnico científico, a partir del consenso realizado con las Sociedades Científicas respectivas.”

fecundado no consentidas, o de incesto. Incluye los medicamentos para este procedimiento que no se encuentren cubiertos en el POS”. Con esta norma el POS incorporaba a su interior la enorme discusión constitucional y social que se había dado en el país en torno a los casos en que el aborto fue reconocido como derecho constitucional de las mujeres. En el Acuerdo 356 de 2007 se incluyó la “cobertura de la vasectomía o esterilización masculina, como método definitivo de planificación familiar”. Evidentemente estas extensiones administrativas del POS respondían, al menos parcialmente, a procesos jurídicos autónomos de constitucionalización de libertades reproductivas contenidos, por ejemplo, en la sentencia C-355 de 2006. La rama administrativa del poder, encargada de la modulación del sistema, estaba respondiendo con lentitud (y muy parcialmente) a la naturaleza dinámica del POS.

La Corte Constitucional y el CNSSS parecían ahora estar de acuerdo, al menos en principio, en un POS moderadamente abierto que le diera suficiente flexibilidad a los jueces de tutela y a los CTC's para hacer incorporaciones de medicamentos en casos particulares. De la misma forma, al menos en los años 2005-2007, el CNSSS empezó a hacer alguna actualización del POS, reflejando algunos de los temas jurisprudenciales más frecuentes y apremiantes. Esta convergencia política y técnica se ha cimentado de manera muy lenta dentro del sistema en el período 1997-2005. Sin embargo, en el año 2000 se dio el último intento fuerte por regresar a una concepción cerrada del POS. Aquí intervino el ejecutivo tratando de reformar de manera directa la Ley 100 porque, como lo ha hecho notar Arrieta, en ella no se había tomado ninguna decisión concreta con relación al tamaño y al nivel de “apertura” del POS. De hecho, la Ley originalmente sólo incluía una noción dinámica de POS en el parágrafo 2º de su artículo 162:

“Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil

epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.”

Esta norma original fue modificada mediante el artículo 98 del Decreto 266 de 2000 para decir ahora que “[c]on el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones de Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional ‘conforme a la tecnología apropiada disponible en el país’ según se dispone en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual *la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes público y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el Plan Obligatorio de Salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.*

*En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud [...]*⁶⁵

La norma, como es evidente, buscaba disminuir del impacto de la tutela en la solución de conflictos al interior del sistema. Se aceptaba la necesidad de una cierta apertura del POS para lidiar con situaciones donde “estuviera de por medio el derecho a la vida”, pero las mismas debían tramitarse como incidentes

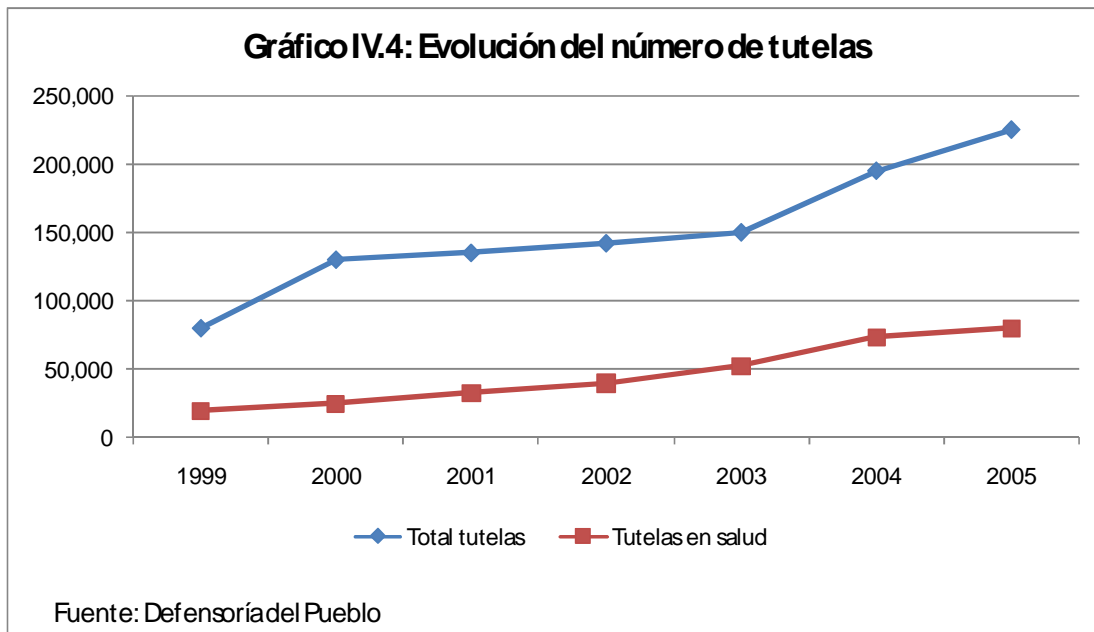
⁶⁵ Énfasis añadido.

administrativos estrictamente al interior del sistema de salud y no ante las jueces constitucionales. A pesar de su mal disimulada animosidad contra la jurisprudencia constitucional, la norma revela en todo caso un principio jurídico y moral que ya parece estar suficientemente consolidado en todos los actores del POS: una definición demasiado estricta del POS no es sostenible si con ella se pretende que personas con enfermedades o condiciones muy graves pueden ser simplemente abandonadas a su suerte. Este principio no significa que el sistema puede reconocer “todo para todos”. Pero, por otro lado, el POS rígido no puede responder a los casos graves en los cuales el tratamiento no resulta costo-eficiente para todo el sistema. Este abandono consciente de los más enfermos viola, como lo había dicho la Corte desde el año 1992, el derecho a la salud de los colombianos.

10. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud.

Después de los esfuerzos fallidos de reconfiguración del derecho a la salud en la SU-111/97 y en el Decreto 266/2000 es claro que la Corte mantiene un POS jurisprudencial relativamente abierto. A partir de 1999 se da “un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999 de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país, el 24.6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000 el número de tutela aumentó a 131.765 y el 18.9% (24.913) fueron de salud. En el año 2001 el número de tutelas aumentó muy poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud sí aumentó, pues pasó a ser el 25.6% (34.226). En el año 2002 la tendencia continuó, incrementando levemente. Para el 1º de diciembre de 2002 se habían presentado 140.095 tutelas de las cuales tan solo el 25.03% (35.072) eran de salud.” Datos más recientes de la Defensoría del Pueblo, recogidos en el análisis de Carrasquilla, muestran que esta tendencia al

aumento se ha mantenido para el período 2003-2006 hasta el punto en que las tutelas en salud llegaron a ser, para el último año del período, superiores a 75.000:



El impacto de estos datos muestra una nueva situación, que podría describirse de la siguiente manera: finalizada, de alguna manera, la “guerra ideológica” en torno a la jurisprudencia POS que se libró entre los años de 1997 a 2000, la interpretación jurisprudencial terminó por estabilizarse, operacionalizarse y, finalmente, masificarse. Según Arrieta, “[s]alvo que se trate de un caso con aspectos novedosos, tan solo se requiere aplicar la regla, reiterarla.” La mayor parte de los fallos de tutela en salud son “sentencia de reiteración” en la que de manera muy breve la Corte reitera las condiciones en las que el POS se flexibiliza para proteger el derecho a la salud. En un texto que ha llegado a ser canónico, la Corte afirma que las prestaciones del POS del régimen contributivo, por ejemplo, actualmente pueden ser extendidas en los siguientes tipos de caso:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las entidades promotoras de salud (EPS) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS) cuando: (i) la

falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio” (Arrieta, 2001)

Ahora bien: decir que la guerra ideológica en torno a la jurisprudencia en materia de salud había terminado no es completamente correcto. En el año 2002 se volvería a desafiar su estabilidad, pero ésta vez de manera masiva, cuando el Ministerio del Interior propuso una reforma constitucional que buscaba eliminar el papel que los jueces constitucionales habían construido como adjudicadores del Sistema de Salud. El ataque, sin embargo, no estaba redactado en términos específicos al sistema de salud sino que proponía, en general, la eliminación por vía constitucional de la “fundamentalización” de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, en efecto, el Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002 ordenaba explícitamente que los jueces sólo podían tutelar los derechos del Capítulo I del Título II de la Constitución, excluyendo así los DESC’s que están consagrados en el Capítulo II. La norma propuesta, además, impedía que los jueces pudieran expedir sentencias que impusieran obligaciones “que supongan alterar las Leyes”. En la estocada final, el proyecto limitaba considerablemente la posibilidad de interponer tutela contra particulares, doctrina que, como es evidente, ha sido esencial en el tema de la salud donde muchas de las EPS’s ostentan precisamente esa condición. En la Exposición de Motivos del proyecto, el Gobierno afirmó expresamente que “[d]e la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue la intención inequívoca del constituyente de 1991. Su extensión, por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el constituyente no

les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas, de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante tutelas se han impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales de derecho. Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales, o de cárceles o de vías, o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia, en partes esenciales del poder ejecutivo. Por eso yendo a la doctrina y la legislación universales en la materia, el derecho de tutela, llamado de amparo en otras naciones, debe limitarse a la protección de los derechos de contenido absoluto, es decir, de los que se ejercen erga omnes, y no de los derechos de segunda o tercera generación, imponiéndole al Estado cargas y gravámenes que no está en condiciones de atender.”

El Proyecto de reforma constitucional fue finalmente archivado, pero revela de nuevo la resistencia política e ideológica que la justiciabilidad de los DESC's seguía teniendo en el país. Frente a esa resistencia, es muy llamativo cómo la doctrina haya tenido la tenacidad suficiente para mantenerse a pesar de los intentos constitucionales, legales y jurisprudenciales por cambiarla. Podría decirse hoy en día que la doctrina goza de un período de relativa estabilidad gracias a la interacción de tres factores poderosos: en primer lugar, y en estricto derecho, la doctrina está en sincronía muy clara con las tendencias de fortalecimiento de la justiciabilidad de los DESC's en la interpretación que se hace de documentos constitucionales e internacionales.⁶⁶ Podría decirse que en derecho, hoy en día, la justiciabilidad de los DESC's es una frontera muy dinámica y enérgica que constituye una tendencia innegable. Su fuerza se ha hecho sentir en la

⁶⁶ Ver al respecto el trabajo de Abramovich y Courtis (2002).

jurisprudencia colombiana que, además, tiene un liderazgo internacional indudable en el tema. Este liderazgo genera un cierto compromiso con la comunidad interna e internacional en el sentido de que la Corte sabrá mantener la justiciabilidad de los DESC's a pesar de los enormes conflictos, resistencias y costos que la doctrina puede generar en los distintos campos que toca.

En segundo lugar, y en plano más politológico, la doctrina tiene un importante nivel de legitimidad social que se fundamenta en los diversos tipos de alianzas políticas y sociales que la respaldan en los diversos derechos específicos cuya judicialización permite. En materia de salud, en particular, hemos visto que hacen parte de esa alianza el Estado (tanto la jurisdicción constitucional como algunas dependencias de la Rama Ejecutiva, fundamentalmente el Ministerio de la Protección Social); los pacientes y los médicos; y, finalmente, las compañías farmacéuticas, IPS's y proveedores que ven en el POS jurisprudencial una manera de expandir su mercado. Esta alianza, a su vez, no tiene los enemigos poderosos que en otros campos han detenido la expansión de doctrinas constitucionales: en el tema de la salud, en particular, la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no han presentado resistencia a la jurisdicción constitucional. De hecho, la tendencia marcada parece mostrar una armonización de la doctrina entre las jurisdicciones.

Finalmente, la doctrina ha cumplido una serie de funciones importantes e innegables en el sistema de salud: en ese sentido su impacto ha sido benéfico incluso para aquellos que se oponen a su actual definición porque, más allá de la distribución de recursos que hace entre “ganadores” y “perdedores”⁶⁷, la justiciabilidad de la salud en sede constitucional ha permitido la resolución de conflictos al interior del sistema que ninguna de las otras instituciones moduladores podía haber estado en capacidad de asumir. La doctrina, en fin, ha tenido una función jurisdiccional en la que casi todos los actores han resultado “ganadores” (con la posible excepción de los aseguradores, aunque incluso para

⁶⁷Ver al respecto los trabajos de Sage (2008) y Gallanter (1974).

ellos la sola tarea de resolución de conflictos es necesaria). Este déficit de capacidad judicial, de hecho, ha generado una reforma legislativa reciente mediante la expedición de la Ley 1122 de 2007 en la que se fortalece la capacidad de la Superintendencia Nacional de Salud para que intervenga, tanto como conciliador y como juez, en las relaciones entre consumidores, aseguradores y prestadores del servicio.⁶⁸ La Ley, de hecho, fue declarada exequible en la sentencia C-117/08. La siguiente batalla jurídica, muy probablemente, se centrará en el tema de si la Ley 1122 estableció un “juez natural” para las controversias emanadas del sistema que impedirá en el futuro la actuación directa de la jurisdicción constitucional. Aunque el texto de la ley no tiene ninguna disposición específica al respecto, sí se afirma que, al menos para los casos concretos de los que conozca la Superintendencia, sus decisiones tienen “carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”. Lo más probable parece ser, sin embargo, que esta norma genere a los quejosos y reclamantes la posibilidad alternativa de acudir ante la justicia administrativa o ante la justicia constitucional. Luego, finalmente, habrá que ver si la justicia constitucional asume alguna forma de supervisión sobre la justicia administrativa o si adopta, en su lugar, el principio de cosa juzgada que le impediría entrar a revisar el fondo de las decisiones proferidas

⁶⁸ El artículo 41 de la Ley da competencias muy amplias a la Supersalud en precisamente el tipo de controversias que ha venido atendiendo la jurisdicción constitucional. Es importante notar cómo la definición legal ya muestra una mayor sensibilidad a clasificar los tipos de conflictos que el sistema ha venido generando. Dice así el artículo 41: Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;
- c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

por la Superintendencia. La respuesta a estos problemas jurídicos dependerá, en gran medida, del comportamiento de los litigantes y de las posiciones doctrinales que adopte la jurisprudencia de la Superintendencia Nacional de Salud. Resulta igualmente importante esperar el desarrollo que recibirán algunas de las “reglas adicionales de operación” del Sistema que fueron establecidas en la Ley 1122. Entre ellas, la más importante para el tema del presente estudio es la establecida en el literal j) del artículo 14 que introducirá una sanción (un incentivo negativo) para obligar a que los CTC’s asuman una parte muy importante de la carga adjudicativa que por ahora vienen soportando los jueces constitucionales. Según la norma, “[e]n aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. *Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.* El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.”⁶⁹

En su conjunto, pues, la Ley 1122 (al otorgar competencia judicial a la Superintendencia Nacional de Salud y al incentivar fuertemente la presentación ante los CTC’s de los conflictos relacionados a medicamento en enfermedades de alto costo) debe tener el efecto de generar una fuerte “desjudicialización” de las controversias. Este desarrollo puede ser beneficioso si la “desjudicialización” no significa necesariamente “desconstitucionalización”. Para que ello sea así, sin embargo, se requiere una observación muy cuidadosa de los patrones decisionales que estas instancias comiencen a adoptar. El alcance de la competencia de los CTC’s, además, se encuentra ahora bajo discusión en los

⁶⁹ Énfasis añadido.

expedientes de inconstitucionalidad D-7013 y D-6927: en la redacción de la ley 1122, los CTC's sólo serían literalmente competentes para tomar decisiones con relación a medicamentos extra-POS. Esta limitación ha sido considerada inconstitucional tanto por los demandantes (en los expedientes precitados) como por el Procurador General de la Nación, quien en su concepto 4462, ha pedido la ampliación de la competencia de los CTC's para que cubran no solamente los medicamentos, sino también los diagnósticos, tratamientos, medicamentos, actuaciones, procedimientos e intervenciones extra-POS y cuya prestación sea necesaria para la defensa del derecho a la vida y a la salud de los usuarios del sistema. Esta ampliación es bienvenida ya que quita una cortapisa artificial en la competencia de los CTC's; pero, de la misma manera, multiplica el número de decisiones que el legislador le está confiando a los CTC's y, por tanto, a un cierto mecanismo de "auto-regulación" de los aseguradores del sistema. Las bondades de descongestión judicial son evidentes y posiblemente de especialización adjudicativa. Los CTC's, en todo caso, deberán mostrar que esta aumentado confianza social es merecida y que sus respuestas logran balancear de una forma más acertada que los mismos jueces constitucionales el delicado equilibrio entre los derechos a la vida y a la salud y la eficiencia general del sistema.

11. Las consecuencias imprevistas de la jurisprudencia constitucional.

El análisis anterior nos da dos resultados muy evidentes que pueden resultar verdades de Perogrullo: el primero, que la doctrina de la justiciabilidad de los DESC está vigente y ha dado señales de estabilidad en el mediano y futuro plazo; en segundo lugar, y conectado con lo anterior, es claro que la ciudadanía está haciendo un uso masivo de la doctrina hasta el punto que las tutelas en salud son, sin duda, la principal causa de juridificación constitucional de conflictos. Estos dos factores, pues, han generado nuevas consecuencias y resultados, algunos imprevistos, tal y como el estudio de Carrasquilla muestra. La primera y más

importante consecuencia es que el sistema se está viendo financieramente afectado por las reglas del POS jurisprudencial que se han venido implementando. El volumen de estas sentencias, aunado el crecimiento exponencial de decisiones emanadas de los Comités Técnico Científicos, ha originado un costo financiero imprevisto al comienzo de la línea jurisprudencial cuando la protección judicial del derecho a la salud fue considerada como un fenómeno de excepcional ocurrencia. En este panorama, el costo directo, de hecho, fue juiciosamente resuelto por la Corte Constitucional cuando ordenó que las prestaciones extra-POS concedidas con fundamento en el derecho a la salud tenían que ser reembolsadas a las EPS's por el FOSYGA. Sin embargo, la investigación de Carrasquilla muestra un nuevo y preocupante panorama: el volumen de estos casos ha aumentado tanto que la sostenibilidad del sistema se ve afectada por dos fenómenos sobrevinientes que los actores y moduladores del sistema apenas han advertido hace poco: el primero y más importante, es que el FOSYGA terminó cumpliendo con una serie de funciones de naturaleza administrativa y financiera para las cuales no fue originalmente diseñado. La disfuncionalidad resultante se ha vuelto evidente: en el diseño original, el FOSYGA estaba encargado de mantener el flujo de recursos, basado en unos cálculos muy generales y estandarizados en los que los ingresos estaban conectados a porcentajes de nómina y los egresos a afiliaciones y unidades de pago por capitación. Sin querer trivializar la complejidad de esta función de articulación del sistema, es evidente que estos cálculos son estándar y requerían del FOSYGA una capacidad financiera general sin las presiones administrativas que la jurisprudencia constitucional le ha generado. Bajo la jurisprudencia extra-POS, sin embargo, el FOSYGA ha entrado a administrar miles de expedientes individuales de recobro y, de manera justificada, ha tenido que establecer requisitos y protocolos que eviten el fraude. Los requisitos exigidos en resoluciones del Ministerio de la Protección Social, sin embargo, pueden resultar excesivos, como ha hecho notar Carrasquilla (2008), ya que parecen operar, no como defensas eficaces contra la corrupción, sino como formas de dilatar injustificadamente el pago de los recobros que las EPS's reclaman por

prestaciones de salud ya suministradas a los afiliados del sistema. Las formas jurídicas, en este caso, han resultado excesivas y disfuncionales.

A mayor riesgo de corrupción, de otro lado, los costos administrativos del FOSYGA y, finalmente, su función institucional, se han visto aumentada y posiblemente confundida. Según Carrasquilla, pues, el FOSYGA está demorando un promedio entre 9 y 12 meses el estudio de las solicitudes de recobro que presentan las EPS's (Carrasquilla, 2008). De los requisitos formales para el procedimiento de recobro que ha establecido el Ministerio la obligación de presentar copia con constancia de ejecutoriedad es la que ha resultado particularmente gravosa y disfuncional ya que los jueces han entendido que dicha copia no se puede expedir sin pronunciamiento final de la Corte Constitucional. Esta comprensión del requisito expone a los recobros al tiempo total del proceso judicial (incluyendo en él la creciente mora que también afecta hoy en día a la tutela). Lo más preocupante de esto es que el trámite del FOSYGA sólo viene a agregar un tiempo significativo al que ya viene acumulado en la jurisdicción, donde el trámite del proceso de tutela impide que las EPS's tengan sentencias definitivas (con constancia de ejecutoria) con las cuales iniciar el recobro. En todo caso, las prestaciones de jurisprudencia POS a las cuales se ven obligadas deben ser cumplidas de manera inmediata por la importancia de los intereses en juego. El hallazgo más sorprendente del estudio de Carrasquilla tiene que ver con el costo financiero que esta pendencia judicial y administrativa está generando hasta el punto, como concluye su informe, que el peso total será del entre el 16.6 y el 19.1 por ciento del patrimonio de las EPS's. Estos niveles de costos financieros incluso generarían la seria amenaza de desinversión en el sector que sería muy preocupante. Según Carrasquilla, y “[t]eniendo en cuenta que la rentabilidad de este sector es relativamente baja con relación a otras actividades de la economía [...], el castigo financiero asociado a la financiación de las actividades no cubiertas por el sistema POS, podría provocar impactos indeseados sobre la participación del sector privado en la provisión de servicios de salud. Reducir la rentabilidad

puede generar desplazamientos del capital de un sector de gran importancia estratégica nacional, y con una alta rentabilidad social como el sector salud, hacia actividades con mayor rentabilidad privada” (Carrasquilla 2008).

La masificación de la jurisprudencia extra-POS ha generado, pues, una asimetría constitucional importante. Es relativamente claro que la Corte ha defendido con claridad, al menos desde 1997, el principio de equilibrio financiero del sistema al permitir el recobro de las prestaciones extra-POS al FOSYGA. Este remedio pareció relativamente suficiente hasta el año 2000 cuando comenzó la explosión de litigio en salud que no da señas aún de amainar. La multiplicación de tutelas y el establecimiento legal de los CTC's ha multiplicado el número total de prestaciones extra-POS que el sistema debe otorgar. Este aumento ha generado una presión administrativa al FOSYGA que este no ha estado en capacidad de tramitar. Un número cada vez más creciente de sentencias judiciales, pues, se han convertido en títulos ejecutivos de los cuales dependen las EPS's para el recobro al FOSYGA. El solo aumento del volumen de las acreencias, el aumento de los períodos de pendencia de tales recobros y los problemas administrativos de un FOSYGA y de una judicatura sobrecargados de expedientes han generado consecuencias financieras imprevistas: la prestación de los servicios extra-POS está generando un costo financiero que, por sí solo, ya es preocupante.

De lo afirmado en este escrito debe recordarse que ya no parece estar en discusión la necesidad de tener un POS abierto, por las razones que se han explicado en este texto. Pero el mantenimiento del POS abierto ha generado costos administrativos y financieros que, por sí solos, generan la posibilidad que haya desinversión en el sector. Esta consecuencia imprevista sólo se hizo visible hace poco después del dramático aumento del litigio de tutela en salud y la creación de los CTC's. La Corte, como hemos visto, ha usado su jurisprudencia para mantener conjuntamente la viabilidad financiera del sistema y para proteger el derecho a la salud. El éxito de su labor, sin embargo, ha generado esta nueva amenaza, que podría resumirse en los siguientes términos: la constitucionalización

de las prestaciones extra-pos ha generado presiones administrativas y financieras en los ingresos del sistema. Debe repararse, igualmente, que con ello la Corte ha cambiado la estructura de incentivos del sistema, al menos parcialmente: tal y como está concebido hoy en día el sistema las EPS's están concebidas como "compradores cautos" de servicios de salud que tienen todo el interés por contener costos y distribuirlos equitativamente entre todos los afiliados del sistema. Esto se logra mediante el pago de un único precio (la UPC) por cada afiliado al sistema. Con la jurisprudencia extra-POS, sin embargo, se ha generado un incentivo de signo contrario en el que la facturación depende de la cantidad de servicios ordenados. Como hemos visto antes, esta apertura del POS tiene funciones virtuosas y hoy en día parece ser una doctrina política y jurídicamente estable. La misma apertura, sin embargo, genera incentivos menos virtuosos que la jurisprudencia deberá enfrentar en el futuro: (i) a médicos y demás proveedores puede generar el incentivo de aumentar su nivel de facturación mediante tratamientos extra-POS; (ii) a farmacéuticas, puede generar incentivos para mercadear agresivamente entre médicos y pacientes sus medicamentos extra-POS y lograr por esa vía una participación en el mercado; (iii) a *free riders*, se genera el incentivo de diseñar formas fraudulentas de extracción de recursos del sistema; (iv) aunque el propósito de la jurisprudencia extra-POS era generar mayor equidad en la protección de grupos desprotegidos (niños, ancianos, pacientes con SIDA, insuficiencia renal, cáncer, etc.), es también claro que esta protección no es automática y depende de que el paciente despliegue la costosa actividad de exigir sus derechos en sede judicial. Esto origina, por tanto, la posibilidad de que resulte protegido, en primer lugar, el derecho a la salud de quienes tienen los recursos y el capital social necesario para demandar, esto es, de quienes una voz más audible ante el sistema judicial.⁷⁰

⁷⁰ Cuando ello ocurre, "[ciudadanos] de ingresos bajos y medios tienen menos acceso a la salud por el lado de la oferta porque tienden a ser menos afirmativos de sus derechos y mueren más pronto" (Hyman 2006).

El informe de Carrasquilla (2008) muestra que este nuevo aspecto de la financiación es cada vez más preocupante y que resulta necesario implementar correctivos en el proceso judicial. El problema de la velocidad de la circulación de los recursos ha generado una forma de litigio que no se había previsto con anterioridad: la solución de conflictos entre pacientes, médicos y EPS's causó originariamente la jurisprudencia extra-POS. Pero ahora, la jurisprudencia extra-POS ha generado un creciente conflicto económico entre las EPS's y el FOSYGA que se ha litigado, por ejemplo, ante el Consejo de Estado sin que la cuestión haya quedado suficientemente zanjada. En sentencia de 21 de febrero del 2007, la sección 3ª del Consejo ordenó al FOSYGA el pago expedito de las acreencias por concepto de jurisprudencia extra-POS a las EPS's. En el estimativo de las propias EPS's "el efecto en la práctica de esta sentencia ha sido marginal" (ACEMI 2008). Este problema ha generado una creciente asimetría entre la constitucionalización de las prestaciones de salud, de un lado, frente a los ingresos del sistema del otro. Esta desfinanciación está originando, por tanto, una nueva fuente de conflictos, ahora entre las entidades articuladoras del sistema. Para la Corte el sistema tenía que estar balanceado para que pudiera ser viable hacia el futuro: ahora, sin embargo, los costos financieros están sobrepasando de manera importante a los costos directos de la jurisprudencia extra-POS sin que la jurisdicción constitucional haya tomado cartas en el asunto de manera explícita.

12. Reflexiones finales .

Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, es indudable la importancia jurídica, política y simbólica que ha tenido en el país la doctrina constitucional que permiten la judicialización y justiciabilidad de demandas sociales protegidas por los DESC's. Esta doctrina, en general, ha permitido la creación de un diálogo social fundamental en la Colombia de los últimos años. Entre todos los derechos sociales, es indudable que la doctrina ha tenido un impacto muy marcado en el sistema de salud. A través de ella, como hemos visto, se han ofrecido soluciones

jurisprudenciales a varios tipos de conflictos que surgieron en el proceso de implementación del sistema. La jurisdicción constitucional terminó haciendo una oferta de justicia muy importante para empezar a buscar soluciones a los conflictos que se abrieron entre pacientes y EPS's por el tamaño del POS y de las prestaciones allí contenidas. Esta oferta de justicia permitió discutir conflictos importantes que no tenían canales obvios de resolución bajo el esquema original de la Ley 100 y de su derecho secundario. La doctrina de justiciabilidad de los DESC's parece, además, contar con un amplio (y creciente, al menos en los últimos años) consenso jurídico y político sobre su función y necesidad.

La estabilidad de la doctrina, sin embargo, tiene desafíos hacia el futuro que son innegables: el importante aumento de tutelas en salud y el creciente número de decisiones de los CTC's ha generado un proceso judicial y administrativo en el que los recursos financieros del sistema circulan en oficinas judiciales, en vez de hacer el tránsito expedito del FOSYGA a los aseguradores y de allí a los prestadores del servicio. La doctrina constitucional expresó, quizá opacamente, preocupaciones muy sensatas con la calidad y equidad del POS que se le estaba prestando a los afiliados al sistema. La solución creada jurisprudencialmente está alcanzando una serie de límites administrativos y financieros: para lograr una cierta flexibilidad del POS para casos concretos terminó generando una maquinaria de recuperación de costos que, por sí sola, ocasiona fugas importantes de recursos del sistema. La estabilidad financiera del sistema, que se aseguró mediante la posibilidad de exigir al FOSYGA el pago de las prestaciones extra-POS que los jueces ordenaban en protección de derechos fundamentales de la sociedad, se va ahora amenazada por los crecientes costos financieros y administrativos que este procedimiento exhibe con toda nitidez en el análisis de Carrasquilla (2008). El aumento de las prestaciones Extra-POS ha generado ahora costos de administración y financiación que son, por sí solos, preocupantes.

Una primera solución a esta problemática se antoja obvia: la Corte Constitucional, en general, sólo ha hablado en abstracto del derecho que tienen las EPS's de hacer recobros al FOSYGA por las prestaciones extra-POS que efectúen por órdenes de los jueces. Sin embargo este mecanismo está atorado de manera muy importante y requiere de la especificación judicial de una serie de sub-reglas que faciliten el flujo de los recursos del FOSYGA a las EPS's. No es este el lugar para formular propuestas específicas que creemos están dentro de la competencia de la Corte Constitucional. La protección del derecho social a la salud exige un cierto nivel de atención y, por tanto, de constitucionalización de los ingresos financieros del sistema. Una excesiva asimetría entre la constitucionalización de prestaciones (por tanto, de egresos) y la constitucionalización de ingresos corre el riesgo de generar imbalances en el sistema que luego exigirían la intervención más agresiva, por ejemplo, de la rama legislativa del poder público. La creación del mecanismo de recuperación de costos frente al FOSYGA fue creación jurisprudencial y se impone, al día de hoy, una especificación de las reglas bajo las cuales funciona este mecanismos para presionar hacia la reducción de sus costos administrativos y financieros que amenazan la cadena existente entre promotores de salud, prestadores de salud y, finalmente, usuarios.

Creemos que, en algún sentido, es obligación de la Corte Constitucional mantener el balance de sus doctrinas jurisprudenciales. Sería paradójico, por decir lo menos, que una doctrina de protección de derechos exigiera, en algún punto, una intervención legislativa para detener dinámicas contraproducentes o imprevistas frente a las cuales no hubiese respondido la judicatura. Tal hecho denotaría algún déficit de *reflexividad* en el derecho judicial. Algunas voces ya llaman, por ejemplo, a la expedición de una Ley Estatutaria de Salud que tendría que lidiar con la problemática administrativa y financiera que la jurisprudencia constitucional ha ocasionado en las relaciones entre FOSYGA y EPS's. Desafortunadamente, estas voces usualmente proponen una solución inaceptable: según ellos, los derechos sociales no deberían nunca ser justiciables porque *cualquier* intervención judicial

genera imbalances financieros no previstos. La tesis del presente texto, por el contrario, afirma que la intervención del aparato judicial en el sistema de salud ha sido esencial: ha dado espacio para la resolución de los conflictos que surgieron en el proceso de implementación de la Ley 100 de 1993, denunció exclusiones lamentables en el POS, abrió espacios para la protección más agresiva de los “usuarios” de salud y, finalmente, arbitró procesos de cambio profundo en la práctica médica que siguen siendo, hoy por hoy, la primer causa de conflictividad sobre el tamaño y el diseño del POS.

Estamos en un momento, en mi opinión, en que la jurisprudencia está llegando a uno de los límites de crecimiento de su doctrina: hasta ahora ha podido ordenar, por vía judicial, la expansión del POS en el tipo de casos que he tratado de distinguir en este ensayo. Me parece, en primer lugar, que le corresponde a la Corte empezar a distinguir con mayor claridad el tipo de casos con los que está tratando: en primer lugar, la jurisprudencia extra-POS de la Corte ha defendido un cierto espacio de protección de la libertad profesional de los médicos. La mayor parte de estos casos ya cuentan con una “primera instancia” profesional en los CTC’s. Con relación a estos casos la jurisdicción constitucional opera, de alguna manera, como “tribunal de apelación”.⁷¹ Su capacidad técnica, por otro lado, no puede pasar a reemplazar a la de los médicos: su rol parece ser el de poder distinguir, con precisión, cuando la negativa de los CTC’s es una violación clara de derechos. En este proceso hay que reconocer que, con mucha frecuencia, se trata de un conglomerado de derechos del paciente/derechos del médico y que dichos derechos se juegan, no en la evidencia absoluta (por demás inexistente) de que una prescripción alternativa al POS le salvará la vida al paciente, sino en el terreno, mucho más dificultoso, de las ventajas marginales y probabilísticas de

⁷¹ Estos términos se utilizan informalmente, para sugerir el papel que ha tomado la Corte en el sistema, no para describir sus competencias formales de ley. En el derecho colombiano, pues, no existe en puridad una apelación a la jurisdicción constitucional de los CTC’s. Sin embargo, la acción de tutela funciona precisamente de esa manera en muchos casos sin que la realización de los CTC’s sea, de hecho o de derecho, una condición de procedibilidad de la acción.

ciertos medicamentos o tratamientos (extra-POS) en comparación con otros (POS). Así, pues, me parece que la Corte Constitucional tiene que empezar a especificar qué significa, en concreto, el segundo paso de su actual test POS: según una formulación ya canónicamente repetida “(ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto *no obtenga el mismo nivel de efectividad* que el excluido del plan.” Este estándar sirvió, hasta hoy, para tratar de balancear el conflicto entre “POS-medicina basada en la evidencia” y la experiencia clínica de los practicantes. Pero hablar de que el medicamento “*no obtenga el mismo nivel de efectividad*” resulta notoriamente ambiguo en un campo marcado por la indeterminación de los estudios y la marginalidad potencial de beneficio de los tratamientos alternativos. Regresar al POS rígido y cerrado significaría encerrar a médicos y pacientes en una especie de pesadilla orwelliana en que la “libertad profesional” se vería constreñida por un Big Brother científico que determina los contenidos del POS. Pero al mismo tiempo, en un sistema de medicina equitativa y universal, es necesario reconocer que el número las prestaciones tienen que tener límites, incluso si se reconoce un relativo derecho constitucional al tratamiento alternativo. La jurisprudencia constitucional precisamente ha hecho eso: ha declarado que, en ciertos casos, existe un derecho constitucional al recibir tratamiento médico alternativo no cubierto por las provisiones generalizantes de los diseñadores del POS. Este derecho es la respuesta a una problemática médica y humana indudable. La Corte tiene que empezar a caminar estos senderos, más técnicos si se quiere, si pretende cumplir adecuadamente con su tarea de servir de tribunal de apelación de los CTC’s y de afianzar y desarrollar su propia doctrina constitucional.

Consideraciones de este tipo, en mi opinión, deberían guiar la jurisprudencia constitucional de los años venideros para lograr, finalmente, una doctrina jurídica de justiciabilidad del derecho a la salud que sea sostenible financieramente y,

además, más equitativa y menos sometida a la cooptación que la que actualmente tenemos. Esta solución, pues, me parece igualmente más armónica con la Constitución Política del 91 que, de todas formas, le prometió a los colombianos derechos sociales en serio y no solamente declaraciones de políticas sociales a implementar en el futuro. Los derechos sociales han sido vectores fundamentales del control a los sistemas de prestación de servicios sociales y este es un avance de la democracia colombiana que se debería preservar.

Bibliografía

Abramovich, Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ACEMI. *Aspectos relevantes en materia de salud como derecho fundamental y su impacto en las aseguradoras privadas*. Bogotá: En el archivo del autor, 2008.

Ackerman, Bruce «*We the People: Transformations*». Belknap, Cambridge, 1991.

Arango, Rodolfo. «El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.» En *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, de Julio Alexei. Bogotá: Universidad Externado, 2008.

Arrieta, Aquiles. «Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso del servicio público de salud.» *Revista Tutela No.45*, 2003.

Bravo Gala, Pedro (editor), «*Socialismo Premarxista*. » Tecnos, Madrid, 1998.

Carrasquilla, Alberto. «El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos.» Informe preparado para ACEMI, Bogotá, 2008.

Chinchilla, Tulio E., «*¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*», Temis, 1999,

CNSSS. «Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social al Congreso.» Bogotá, 2007.

Deaton, A. *Income, Aging, Health, and Well-being Around the World: Evidence from the Gallup World Poll*. Working Paper No. 13317, National Bureau of Economic Research, 2007.

Defensoría del Pueblo. *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud-2005*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.

Donabedian, Avedis. *An Introduction to Quality Assurance in Health Care*. New York: Oxford University Press, 2003.

Engle, Eric. «Universal Human Rights: A Generational History.» *12 Annual Survey of International and Comparative Law* 219, 2006.

Fuenzalida, H. y Scholle, S. *The Right to Health in the Americas: A Comparative Constitutional Study*. Washinton: Organización Panamericana de la Salud, 1989.

Gallanter, Marc. «Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change.» *Law and Society*, 1974.

González, Adriana. «La salud en Colombia, un derecho aparentemente fundamental.» *Memorando de derecho público- Universidad Libre de Pereira*, 2005.

Helfer, Laurence. «Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes.» *102 Columbia L. Rev.* 1832, 2002.

Hyman, David. «Fixing the Distributive Injustices of American Health Care.» *69 Law & Contemporary Problems* 265, 2006.

Kinney, Eleanor. «Tapping and Resolving Concerns About Health Care.» *26 American Journal of Law and Medicina*, 2000.

Langer, Robert. «Regulation by Litigation.» *33 Connecticut Law Review* 1141, 2001.

León, Duguit. «*Las transformaciones del derecho público y privado*», Francisco Beltrán, Madrid, 1902.

Londoño Hoyos, Fernando. «*La economía en la constitución de 1991*». 137 *Revista Javeriana* (2001).

Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. «Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina.» *Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253*, 1987.

López Medina, Diego. «El constitucionalismo social: genealogía y desarrollo local de los derechos sociales a partir de la Constitución colombiana de 1991.» En *Corte Constitucional: 10 años. Balances y perspectivas*, de Carlos Molina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.

—. *La defensa de la libertad: análisis de las relaciones entre ley, derechos humanos y derechos fundamentales*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.

Maceira, Daniel. «Actores y reformas en salud en América Latina.» *Nota técnica de saúde No. 1/2007. Banco Interamericano de Desarrollo*, 2007.

Moncayo, Víctor. *El leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del estado y el caso colombiano*. Bogotá: Norma, 2004.

Monereo, José Luis. «*Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*», Trotta, Madrid, 1999.

Nelson, William. *Marbury v. Madison: The Origin and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University of Kansas Press, 2000.

Orozco, Iván, y Juan Gabriel Gómez. *Los peligros del constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Editorial Temis/IEPRI, 1999.

Pinto, Diana. *Lineamientos metodológicos para la evaluación de la suficiencia de la UPC/UPC-S*. Documento presentado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Bogotá, 2005.

Rich, Robert Erb, Christopher Gale, Louis. «Judicial Interpretation of Managed Care Policy.» *13 Elder Law Journal 85*, 2005.

Rieff, David. «Miracle Workers?» *The New York Time Magazine*, 17 de Febrero de 2008.

Rosen, Jeffrey. «Supreme Court Inc.» *The New York Times Magazine*, 16 de March de 2008.

Sage, William. «Relational Duties, Regulatory Duties, and the Widening Gap Between Individual Health Law and Collective Health Policy.» *96 Georgetown Law Journal* 497, 2008.

Sarkin, Jeremy, Ives Haeck, y Johan Vande. *Resolving the Tension between Crime and Human Rights*. Antwerpen: Maklu Uitgevers, 2001.

Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Bogotá: Dejusticia, 2006.