

VNiVERSiDAD D SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO “ESTADO DE
DERECHO Y BUEN GOBIERNO”



TESIS DOCTORAL

**“CONTENIDO JURÍDICO PÚBLICO DEL
SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA EN EL
CONTEXTO DE UNA BUENA
ADMINISTRACIÓN”**

DIEGO RAFAEL CHAPARRO DÍAZ

DIRECTOR:
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO

VNIVERSIDAD D SALAMANCA



FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO “ESTADO DE
DERECHO Y BUEN GOBIERNO”

“CONTENIDO JURÍDICO PÚBLICO DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA EN EL CONTEXTO DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN”

Memoria de tesis doctoral presentada por Diego Rafael Chaparro Díaz para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el profesor doctor Emmanuel Jiménez Franco, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

El doctorando:

El director:

Fdo. Diego Rafael Chaparro Díaz

Fdo. Emmanuel Jiménez Franco

Salamanca, junio de 2017

A mi familia
y a todos aquellos que hacen
del servicio una causa propia

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
PRIMERA PARTE: DERECHO A LA SALUD Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	23
1. Contextualización	24
2. Evolución.....	25
3. Concepto y Presupuestos del Estado Social de Derecho	32
4. Estado Social de Derecho en Colombia.....	35
SEGUNDA PARTE: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	41
1. Marco Histórico	42
1.1 Antecedentes Generales	43
1.2 Surgimiento del Estado de Bienestar, Origen del Seguro Social y de los Seguros Sociales.....	48
2. Sistemas de Salud Contemporáneos.....	56
2.1 Generalidad.....	56
2.2 Algunos Sistemas de Salud	57
2.2.1 Sistema de Salud en Estados Unidos.....	57
2.2.2. Sistema de Salud en China.....	59
2.2.3 Sistema Sanitario en España	61
2.2.3.1 Antecedentes.....	61
2.2.3.2 Principales Normas del Sistema Nacional de Salud	64
2.2.3.3 Evaluación General del Sistema Nacional de Salud	79
2.2.4 Sistema de Salud en México	83
2.2.4.1 Antecedentes Históricos.....	83
2.2.4.2 Regímenes y Beneficiarios del Sistema de Salud	85
2.2.4.3 Financiación del Sistema de Salud	86
2.2.4.4 Principios y Funciones del Sistema de Salud	87
2.2.4.5 Evaluación General del Sistema de Salud.....	89
2.2.5 Otros Sistemas de Salud en América Latina	93

2.2.5.1 Antecedentes.....	93
2.2.5.2 Tipología pública, privada o mixta de los Sistemas de Salud en América Latina.....	94
2.2.6 Resultados de las Reformas en América Latina.....	98
3. Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia	104
3.1 Evolución Histórica	104
3.1.1 Periodo de Dispersión	105
3.1.2 Periodo de Organización, Expansión y Crisis	106
3.1.3 Periodo de Reformas Estructurales.....	109
3.2 Prestaciones en Salud - Antecedentes.....	113
3.3 Sistema General de Seguridad Social en Salud.....	116
3.3.1 Principios, Fundamentos y Propósitos del Sistema	118
3.3.2 Organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud	125
3.3.2.1 Ministerio de Salud y Protección Social.....	127
3.3.2.2 Superintendencia Nacional de Salud.....	128
3.3.2.3 Entidades Promotoras de Salud	129
3.3.2.4 Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud	130
3.3.2.5 Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA	130
3.3.2.6 Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud	131
3.3.2.7 Otras Instituciones y Actores Relevantes en el Sistema.....	132
3.3.3 Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado	132
3.3.3.1 Régimen Contributivo	133
3.3.3.2 Régimen Subsidiado	134
3.3.4 Planes de Atención en Salud	138
3.3.4.1 Plan Obligatorio de Salud	138
3.3.4.2 Financiación del Plan Obligatorio de Salud.....	140
3.3.4.3 Plan Decenal de Salud Pública	143
3.3.4.4 Planes Voluntarios de Salud	144
4. Descentralización y Privatización de los Servicios de Salud en Colombia	151
4.1 Aspectos Preliminares.....	152
4.2 Descentralización, Privatización y Control en el Sistema de Salud	160
4.3 Efectos.....	166
4.3.1 Efectos en la Cobertura y Atención en Salud.....	166
4.3.2 Efectos Negativos en la Institucionalidad.....	171

4.3.3 Efectos Económicos y Administrativos Negativos.....	173
4.3.4 Otros Efectos Negativos Relevantes.....	178
5. Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia	180
5.1 Principales Reformas	182
5.1.1 Dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud	182
5.1.2 Financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud	183
5.1.3 Regulación en la Prestación de Servicios de Salud	185
5.1. Plan Decenal de Salud Pública.....	186
5.1.5 Inspección, Vigilancia y Control	186
5.1.5.1 Objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud	186
5.1.5.2 Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud	187
5.1.5.3 Defensor del Usuario	189
5.1.6 Fortalecimiento de las Condiciones de Oportunidad y Atención.....	189
5.1.7 Perspectivas actuales de reforma.....	191
 TERCERA PARTE: CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA	 197
1. Contextualización y Fenómenos de Corrupción.....	198
1.1 La Corrupción en Salud.....	200
1.2 La Corrupción en Salud en Colombia.....	213
1.3. Fenómenos de Corrupción Estructural.....	222
1.4 Enunciado de Algunos Casos Específicos de Corrupción.....	225
1.4.1 Caso Saludcoop EPS.....	225
1.4.2 Carrusel de la Salud	238
1.4.3 Caso Empresas Solidarias en Salud.....	243
2. Responsabilidad de Actores del Sistema de Salud.....	244
 CUARTA PARTE: EFECTIVIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD.....	 259
1. Enunciado.....	260
2. Evolución Jurídica del Derecho a la Salud en Colombia	263
3. La Salud Como Bien Público	294
4. Limitación de los Recursos y Crisis del Reparto Intergeneracional	302
5. Crisis de la Libre Escogencia y Afectación a la Libre Competencia	310

6. Contradicción Entre Normas del Sistema y la Efectividad del Derecho	319
7. Prioridad en la Atención Como Presupuesto de Reforma al Sistema	328
8. Estado de Cosas Inconstitucional	337
9. importancia de Conocer el Sistema de Salud	349
10. Voluntad de Sentido	354
10.1 Descripción de la Situación.....	354
10.2 Voluntad de Sentido	366
10.2.1. El Derecho Como Sentido de la Norma Positiva	369
10.2.2. El Sentido Como Orientador de una Conducta Ética.....	376
 CONCLUSIONES.....	 385
1. Necesidad de Cambio en el Sistema Normativo	386
2. Evolución del Derecho a la Salud de un Derecho Prestacional a un Derecho Fundamental	388
3. Responsabilidad del Estado en la Garantía y Prestación del Servicio.....	398
4. Limitación de los Recursos	401
5. Acciones de Fortalecimiento a la Libre Competencia	404
6. Contradicción Entre la Normatividad y la Efectividad del Derecho	409
7. Estado de Cosas Inconstitucional	415
8. Conocimiento del Sistema y Voluntad de Sentido Como Herramientas de Cambio	420
 BIBLIOGRAFIA.....	 429
 ANEXO NORMATIVO COLOMBIANO	 454
 ANEXO JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.....	 459

REFERENCIA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

BM:	Banco Mundial
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
C-:	Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana.
CCAA:	Comunidades Autónomas.
CE:	Constitución Española de 1978.
DESC:	Derechos económicos, sociales y culturales.
DIAN:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia.
Ed.:	Editorial.
EPS:	Entidad Promotora de Salud.
ESE:	Empresa Social del Estado – Prestadora Pública de Servicios de Salud.
EXCI:	Euro Health Consumer Index.
FMI:	Fondo Monetario Internacional.
FOSYGA:	Fondo de Solidaridad y Garantía.
IMSS:	Instituto Mexicano del Seguro Social.
ISS:	Instituto de Seguros Sociales Colombia.
IPC:	Índice de percepción de la corrupción.
ISSSTE:	Instituto de Seguridad Social para los Trabajadores del Estado - México.
MSPS:	Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia
Nº:	Número
NCMS:	Seguro Médico Cooperativo Rural en China.
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OEA:	Organización de Estados Americanos.
OIS:	Organización Iberoamericana de Seguridad Social.
OMS:	Organización Mundial de la Salud.
ONU:	Organización de Naciones Unidas.
OPS:	Organización Panamericana de la Salud.
PIB:	Producto Interno Bruto.
POS:	Plan Obligatorio de Salud.
PPACA:	Patient Protection and Affordable Care Act.
SEDENA:	Sistema de Salud de la Secretaría de Defensa del Estado – México.
SESA:	Secretarías Estatales de Salud México.

SGSS:	Sistema General de Seguridad Social Integral.
SGSSS:	Sistema General de Seguridad Social en Salud.
SISBEN:	Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales.
SNS:	Sistema Nacional de Salud de España.
SNS:	Superintendencia Nacional de Salud de Colombia
SSA:	Social Security Act - Estados Unidos.
SSA:	Secretaría de Salud de México.
SSM PEMEX:	Sistema de Servicios Médicos de PEMEX.
SU:	Sentencia Unificada Corte Constitucional Colombiana.
T-:	Fallo de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana.
UEBMI:	Seguro médico básico para los trabajadores urbanos en China.
UGPP:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales.
UPC:	Unidad de Pago Por Capitación.
UPC-C:	Unidad de Pago Por Capitación en el Régimen Contributivo.
UPC-S:	Unidad de Pago Por Capitación en el Régimen Subsidiado.

INTRODUCCIÓN

La seguridad social en su acepción general y la atención sanitaria como uno de sus componentes esenciales representan un presupuesto básico de la estructura social¹, legitiman la existencia del Estado frente a la población que lo constituye y están reconocidos como derechos inalienables que garantizan la consecución del bienestar de la población, la integración permanente, la estabilidad y el desarrollo armónico de los pueblos².

La seguridad social y su componente en salud son derechos y deberes esenciales, no sólo por la consagración literal en los textos constitucionales o legales de los distintos ordenamientos jurídicos actuales, sino especialmente por la trascendencia histórica que para el Estado representa el bienestar de sus habitantes.

El Estado debe siempre propender por el desarrollo y el bienestar general de la población, por lo que, cualquiera sea el sistema de gobierno que lo oriente, requiere para su funcionamiento de una adecuada regulación, dirección y organización de los servicios de seguridad social y asistencia sanitaria, con la consabida garantía de su óptima cobertura y prestación³.

Por eso, en la evolución del derecho y como componente de los derechos fundamentales y sociales, existen un universo de disposiciones normativas que refieren al derecho a la seguridad social integral, centradas todas en el deber a

¹ El alcance del concepto de seguridad social ha sido ampliamente discutido por la doctrina, diferenciándose una visión general e integradora que incluye a las prestaciones sanitarias, y otra delimitada o restrictiva. En España se entiende a la seguridad social como el conjunto de normas, principios, derechos y deberes formulados por el Estado, con la finalidad de proteger, atender, mitigar o superar situaciones de necesidad de los habitantes; sin embargo, la Constitución Española en los artículos 41 y 43 contiene una separación formal entre el derecho a la protección en salud y la obligación del Estado de mantener un régimen de seguridad social, lo que ha motivado una diferenciación normativa y doctrinal entre un sistema nacional de salud, que atiende las contingencias sanitarias de la población, y un sistema de seguridad social, que se encarga de otras necesidades sociales, que se relacionan principalmente con coberturas de desempleo, muerte, supervivencia, vejez, invalidez, maternidad y prestaciones familiares. Ver: Gorelli Hernández, J. (2010) y Gorelli Hernández, J. (2013).- En Colombia la seguridad social tiene una visión general e integradora lo que significa que involucra todas las normas, instituciones, principios y recursos que dispone el Estado para lograr la protección social de la población en materia de salud, pensiones, riesgos laborales, atención familiar y servicios sociales complementarios; esta visión general e integradora se acoge en el presente trabajo, por referirse fundamentalmente al sistema general de seguridad social integral en Colombia.

² Organización Iberoamericana de Seguridad Social (1995: artículo 1º). Ver también Ley 516 de 1999, Sentencia C-125 de 2000 Corte Constitucional de Colombia, Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1944: título III) y Organización de las Naciones Unidas – ONU (1948).

³ Citando el discurso de Angostura pronunciado por Simón Bolívar el 15 de febrero de 1819: "El sistema de gobierno más perfecto, es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política". Bolívar, Simón (1819).

cargo del Estado de procurar la prestación de los servicios públicos de atención en salud, seguridad social en pensiones, saneamiento ambiental, atención al desempleo y protección social.

Los servicios públicos esenciales como la asistencia sanitaria son parte del reflejo de una correcta o incorrecta relación entre el Estado y su población, de manera que el Estado funciona adecuadamente si existe una adecuada prestación especialmente para los más necesitados.

Por el contrario, es cuestionable una organización política en la que se hace efectivo el poder tributario, existe una estructura política y administrativa y en general se ejerce la autoridad del Estado pero no se contempla el bienestar de la población, no se consideran criterios de solidaridad, no se controlan eficazmente los fenómenos de corrupción que alteran los servicios públicos esenciales y no se satisfacen necesidades mínimas como la atención sanitaria.

En Colombia se garantiza constitucionalmente a todos los habitantes el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁴.

Ese imperativo supone que la prestación debe ser efectiva de manera que no solamente ha de existir un sistema normativo, con instituciones y formas de financiación en procura de la universalidad y la solidaridad, sino que objetivamente se debe garantizar la prestación del servicio. Deben primar unos parámetros de servicio que tengan como respuesta la real y concreta promoción, protección y recuperación de la salud para todos, particularmente para la población vulnerable, menores de edad, mujeres en estado de embarazo y personas de la tercera edad.

El concepto de prestación efectiva del servicio no sólo surge como un ingrediente adicional dentro del marco de la seguridad social en salud, sino que constituye

⁴ Los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política de 1991, constituyen el fundamento superior de la seguridad social en Colombia.

su presupuesto y objetivo fundamental, de manera que el sistema, la organización institucional y la financiación son mediaciones que deben planearse y ejecutarse en consideración a ese presupuesto y a ese objetivo fundamental.

Antes del año 1993 la prestación sanitaria en Colombia se fundaba en pagos directos de la Administración Pública a los hospitales en su mayoría de naturaleza pública, como contraprestación por la prestación asistencial a la población. No existían mecanismos efectivos de identificación real de los usuarios y de sus necesidades, por lo que en la práctica no se conocía la cuantía de los recursos requeridos para la atención en salud y nunca se pudieron determinar los recursos que realmente se ejecutaron.

Esas fallas financieras y de control fueron el detonante de un aumento desproporcionado en los gastos de los hospitales, sin que mejoraran los servicios y la cobertura. En la práctica esos gastos obedecieron mayormente a rubros de administración causados por el aumento en la burocracia y por la corrupción.

En el año 1991 se produce un cambio sustancial en el sistema constitucional y normativo en Colombia, que arrojó una nueva Constitución Política y un nuevo sistema de seguridad social en salud, de manera que la prestación dejó de soportarse únicamente en los hospitales como pilares del servicio para centrarse ahora en el aseguramiento. De un subsidio a la oferta consistente en el pago directo del Estado para la sostenibilidad de los hospitales, indistintamente de los usuarios que accedieran a los servicios, en Colombia se pasó a un sistema de subsidio a la demanda.

En desarrollo de la facultad que otorgó la Constitución Política al legislador para que diseñara y organizara un modelo de prestación de los servicios de seguridad social en Colombia⁵, la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias crearon el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁶, que predica el

⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 365.

⁶ Ley 100 de 1993, artículos 152 y ss. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-577 de 1997, C-824 de 2001 y C-1040 de 2003.

aseguramiento de la población como principio y la consecuente medición de cobertura en función del número de personas aseguradas o afiliadas al sistema.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud se financia básicamente por medio de cotizaciones (recaudo parafiscal destinado principalmente al régimen contributivo, que se cobra y se calcula sobre el monto bruto de los ingresos mensuales de quienes tienen capacidad de pago), rentas cedidas (recursos de sectores productivos en los que el Estado tiene el monopolio y cuyas rentas se destinan a la salud) y recursos tributarios (principalmente destinados a financiar la prestación sanitaria de quienes no tienen capacidad de pago). Los recursos fluyen a un régimen contributivo y a un régimen subsidiado por medio de Unidades de Pago por Capitalización – UPC⁷, que son cuotas que el Estado fija anualmente, reconoce y paga a las Entidades Promotoras de Salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado⁸, autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para que afilien y aseguren a toda la población en Colombia.

A través de una red de prestadores de servicios de salud, propia o contratada (pública o privada), las Entidades Promotoras de Salud – EPS deben prestar a sus afiliados todos los servicios de salud que regula y limita el Estado en un plan de beneficios.

Tratándose de población pobre y vulnerable que no se encuentre afiliada, mientras se logra su afiliación, el sistema ha previsto que persista un subsidio a la oferta que corresponde al pago directo de la prestación a través de instituciones públicas o de instituciones privadas contratadas con el Estado⁹.

⁷ La UPC es de U\$249 dólares al año en el régimen contributivo y U\$256 dólares al año en el régimen subsidiado. Resolución 6411 del 26 de diciembre de 2016. Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitalización -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones. Ministerio de Salud y Protección Social Colombia. 2016. - Al margen de la eficacia o no del sistema de salud en Colombia, el monto anual de la UPC (184 Euros) resulta francamente escaso, considerando los altos costos de las prestaciones y tecnologías en salud, y el aumento de las necesidades de la población. A manera de ilustración, considerando las disminuciones presupuestales por cuenta de la crisis económica, en España el gasto per cápita anual en salud es de 2.658 Euros al año, cifra absolutamente superior a la destinada en Colombia. Dato extraído de Lillo Fernández de Cuevas, José María y Rodríguez Blas, María del Carmen (2013: 2).

⁸ Actualmente todas las EPS autorizadas en Colombia son de naturaleza privada.

⁹ Ley 100 de 1993, artículo 157. República de Colombia.

El sistema también previó una descentralización en la inspección, vigilancia y control en procura de aumentar la inmediatez en el seguimiento de los recursos y mejorar la calidad de los servicios. El principal órgano de control del sistema es la Superintendencia Nacional de Salud que actúa de manera preferente y coordinada con las Direcciones Territoriales de Salud, organismos descentralizados de los Departamentos y Distritos, que ejercen actividades de inspección, control y vigilancia principalmente sobre los prestadores.

En síntesis, en Colombia la atención sanitaria es un servicio público esencial a cargo del Estado¹⁰, que se presta a través de un sistema que afiliación y aseguramiento de la población en los regímenes subsidiado o contributivo, operado por aseguradoras, autorizadas y reguladas por el Estado, que ofrecen coberturas que preestablecidas por el Estado y que reciben primas que les paga el Estado, provenientes fundamentalmente de rentas fiscales, parafiscales y recursos de monopolios rentísticos públicos.

Entre sus muchos propósitos el sistema pretendió administrar el riesgo en salud de la población en Colombia, contener costos, delegar en los privados el manejo de las coberturas en salud y garantizar una afiliación universal de la población. Sin embargo, como se verá en esta investigación, el sistema ha sufrido serias distorsiones por cuenta de deficiencias en el control, restricciones en la atención, negación recurrente de servicios, fallas en la competencia y en la libre elección, precariedad en los recursos asignados por el Estado y corrupción.

Pese a que el sistema de salud colombiano está regulado por cientos de normas legales y reglamentarias y cuenta con una amplia estructura de instituciones públicas y privadas encargadas de dirigir, investigar, autorizar, asegurar, administrar, ejecutar, recaudar, controlar y prestar servicios de salud, el sistema ha resultado disfuncional y no cumple con su objetivo misional. El Sistema no garantiza el derecho y la prestación del servicio en términos de calidad, eficiencia,

¹⁰ Artículos 48 y 49 Constitución Política de Colombia

oportunidad y equidad, además de haber enriquecido lícita o ilícitamente a unos pocos.

En Colombia la Constitución Política refleja un imperativo de solidaridad y de prestación de servicios a toda la población y desde hace varias décadas, la Ley y un número significativo de reglamentos ejecutivos, diseñaron e implementaron un sistema jurídico y económico complejo y especializado, que procura la administración de los recursos de la seguridad social en salud y la prestación de los servicios.

Sin embargo, la realidad evidencia una prestación deficiente del servicio público esencial, permitiendo que muy pocos obtengan beneficios asistenciales con calidad y que otros obtengan beneficios económicos, lícitos o ilícitos, en detrimento de la prestación del servicio para la mayoría y de los escasos recursos disponibles, necesarios para satisfacer la creciente demanda de servicios.

La precedente descripción permite entender las cuatro grandes partes de esta investigación.

En la primera parte se abordan los conceptos que caracterizan al Estado actual, concebido en la Constitución Política de Colombia como una República Democrática y como un Estado Social de Derecho, conceptos que lejos de ser formales deben hacerse operativos en todo el funcionamiento del Estado.

En la segunda parte se hace un recuento evolutivo de la seguridad social, particularmente de la prestación sanitaria como uno de sus componentes, a efectos de tener un conocimiento histórico que permita valorar la importancia de la prestación en el marco de la organización política y jurídica contemporánea, concretamente en Colombia.

La tercera parte incluye una descripción de fenómenos de corrupción con ejemplos críticos ocurridos años atrás, que evidencian cómo se han desconocido los servicios sanitarios y su importancia y cómo las autoridades, los responsables del servicio y los mismos usuarios por su indiferencia, no han cumplido con el

deber histórico de preservar para la sociedad los principios éticos y el adecuado cuidado de los recursos públicos, destinados a la esencial prestación de los servicios de salud.

La cuarta parte contiene un análisis de la efectividad tanto del sistema de salud en Colombia como de las normas que lo soportan, a efectos de poner en evidencia la necesidad de superar el dogma del insalvable sometimiento a la ley por su sólo carácter mandatorio, para que en su lugar se haga prioritaria la concreción del derecho, cuando la misma ley resulta ineficaz para su garantía.

En esta parte se mencionan los pronunciamientos jurisprudenciales que han ordenado la transformación normativa e institucional bajo el concepto de estado de cosas inconstitucional.

Así mismo, se resalta la importancia del conocimiento sectorial por parte de la población, como una expresión participativa y un punto de partida para la solución efectiva a las deficiencias de la institucionalidad.

Finalmente, se menciona la necesidad de buscar un sentido que despierte la latencia o indiferencia frente la problemática, y promueva una transformación dirigida a garantizar el derecho a la salud y a la correcta prestación del servicio público esencial.

Esta investigación resalta la trascendencia de los servicios de salud en una sociedad en la que todos somos cada vez más conscientes y demandantes de nuestros derechos, en la que con obiedad reconocemos que sin salud no hay futuro. Por lo mismo, esta investigación reafirma el llamado inevitable a superar la indiferencia y a constituirnos en parte activa de la solución, ante la complejidad, la problemática y los retos que nos imponen las contingencias en salud y los sistemas sanitarios creados para atenderlas y contenerlas.

No quisiera dejar de expresar mi gratitud a Dios compañero incondicional en todo camino, a mi familia y a todos los que con su afectuoso apoyo hacen posible cualquier esfuerzo. Felicito y agradezco a la Universidad de Salamanca en sus ochocientos años de significativa historia, a mis profesores en el Doctorado de Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción, al profesor Dr. Pedro T. Nevado-Batalla, al profesor Dr. Emmanuel Jiménez Franco, a mis compañeros de la Universidad de Salamanca, a la *nova et vetera* Universidad del Rosario, a mis alumnos y a todos lo que han compartido conmigo sus experiencias y dedicación a la seguridad social y a los servicios de salud en Colombia.

PRIMERA PARTE:
DERECHO A LA SALUD Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. CONTEXTUALIZACIÓN

La asistencia sanitaria es un servicio público esencial a cargo del Estado dirigido a garantizar y proteger derechos fundamentales y sociales. La asistencia sanitaria se presta unas veces totalmente por el Estado, otras veces por los particulares y otras en alianza entre actores públicos y privados, todas ellas, soportadas y ajustadas al sistema constitucional y jurídico particular de cada Estado y de cada época.

En el primer caso las responsabilidades institucionales son más amplias y abarcan desde el recaudo de las rentas hasta la prestación del servicio. En el segundo la acción Estatal se dirige especialmente a la regulación y al control, mientras los particulares asumen la prestación del servicio. En el tercer caso, si bien existe una exigente regulación de las prestaciones de seguridad social, el servicio se presta entre actores públicos y privados en el marco de una competencia regulada.

En el marco de toda organización constitucional contemporánea, el Estado debe garantizar a la población el ejercicio de un mínimo de derechos sociales siendo esencial el derecho a la atención sanitaria. Toda persona requiere de una buena salud como presupuesto para el goce de sus demás derechos, lo que supone la importancia de los servicios sanitarios y la obligación del Estado de establecer una institucionalidad eficiente que los preste satisfactoriamente.

Justamente, por la importancia del derecho a la salud dentro de la vida personal y de la organización social, los sistemas sanitarios son parte fundamental del Estado Social de Derecho. En tal sentido, las funciones públicas y las instituciones públicas o privadas encargadas de administrar, vigilar y prestar los servicios de Salud deben operar siempre con diligencia, transparencia y eficiencia, en procura de salvaguardar ese papel fundamental.

Por el contrario, si los servicios sanitarios son deficientes o hay presencia de corrupción se afectan los derechos fundamentales y sociales, se socavan bases profundas de la institucionalidad y se afecta la legitimidad del Estado Social de Derecho.

Por supuesto la corrupción en salud además de afectar directa y perjudicialmente la prestación del servicio, socava la moralidad pública como uno de los bienes jurídicos fundamentales del Estado y, en tal medida, contribuye enormemente al descrédito y a la deslegitimación del Estado. Si los recursos destinados a la salud de la población se pierden en beneficio de intereses particulares bajo la indiferencia de las instituciones públicas y el desconocimiento de criterios éticos y morales, se perderán en cualquier sector.

En este aparte de la investigación se estudiarán de manera sucinta algunos de los presupuestos más relevantes del Estado Social de Derecho, a efectos de comprender el contenido ontológico de las actuales funciones públicas e instituciones encargadas de administrar, vigilar y prestar los servicios públicos esenciales, incluyendo la seguridad social en salud.

En últimas, se pretende resaltar la responsabilidad del Estado respecto de la satisfacción de todos los derechos, para después, en capítulos posteriores, centrarnos en la garantía al derecho a la salud y la prestación de unos servicios sanitarios que han de ser universales, integrales, efectivos y transparentes.

2. EVOLUCIÓN

La formación de un concepto de Estado y específicamente de un Estado Social de Derecho tienen precedentes históricos e ideológicos, entre otros, en las bases democráticas de Grecia y la visión Romana de la República, que promovieron una estructura pública capaz de responder a necesidades de la población, creando acceso a servicios de justicia, fomentando formas de participación, construyendo

infraestructura pública y viabilizando el acceso a algunos servicios básicos sanitarios.

Posteriormente, debido a la decadencia de instituciones públicas organizadas, la mayoría de la población buscó solventar su necesidad de amparo sometiéndose a la oferta protectora de un señor feudal. Esa estructura social demostró con el tiempo sus limitaciones, haciéndose evidente la necesidad de un tercero que tuviera mayor capacidad de reacción, ante necesidades comunes que podían impactar a toda la población indistintamente de la división y limitación feudal.

En el renacimiento surgieron nuevas ideas políticas y procesos evolutivos de los Estados. Por un lado, se consolidaron los principados bajo gobiernos absolutistas, y, en respuesta, la nueva clase burguesa dio los primeros pasos para el establecimiento de un Estado Liberal.

El Estado Liberal o Estado Mínimo fue consecuencia del inconformismo con los regímenes despóticos, y su modo de gobierno se reflejó en la democracia liberal. "La revolución liberal significó la construcción de una nueva forma de Estado basado en el establecimiento de garantías y seguridades a la libertad personal, donde el Estado era considerado un mal necesario: se lo consideraba un simple medio para que el hombre realice sus fines. Por lo tanto, su intervención debía ser limitada, idea expresada en el principio *laissez faire, laissez passer*, donde la preocupación principal es el hombre y su libertad, sacrificando para ello la libertad estatal". "Si bien es cierto que el Estado Liberal-individualista fue garante de los derechos del hombre, esta libertad desbordante tutelada por los Estados burgueses, permitió que, en su nombre, se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los derechos humanos, descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad, la igualdad, que

al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia”¹¹.

El Estado Liberal se regía por un sistema jurídico formal mínimo, que propendía por la protección de derechos individuales como la propiedad y el derecho al capital privado. Empero, al enfatizar mayoritariamente en los derechos individuales, el Estado no fomentó la protección social, no procuró condiciones de inclusión e igualdad social y no se percibía una solvente garantía respecto de la seguridad jurídica y derechos procedimentales.

En consecuencia, aflora un fortalecimiento de las normas constitucionales y legales que pretendían la efectividad de los derechos y el afianzamiento de la seguridad jurídica, características iniciales de un Estado de Derecho. “Un Estado de Derecho supone, entre otros elementos, la existencia de una serie de instituciones que velen por garantizar sus elementos conformadores. Instituciones que en el desempeño de sus funciones contribuyen a fortalecer dicho Estado de Derecho cuya principal manifestación, aunque no la única, es la seguridad jurídica”¹².

El Estado de Derecho promueve el respeto a la soberanía popular, el sometimiento a la Constitución Política, el cumplimiento del principio de legalidad, la división tripartita del poder público, la independencia del poder judicial, la existencia de garantías esenciales de procedimiento, el acceso efectivo a la justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y el reconocimiento de unos derechos fundamentales¹³.

El Estado de Derecho se comprende mejor en comparación con el Estado absolutista. “El Estado de derecho consagró frente al estado absolutista, en relación a la persona humana y a su accionar, principios de garantías

¹¹ Aguilera Portales, R. y Espino Tapia, D. (2007: 111-139).

¹² Nevado-Batalla Moreno, P. (2015: 17).

¹³ Centro de Investigación para el Desarrollo A.C.- CIDAC (2006).

fundamentales tales como el principio de legalidad, de responsabilidad estatal y el principio de separación de poderes, que llevan todos ellos a una limitación del poder estatal. Desde la perspectiva individual, la persona humana obtuvo especialmente respeto a sus derechos civiles y políticos lo que determinaba fundamentalmente para el Estado la obligación de no intervenir en el goce de estos derechos, configurando así lo que la doctrina ha llamado 'libertad negativa' en el sentido de que el Estado tiene la obligación de no hacer"¹⁴.

En la práctica, los postulados económicos y jurídicos del Estado Liberal y luego del Estado de Derecho defendieron la iniciativa y los derechos privados y personales.

Sin embargo, esa defensa resultó insuficiente respecto de una creciente masa obrera que migraba de los campos a las ciudades, haciéndose visibles, viviendo en condiciones ignominiosas de pobreza y desprotección, lo hacía nugatoria la igualdad que en teoría proponían las normas constitucionales y legales.

Para promover y garantizar la real defensa del interés general sobre el interés particular, luego de percibirse la creciente desigualdad social, la historia registra dos reacciones institucionales. La primera, la formulación del paradigma del Estado Socialista con base en la filosofía marxista-comunista, y la segunda la evolución de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho¹⁵.

En 1848, con motivo del primer congreso del Partido Comunista, se hizo público en París el Manifiesto del Partido Comunista escrito por Karl Marx y Federico Engels, y las jerarquías políticas y económicas sintieron que se movían peligrosamente los cimientos del orden establecido, en la medida que el Manifiesto alimentaba el interés y la reacción de una clase proletaria sometida.

¹⁴ Saettone, Mariela. (2004: 133).

¹⁵ La Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de la República de Weimar de 1919, sirven de paradigma de los modelos constitucionales del siglo XX, que prevén la "constitucionalización de los derechos sociales, extensión de la democracia, ampliación de los derechos fundamentales y tecnificación del aparato constitucional, que inicia durante la primera guerra mundial y se acentúa con posterioridad a la segunda guerra mundial". Aguilera Portales, R. y Espino Tapia, D. (2007: 117).

En su momento, Friedrich Engels expresó: "la idea central que inspira todo el Manifiesto, a saber: que el régimen económico de la producción y la estructuración social que de él se deriva necesariamente en cada época histórica, constituye la base sobre la cual se asienta la historia política e intelectual de esa época, y que, por tanto, toda la historia de la sociedad -una vez disuelto el primitivo régimen de comunidad del suelo- es una historia de luchas de clases, de luchas entre clases explotadoras y explotadas, dominantes y dominadas, a tono con las diferentes fases del proceso social, hasta llegar a la fase presente, en que la clase explotada y oprimida -el proletariado- no puede ya emanciparse de la clase que la explota y la oprime -de la burguesía- sin emancipar para siempre a la sociedad entera de la opresión, la explotación y las luchas de clases; esta idea cardinal fue fruto personal y exclusivo de Marx".¹⁶

Para entonces la estructura política gobernante y la clase burguesa que la soportaba se vieron ante una encrucijada: o replanteaban algunos de los planteamientos más importantes de la teoría económica liberal clásica esbozada por Adam Smith¹⁷ y David Ricardo¹⁸, según la cual la igualdad formal ante la ley era suficiente y el Estado no debería intervenir en la economía, o se expondrían a que la presión social hiciera de la *dictadura del proletariado* una opción viable.

Las alternativas al marxismo, que predicaban una transformación política, no se hicieron esperar. Hubo teóricos del derecho público como Leon Duguit, que preconizaban la modificación del rol del Estado como un mero gendarme, para transformarlo en un prestador de servicios públicos, fundamento de la escuela francesa del derecho administrativo, que centraba su estudio en la teoría del *servicio público*.

¹⁶ Marx, Karl y Engels, Friedrich. (2014: Prólogo de la edición de 1883).

¹⁷ Smith, Adam (1976). Su obra cumbre se tituló "An inquiry into the nature and causes of the wealth of Nations" - "La riqueza de las naciones".

¹⁸ David Ricardo es conocido por su obra principal: "Principios de economía política y tributación" publicada en 1817.

El Estado, las normas constitucionales y los desarrollos legales deben ser consecuentes con la realidad objetiva que pretenden regular y deben evidenciar las necesidades de la población a efectos de hacer del Estado una organización activa, que satisfaga necesidades inicialmente políticas y de seguridad, y luego de servicios en general.

Frente a la crisis del Estado de Derecho, en Alemania se empezó a gestar la teoría del Estado Social de Derecho con Loren Von Stein, que coincidió con la época de creación del Estado Alemán¹⁹. El Estado Social de Derecho no fue obra de las teorías socialistas, sino que provino principalmente de intereses burgueses que buscaban reconocer y garantizar a las clases populares una serie de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para evitar que creciera el descontento y se fomentara una revolución del proletariado.

De acuerdo con Von Stein, la solución era crear un Estado Social con el fin de mejorar la calidad de vida de las llamadas clases menos favorecidas, pero conservando las conquistas jurídico-políticas del Estado de Derecho. Lo anterior se lograría a través una *monarquía social*, esto es, un régimen de prestaciones sociales y asistenciales, en el que continuara vigente el imperio de la ley, el respeto por la propiedad privada y los demás derechos adquiridos.

De acuerdo con García – Pelayo, la faceta social del Estado propuesto por Von Stein “concibe a la sociedad como algo inexcusable para el cumplimiento del destino del hombre, que fuera de ella sería un ser contradictorio consigo mismo. La misión del Estado no es, como en las teorías inmediatamente precedentes, permanecer neutral ante la sociedad o limitarse a otorgar sanción jurídica a una ordenación social dada, sino que tiene una finalidad de naturaleza ética: servir al destino del hombre y para ello conducirlo hacia la sociedad perfecta”²⁰.

¹⁹ Años 1855 a 1885.

²⁰ García-Pelayo, Manuel (1949).

El Estado debe “cumplir su misión de realizador de la libertad; ha de ser un Estado dotado de dinamismo, un Estado auténticamente moderno, un Estado actual que no eluda, sino que se enfrente con el gran problema del tiempo: la cuestión social. Un Estado a la altura de los tiempos y que conociendo las fuerzas de la sociedad tenga, en fin, un supuesto y una misión social”²¹.

Según Ferraro y Ajenjo, para Von Stein “debe haber una administración social que permita a los individuos ejercer esos derechos y gozar en realidad de esas garantías que la Constitución promete”²².

Y continúan señalando: “El Estado tiene que garantizar la libertad del individuo no solamente contra las amenazas de otros individuos o de los propios agentes públicos, sino también contra la arbitrariedad de los desarrollos socioeconómicos (...). Lorenz Von Stein, justamente, funda la *Ciencia de la Administración* al considerar que, hacia mediados del siglo XIX, el problema de la actuación estatal ya no dependía tanto del diseño constitucional, en el cual se habían invertido grandes esfuerzos desde la Revolución Francesa, sino en el mejoramiento de la situación de los trabajadores, su formación intelectual (bildung) y la posibilidad de que adquieran una base material (propiedad) que les permitiera consolidar una posición de independencia personal, sin la cual no podían hacer ejercicio de su libertad política (Stein 1850, III, 206)”.

“La tesis de Stein relativa a la necesidad de superar la etapa de formación y consolidación de la Constitución, para entrar a la implementación de derechos a través de la administración, será citada y empleada por Wilson (1887, 198), para plantear la necesidad de fundar una Ciencia de la Administración en los Estados Unidos”²³.

²¹ *Ibíd*em (54).

²² Ferraro, Agustín y Ajenjo, Natalia. (2007: 15)

²³ *Ibíd*em.

3. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho constituye una estructura política y un sistema jurídico²⁴ que propone fortalecer servicios y garantizar derechos esenciales, a efectos de viabilizar que toda persona pueda mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro activo y pleno en la sociedad²⁵.

El Estado Social de Derecho reconoce derechos individuales, económicos, sociales y colectivos, y garantiza la prestación de los servicios necesarios para satisfacer esos derechos. Hace un reconocimiento constitucional de todos los derechos fundamentales, incluidos aquellos que tradicionalmente tuvieron rango legal; protege los derechos a través de una Corte Constitucional o de un Tribunal Constitucional independiente; reafirma la división de poderes y promueve la existencia de poderes de participación y control.

En el Estado Social de Derecho se reivindica la dimensión positiva del Estado, su función social y la potencialidad de intervención en las esferas social, económica y política. Los fines del Estado se identifican con los de sus ciudadanos, de manera que se procura la libertad e igualdad de oportunidades y se buscan suplir las necesidades a través de la oferta de las prestaciones sociales y económicas que requiera cada miembro de la sociedad, sin distinciones.

En el Estado Social de Derecho "los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios

²⁴ Lamprea Rodríguez, Pedro (1982: 59): Por sistema jurídico se entiende el conjunto de nociones de contenido jurídico relacionadas entre sí funcionalmente, de modo que cada noción del sistema es función de alguna otra noción, no existiendo ninguna noción aislada. Del concepto surgen dos características: 1) La relación de funciones y, 2) La función que unas nociones tienen respecto de otras nociones de las cuales dependen jerárquicamente. El sistema jurídico está compuesto por un conjunto de proposiciones que, en atención a su existencia, se dividen en: Originarias (axiomas) y Derivadas (inferidas). Los axiomas están constituidos por los principios generales del derecho, que no son más que reglas evidentes que justifican lo jurídico. Así mismo, dicho sistema, establece las formas como se aplican dichos principios fundamentales. Como consecuencia de lo anterior se obtiene el orden jurídico. A manera de síntesis, se puede afirmar que: el sistema jurídico resulta ser un orden de normas, que debe corresponder a un orden de las cosas.

²⁵ Serna, Ingrid. (2009).

públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir velar por lo que la doctrina alemana ha calificado: procura existencial²⁶.

Respecto de la relevancia de los derechos económicos, sociales y culturales, José Ignacio Martínez señala que "estos derechos responden al intento de transformar la sociedad liberal, lo que se traduce en un doble objetivo: lograr una igualdad que vaya más allá de la puramente formal, propia del liberalismo, y en general mejorar las condiciones materiales de vida de toda la sociedad"²⁷.

Los principales derechos económicos, sociales y culturales (DESC), que le asisten a toda persona, se pueden recapitular en la siguiente lista:

- Derecho a la salud física y mental.
- Derecho a cuidados y asistencia especiales durante la maternidad y la infancia.
- Derecho a la protección social integral en la vejez y la invalidez.
- Derecho a la seguridad social integral
- Derecho al trabajo en condiciones dignas, equitativas y satisfactorias.
- Derecho a protección al desempleo.
- Derecho de asociación y derecho a formar sindicatos.
- Derecho a alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales complementarios, que permitan un nivel de vida digno y adecuado.
- Derecho a subsidios familiares.
- Derecho a la educación (pública o privada) en sus diversos niveles. La educación pública primaria y secundaria debe ser gratuita y obligatoria.
- Derecho a un ambiente sano.
- Derecho de acceder a recursos culturales, deportivos y de esparcimiento.

²⁶ Pérez Luño, A. (1993: 93).

²⁷ Martínez, José Ignacio. (1997: 70).

Mariela Saettone, enuncia las siguientes características de los derechos económicos, sociales y culturales²⁸:

- Son auténticos derechos aun cuando no hayan alcanzado el grado de exigibilidad judicial que tienen los derechos civiles y políticos.
- Los Estados tienen la obligación esencial de adoptar medidas necesarias, ya sean internas o a través de la cooperación internacional hasta el máximo de sus recursos, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.
- Refieren en general a prestaciones materiales o servicios que satisfacen juntamente, necesidades económicas, sociales y culturales de la persona humana.
- Los Estados deben garantizar el ejercicio de los derechos sociales económicos y culturales sin discriminación.

Adicionalmente, en el Estado Social de Derecho el ser del Estado (ontológico) y el deber ser del Estado (axiológico) entroncan con tres nuevos principios fundamentales: la solidaridad, la equidad y la dignidad humanas, principios que deben estar presentes en las normas positivas y además se deben hacer efectivos en el entramado jurídico y social.

En síntesis, como lo precisa Cagnoni, es obligación del Estado como "único ente social portador del interés general de la sociedad, por medidas legislativas y administrativas, orientar las actividades sectoriales, parciales, hacia el interés general, lo que hará por la fijación de políticas, para las distintas áreas del quehacer social; y coordinarlas entre sí y con su propia acción, pues por su propia condición debe actuar como coordinante supraordenador"²⁹.

²⁸ Saettone, Mariela. (2004: 144).

²⁹ Cagnoni, José Aníbal. (1984).

4. ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

En Colombia existe la tentación de formular un dilema entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, por medio de la contradicción que advierte presuntamente que la defensa del segundo va en detrimento del primero.

Esta dicotomía proviene de doctrinas que sostienen que el sistema jurídico no puede desconocer la racionalidad económica y que, por tanto, el mercado sigue siendo un regulador necesario para el acceso gradual y progresivo a los servicios dirigidos a satisfacer las necesidades de la población.

Javier Tamayo Jaramillo afirma que, "en Alemania, Italia y España, Países donde surgió y se desarrolló el concepto de Estado social de derecho, desde un comienzo se tuvo claro que, así el Estado sea Social de Derecho, el Tribunal Constitucional no puede aplicar directamente los derechos prestacionales o económicos, porque estaría invadiendo el principio de división de poderes y competencias, sobre todo el del manejo y distribución de recursos"³⁰.

Los derechos no son absolutos por su sola consagración constitucional, ni por el mandato del máximo órgano jurisdiccional. Es necesario un desarrollo reglamentario, una institucionalidad adecuada y una política de obtención y ejecución transparente y eficaz de los recursos, que permita la correcta prestación de los servicios a efectos de lograr una satisfacción real de todos los derechos consagrados constitucionalmente.

En relación con el derecho a la salud, Ramón Castaño Yepes afirma que "con frecuencia se argumenta que el racionamiento en salud es injusto, inmoral, antiético, etc., porque la salud y la vida no tienen precio. No obstante, este argumento es insostenible, pues debido a la restricción presupuestal, siempre habrá racionamiento, sólo que por la vía de hecho; es inevitable que alguien

³⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. (2011).

quede por fuera. Esto se conoce en economía como "costo de oportunidad" (...). Insistir en negar la necesidad de realizar un racionamiento explícito lleva a perpetuar el racionamiento por las vías de hecho (abuso de poder, tráfico de influencias, etc.), que es el más injusto y el menos transparente modo de racionamiento. La necesidad de racionar es común en todas las sociedades en donde se reconoce la salud como un derecho"³¹.

Reconocer la existencia de un Estado Social de Derecho no es sinónimo de desconocer las realidades y limitaciones económicas, ni de desconocer la propiedad privada y la libertad de empresa, sino que el Estado acepta al mercado y a la libre competencia, pero también les asigna la responsabilidad de ser agentes conducentes a la promoción social y a la satisfacción gradual de los beneficios.

El otro punto de vista parte de una supuesta contradicción entre el modelo económico de mercado y el Estado Social de Derecho, de manera que debe disminuirse el primero para que se fortalezca el segundo. Se considera que la prestación de servicios de trascendencia pública por parte de los particulares, junto con las privatizaciones, reducen la capacidad de acción del Estado en beneficio de los intereses de los particulares, quienes frecuentemente no tienen dentro de sus objetivos la búsqueda de protección a los más necesitados.

Muchos afirman que eso es lo que está ocurriendo en países como Colombia. "Con el modelo económico en el que nos encontramos desaparecen las garantías propuestas por el Estado para proteger los derechos ciudadanos y el ciudadano se convierte en un cliente o usuario de servicios por la comodidad o posibilidades económicas, y no obtiene dichos servicios porque por derecho le corresponden sino porque tiene la cantidad de dinero suficiente para contratarlos [...]. Al paso que vamos nos convertiremos en un Estado Liberal donde prevalecen los derechos individuales sobre los sociales y colectivos, pues como vemos, en

³¹ Castaño Yepes, Ramón (2004 a: 11-12).

Colombia se niegan los derechos y el Estado no se preocupa por promover lo social, ya que se está buscando favorecer a las entidades poderosas, privatizando cada día más las instituciones públicas, que son bienes sociales y fortaleciendo los bienes individuales de poderosos que día tras día se quedan con las entidades que eran utilizadas para garantizar algunos derechos sociales como colegios, centros hospitalarios, etc.”³²

Ante estas posiciones se hace necesario recordar el origen si se quiere industrial o comercial del Estado Social de Derecho (en contraposición a las teorías del Estado Socialista) y proponer la sana interacción entre las instituciones públicas y la esfera privada. Lo anterior, supone una clara sinergia en la que confluyan el interés y la iniciativa particular con el interés público y la intervención económica del Estado, que arroje como resultado un real Estado Social de Derecho.

Tamayo Jaramillo menciona una salomónica: “pongamos las cosas en su punto: para un real demócrata, defensor del Estado Social de Derecho, ni sólo derechos formales, ni sólo bienestar material. El Estado Social de Derecho requiere un activismo político que consiga poco a poco un pluralismo y un principio de legalidad, propios del Estado de derecho, y un bienestar material, propio del Estado social. Cualquiera que decida inclinar la balanza para uno de los dos lados estará traicionando la Constitución de 1991. Esa es la razón para que en las democracias avanzadas se prohíba al Tribunal Constitucional aplicar directamente los derechos económicos a punta de desconocer la ley o de crearla”³³.

Acorde con lo anterior, podemos mencionar la *tercera vía* propuesta por Jurgen Habermas en su *teoría de la acción comunicativa*, que plantea una conciliación o reciprocidad de la igualdad fáctica y de la igualdad jurídica entre los escenarios público y privado. Habermas afirma que como fundamentación del sistema de los derechos, “la autonomía de los ciudadanos y la legitimidad del derecho remiten la una a la otra [...] una autonomía privada asegurada, sirve para asegurar el

³² Rodríguez Padilla, Ramiro. (2006: 3).

³³ Tamayo Jaramillo, Javier. (2011).

surgimiento de la autonomía pública, al igual que a la inversa, la adecuada puesta en práctica de la autonomía pública, sirve para asegurar el surgimiento y despliegue de la privada”³⁴.

Por un lado, el paradigma del obligatorio apego a la norma garantiza el respeto entre los miembros de la sociedad y los derechos concernientes al carácter privado, regidos en gran parte por la libertad de mercado y la autonomía individual. Por otro, el concepto de Estado Social de Derecho está dirigido a garantizar los derechos sociales, que van más allá de la autonomía individual; unos y otros derechos, se deben entender como complementarios, debiéndose propiciar una mutua coexistencia entre lo público y lo privado.

A manera de colofón, el Estado Social de Derecho es un logro histórico sin precedentes que se ha desligado del Estado Liberal puro, al imponer al Estado la obligación de garantizar realmente la eficacia de todos los derechos, incluyendo los fundamentales, sociales, económicos y culturales, por medio de una integración comunicativa entre el interés público y el interés privado. El Estado Social de Derecho reconoce las limitaciones y procura permanentes y progresivos cambios en la gestión pública y en la libre actividad privada, con miras a la solidaridad y al bienestar real de la población.

En Colombia no existe duda jurídica sobre la naturaleza social del Estado. Es así que el artículo 1º de la Constitución Política de 1991 establece expresamente que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En desarrollo de ese carácter claramente social, el artículo 2º de la Constitución Política de 1991 señala que son fines esenciales del Estado: “servir a la

³⁴ Habermas, Jurgen. (1998: 491).

comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

SEGUNDA PARTE:
EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1. MARCO HISTÓRICO

En Colombia el derecho a la salud y el servicio público esencial que lo garantiza son componentes de la seguridad social integral, por lo que su evolución histórica está atada a la evolución de los sistemas de seguridad social.

La historia siempre ha evidenciado la necesidad del ser humano de protegerse y la capacidad de responder a esa necesidad. De acuerdo con las circunstancias históricas, esa protección ha tomado varias formas siendo una de ellas la protección social y la atención sanitaria, que constituyen una parte importante de los fundamentos del Estado³⁵.

La seguridad social “ha representado una conquista de los trabajadores y de los sectores populares para la búsqueda del bienestar social”³⁶, evidenciando que ese bienestar no se agota en el reconocimiento de garantías meramente laborales. “La experiencia de los últimos 150 años ha demostrado que cuando la riqueza de las naciones se utiliza para financiar la seguridad social, los habitantes tienen mejores condiciones de vida, el sector productivo es más dinámico, el Estado se fortalece y cumple su función social. La libertad y las garantías sociales, son piezas claves para reafirmar la democracia y profundizar la justicia social”³⁷.

La seguridad social ha tenido un desarrollo evolutivo propio que responde a un cúmulo de transformaciones institucionales en el ámbito de la protección social.

En este capítulo evaluaremos dos momentos del proceso evolutivo, a saber³⁸: un aparte de antecedentes generales, que corresponden a las primeras medidas protectoras de la seguridad social, y otro que describe el surgimiento de los

³⁵ Arenas Monsalve, Gerardo (2011: 5-35).

³⁶ Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1998).

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ González Molina, María Dolores y Martín-Romo, Marino (2009: 2). Para estos autores, las tres fases de la evolución de la seguridad social se denominan: a) Primeras medidas de protección social; b) Los seguros Sociales y, c) Los sistemas de seguridad social. Respecto de la evolución histórica de la seguridad social, se puede consultar también a Gorelli Hernández, J. (2010); Gorelli Hernández, J. (2013) y Nugent, Ricardo (1997: 603 y ss).

modelos de seguridad social en Alemania (finales del Siglo XIX) y en Inglaterra (mediados del Siglo XX).

En el capítulo posterior se hará mención a la seguridad social contemporánea, que inicia en la cuarta década del siglo XX y va hasta nuestros días.

1.1 Antecedentes Generales

La seguridad social encuentra su origen en la necesidad que experimentó el hombre primitivo de sentirse seguro, lo que, entre otras razones, motivó la convivencia en grupos sociales que ofrecían resguardo de los peligros del entorno, de los enemigos o competidores y de los depredadores. "Resulta evidente que el desarrollo histórico de la seguridad social es una respuesta humana al mundo inhóspito e inseguro en el que le ha tocado al hombre nacer y desenvolverse, porque partimos siempre a la conquista de la seguridad que tanto necesitamos dado que, al dársenos la vida, nos fue legada una radical inseguridad"³⁹.

El hombre se dio cuenta que actuando como grupo tenía más posibilidades de sobrevivir ante las amenazas del ambiente y, al mismo tiempo, era más exitoso en sus labores de caza y de asentamiento temporal en medio de su sociedad nómada.

Posteriormente, los hombres primitivos comenzaron a habitar cuevas en búsqueda de resguardo lo que pudo conducir al sedentarismo y al tránsito de la caza a la agricultura, ofreciendo la posibilidad de almacenamiento de alimento para los periodos más duros de cada año.

En la conformación de los esquemas iniciales de protección organizada y por ende de una incipiente seguridad social, la solidaridad estuvo presente como elemento primordial, particularmente a través de la institución familiar y de la consecuente

³⁹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 55).

visión de la propiedad común. Con el tiempo, se inicia un proceso de cambio hacia modelos más complejos de organización social, de manera que de la familia se pasa a clanes, de clanes a tribus, de tribus a pueblos, de pueblos a ciudades y de ciudades a Ciudades Estado o a Estados. Entre más compleja es la organización, más necesidades se pretenden suplir a través de las estructuras de grupo.

En el proceso de evolución de la seguridad social se sabe de culturas de amplia relevancia histórica, que tenían instituciones que permitían cubrir los servicios funerarios, de defensa y ayuda mutua, y que brindaban algunos auxilios en caso de enfermedad. Al mismo tiempo, es posible concluir que la falta de instituciones protectoras o la decadencia de las existentes, fue uno de los factores que ocasionaron la decadencia de esas culturas.

Retomando lo dicho por el profesor Ricardo Nugent⁴⁰, haremos una muy breve mención evolutiva de algunas instituciones de seguridad social presentes en distintas culturas y momentos históricos.

En Babilonia los dueños de los esclavos pagaban honorarios a los médicos de sus siervos, en caso de que estos llegaran a enfermarse. En Grecia existían auxilios que brindaban protección para los discapacitados en combate y educación para los huérfanos de los soldados que morían en guerra, y surgieron también asociaciones de ayuda mutua para artesanos y esclavos denominadas *Erane* y *Hetaires*. En la antigua Roma, aparecieron los *Collegia Corpora Officie*, que eran asociaciones de artesanos que protegían a sus miembros y familiares, y cubrían también servicios funerarios.

En la edad media, irrumpieron los sistemas primarios de previsión social en forma de caridad pública y caridad privada, esta última basada en una ética cristiana bajo el esquema de asilos, conventos, casas de caridad y fraternidades de

⁴⁰ Nugent, Ricardo. (1997: 603 y ss).

amparo. En el siglo VII, en Escandinavia, en Gran Bretaña y en los Pueblos Germanos se desarrollaron las *guildas*, que eran asociaciones de asistencia mutua unidas por el juramento de ayudar y socorrer en ocasiones de necesidad, fundamentadas principalmente en la solidaridad.

En el siglo VIII, en el imperio de Carlomagno, cada parroquia debería sostener a sus pobres, huérfanos, ancianos y enfermos sin trabajo. Luego surgieron las cofradías religiosas benéficas, las cofradías gremiales y las corporaciones gremiales, instituciones en las que los miembros hacían aportes para ayudar a aquellos que caían en desgracia, a las viudas y a los huérfanos, y financiar la creación o sostenimiento de secciones en los monasterios que funcionaban a manera de hospitales, con monjes encargados del cuidado de los enfermos.

En el ocaso de la edad media se consolidaron elementos de seguridad social caracterizados por la caridad o por el interés privado, concomitantes con el ascenso de la burguesía, con el desarrollo del intercambio comercial y con la consolidación de instituciones religiosas de amparo, sin ánimo de lucro. Adicionalmente, acorde con el incremento de la navegación y del comercio marítimo, se da origen al denominado seguro marítimo que constituyó la base de la teoría del riesgo, que sirvió y sirve de contexto para gran parte de los sistemas de seguridad social en salud que hoy operan en el mundo, bajo pólizas o modelos pagos de aseguramiento. Para el año de 1601 se estableció en Inglaterra un impuesto obligatorio a escala nacional, con el objeto de cubrir a la población desamparada, impuesto que, dos siglos después, fue imitado por Dinamarca y Suecia.

En la edad moderna "se da un salto cuantitativo y cualitativo en materia de protección social, y durante los siglos XVI, XVII Y XVIII, desde la autoridad pública se arbitran diversas medidas de protección social"⁴¹. De esta manera se contempló la protección como una responsabilidad del gobierno monárquico y se

⁴¹ González Molina, María Dolores y Martín-Romo, Marino. (2009: 3).

enfaticó en el apoyo al pueblo, con el ánimo de consolidar la autoridad del Rey sobre la aún poderosa nobleza y la naciente burguesía. Se adoptaron medidas públicas dirigidas a la protección social, consistentes en la asistencia hospitalaria y en el surgimiento de Diputaciones de Barrio y Juntas Municipales de Beneficencia (*Privy Council*).

La protección fundamental de las necesidades sociales se realizó a través del principio mutualista (hermandades) y de las primeras instituciones de ahorro popular conocidos como Montepíos o Montes de Piedad, muy característicos de la época colonial.

Durante el siglo XIX, con la revolución industrial como expresión del liberalismo económico surge una ascendente burguesía, que al mismo tiempo que exalta los valores individualistas, pone en evidencia la indefensión de quienes no logran acceder a los mercados y de una clase trabajadora que no logra satisfacer sus necesidades sociales. "Para el liberalismo económico, la pobreza y las privaciones de las clases inferiores, aparecen pues, como un hecho inevitable y necesario, lo que determina que en este momento la protección de las necesidades pasa única y exclusivamente por la previsión individual, es decir, por el ahorro de los individuos. Se produce así, la creación de instituciones de ahorro popular: las cajas postales de ahorro"⁴².

El acentuado liberalismo pregonado por la burguesía partió de considerar a la sociedad como un conjunto de individuos que intercambian la producción de bienes y servicios, dentro de la más entera libertad. El individuo no tiene más derechos que los resultantes del intercambio o, lo que es lo mismo, los que adquiere a cambio de lo que ofrece. Bajo este esquema la solidaridad no tenía cabida; por el contrario, la inestabilidad laboral caracterizó a la clase obrera, sometida a empleos y pagos variables conforme lo determinara la demanda y la disponibilidad de mano de obra. Por supuesto, los beneficios de seguridad social

⁴² González Molina, María Dolores y Martín-Romo, Marino. (2009: 3)

y particularmente salud también dependían de las capacidades de cada trabajador y de si podían o no costear esos beneficios.

Como consecuencia de los cambios radicales que se produjeron con la revolución industrial, al mismo tiempo que se consolidó un régimen económico liberal surgen nuevos y complejos riesgos y necesidades sociales, que difícilmente las personas podrían suplir por sí solas, como la atención de enfermedades y la protección por invalidez o muerte causadas por la cada día más compleja industrialización.

En materia de derechos, el sistema jurídico abogaba por la protección de los bienes y su valor, pero no propiamente por la protección de las personas. El modelo social y económico promovido por la revolución industrial, que se comprende en el concepto de capitalismo, falló en la prevención y satisfacción de necesidades sociales para los obreros, lo que motivó el surgimiento de propuestas y modelos políticos que dieran prelación a valores sociales, y que se cobijan usualmente bajo el concepto de socialismo.

El antagonismo entre capitalismo y socialismo, generó una transformación radical del panorama político, social y económico de la época y, desde el punto de vista de seguridad social, generó la inclusión de criterios de solidaridad, con profundos cambios que hoy siguen caracterizando a los modelos de seguridad social.

Hechos como la revolución social de la Comuna de París del año 1871, las consistentes oleadas de huelgas que ocurrieron entre 1869 y 1872, la escasez de vivienda en las grandes ciudades y la miseria como consecuencia de la prolongada crisis económica en Europa acentuada en el año 1873, dieron lugar a una creciente movilización e inclusión política de los trabajadores a los partidos socialistas. Estos acontecimientos, aunados a otros como la creciente acogida del Manifiesto del Partido Comunista de 1848 y la promulgación en 1884 de la Encíclica Rerum Novarum del Papa León XIII, provocaron que, como respuesta de mejoramiento al paradigma de mercado y como alternativa inicial al modelo socialista comunista, surgiera el denominado *Estado de Bienestar*, que incluía

amparos públicos de seguridad social, cuyo centro teórico estuvo en Alemania, promovidos por la demanda de socialismo en el marco de la vivencia capitalista.

1.2 Surgimiento del Estado de Bienestar, Origen del Seguro Social y de los Seguros Sociales

En respuesta al creciente movimiento obrero socialista, con el objeto de la humanización del trabajo y de proteger el empleo nacional, surgieron las políticas adoptadas en el año 1883 por el Canciller Alemán Otto Van Bismarck.

Respecto de este hito histórico Leonardo Cañón Ortegón señala que en la sociedad alemana confluyeron varios aspectos: "a) La situación social resultante del desarrollo industrial, que se agudiza por razón de la cantidad de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de los cuales eran víctima los obreros de las minas, termoeléctricas, fábricas, etc.; b) La posición de desequilibrio jurídico en que se encontraba el trabajador frente al patrono, cuando por los procedimientos contenidos en las normas de carácter civil tenía que demostrarse la culpabilidad de su patrono, por los riesgos profesionales que se presentaran durante el trabajo subordinado; c) La evolución de las teorías jurídicas que surgieron para determinar una responsabilidad automática del patrono, motivada por los riesgos profesionales que se presentaran; y, d) la insuficiencia evidente de los mecanismos de protección social, inventados hasta el momento por iniciativa individual como el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, etc., frente a los grandes problemas sociales que se derivaron del proceso de industrialización"⁴³.

Este referente histórico obedece a dos racionalidades del derecho contrapuestas. Según Jürgen Habermas⁴⁴, a través de la historia moderna del derecho en Alemania se materializaron dos modelos teóricos aún vigentes, a saber: el

⁴³ Cañón Ortegón, Leonardo (1988: 45). Respecto de la justificación del Canciller Bismarck y su política de los seguros sociales, este autor cita a De la Cueva, Mario (1980: 27), así: "del trabajador importa no sólo su presente, sino también y acaso más aún, su futuro; y que era así, porque en el presente le salva su esfuerzo, en tanto que el futuro es lo imprevisto y desconocido, y por ello debe asegurarse".

⁴⁴ Habermas, Jürgen. (1998: 33).

primero llamado *Liberal o Formal Burgués* que se rigió por las reglas del mercado y se fundamentó en la libertad del individuo investido de derechos privados; una sociedad económica institucionalizada en términos de derecho privado, habría de quedar separada del Estado como esfera de la realización del bien común y quedar abandonada a la actuación espontánea de los mecanismos del mercado. Esta clase de sociedad privilegia la autonomía de los sujetos jurídicos, que han de buscar su bienestar mediante la persecución de sus propios intereses.

El segundo modelo conocido como Estado Social que tuvo su origen en la reacción al paradigma liberal, procuraba la defensa de los derechos ciudadanos, civiles y privados, bajo la organización de "un esquema solidario frente a los riesgos o contingencias sociales, que sirviera no sólo al operario, sino también a su familia"⁴⁵.

En ese segundo modelo está contenida la seguridad social, cuyo surgimiento y consolidación institucional tiene tres antecedentes remotos⁴⁶:

- La revolución industrial y sus consecuencias sociales, económicas, laborales y políticas.
- Las corrientes filosóficas alemanas, que propugnaban por la primacía del Estado en el desarrollo de la sociedad y por la defensa del interés general sobre el individual. Esta postura fue diametralmente antagónica al utilitarismo filosófico de Países como Inglaterra y Francia, en los que los respectivos sistemas públicos de seguridad social se consolidaron muchos años después que en Alemania.
- El modelo proteccionista que el Canciller Alemán Otto Van Bismarck implementó en Alemania, con el propósito de proteger a la industria y al empleo nacional.

⁴⁵ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 70).

⁴⁶ Arenas Monsalve, Gerardo (2011: 18-19).

Precisamente, en 1881, Bismarck puso en marcha una serie de reformas que, bajo el esquema de aseguramiento, procuraron el mantenimiento de condiciones mínimas de vida para los trabajadores, y que se concretaron en la creación escalonada del seguro social a través de la promulgación de tres leyes, a saber: la ley de seguro contra enfermedad de 1883, la ley de seguro contra accidentes de trabajo de 1884 y la ley de seguro contra invalidez y vejez de 1889.

Dadas las particularidades de la seguridad social propuesta por Bismarck y la influencia que ha tenido en los actuales sistemas de seguridad social, conviene mencionar algunos de sus rasgos fundamentales, así⁴⁷:

- Se trata de un sistema obligatorio, pero sólo para trabajadores, particularmente obreros industriales. Es, por tanto, un sistema de carácter laboral no generalizado a toda la población.
- La carga financiera se reparte entre los empleadores y los trabajadores asegurados, añadiéndose en ocasiones una subvención del Estado para las cotizaciones.
- Es un sistema que atiende los riesgos y las causas de los siniestros, y es reparador, en la medida que trata de suplir la pérdida salarial.
- La protección social se realiza mediante técnicas de aseguramiento propias del seguro privado, acudiendo a la noción de riesgo y coberturas.
- Las cotizaciones para la financiación contributiva del sistema toman como base la cuantía salarial.
- Cada uno de los seguros (enfermedad, accidentes de trabajo, invalidez y vejez), cuenta con su propia estructura administrativa. La operatividad de la seguridad social es en esencia económica y se fundamenta en la obtención y distribución de rentas.

Las reformas de Bismarck se consolidaron en Alemania con la divulgación del Código de los Seguros Sociales de 1911 y con los contenidos de la Constitución

⁴⁷ Extractado de Almansa Pastor, José (1991) y Arenas Monsalve, Gerardo (2011: 18-19).

de la República de Weimar de 1919, reformas que solucionarían la oposición entre lo público y lo privado, al punto que “desde entonces ya no fue posible oponer el derecho privado como reino de la libertad individual al derecho público y a la Constitución, como campo de actuación de la coerción del Estado”⁴⁸.

El concepto de seguro social se soportó desde sus inicios en el principio de la solidaridad de empleados, empleadores, desempleados, clases sociales e independientes y fue afianzándose para ampliar los beneficios hasta llegar a la consolidación de un concepto de protección social integral. El modelo que se implementó en Alemania tuvo desarrollos similares en Austria, Francia y Bélgica⁴⁹.

En Estados Unidos la necesidad de desarrollar una estructura de seguridad social se acrecentó con posterioridad a la primera guerra mundial y, particularmente, después de la gran depresión de 1929. El Presidente Franklin Delano Roosevelt diseñó el nuevo pacto social o New Deal, política intervencionista que se ejecutó durante los años 1933 a 1938, dirigida principalmente a la protección de los desamparados, desempleados, población discapacitada y ancianos pobres, todos afectados dramáticamente por la crisis económica. En el contexto de ese pacto social, el 14 de agosto de 1995 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Social Security Act*, ley que se erigió como una puerta de entrada al Estado de Bienestar en Estados Unidos, amparándose principalmente condiciones de jubilación y desempleo de la población, pero sin contemplar cobertura de riesgos de salud e invalidez.

En Inglaterra, bajo la dirección de Winston Churchill y siguiendo las tesis de Keynes, se promovió el ya mencionado Estado de Bienestar, que entre sus características promovía instituciones protectoras de seguridad social que tuvieran cobertura universal.

⁴⁸ Habermas, Jürgen. (1998: 478).

⁴⁹ Parédez Hernández, Natalia. (2003: 15).

En 1942, en el ocaso de la segunda guerra mundial, Sir William Beveridge publicó su investigación denominada Social Insurance and Allied Services, posteriormente conocido como informe Beveridge, en el que analizó la situación socioeconómica de los ciudadanos en el Reino Unido y propuso un modelo de seguridad social generador de transformación en la política social y laboral para los ciudadanos ingleses. El modelo tenía como principio rector a la solidaridad social y se hizo operativo a través de un diseño de reparto solidario e intergeneracional, que ampara a todo el colectivo y no sólo a las relaciones obrero patronales, como lo proponían las leyes de Bismarck.

Las ideas de Beveridge tuvieron “muchísima influencia en la definición de la salud como derecho para todos los ciudadanos -trabajadores o no-, a través de la cual una comunidad otorga una protección mínima, independiente de si las personas contribuyen o no al sistema”⁵⁰.

El programa de Seguridad Social de Beveridge presentó las siguientes características⁵¹:

- El establecimiento de un seguro nacional unificado respecto de las contribuciones y la administración del servicio, pero con separación entre la parte asistencial y la parte de los beneficios económicos.
- Un sistema de ayuda familiar constituido por asignaciones familiares, complementarias de los salarios y prestaciones de la seguridad social, financiado por los impuestos generales, en virtud del principio de solidaridad nacional.
- Un sistema de asistencia nacional residual que permita atender las necesidades sociales no protegidas por el seguro social. La prestación debe darse en función de la necesidad social y estará a cargo del Estado.

⁵⁰ Ibídem (15).

⁵¹ Cañón Ortegón (1988: 53).

- Un servicio nacional de salud, compuesto por todas las instituciones del gobierno para mejorar la salud de toda la población exclusivamente con recursos del presupuesto general de la Nación.
- El impulso al seguro voluntario para aumentar la protección, a través de las sociedades mutualistas o entidades públicas.

Sobre las diferencias entre la concepción de Bismarck y la posterior propuesta de Beveridge, Javier Alonso y a Ignacio Conde-Ruiz, señalan:

“El primer sistema de Seguridad Social fue creado por Bismarck en Alemania, en el año 1881. Este sistema se caracterizaba por ser un sistema de seguro (para proporcionar rentas en caso de determinadas contingencias – vejez, incapacidad, salud, etc. –) en el cual las pensiones (beneficios) que se reciben y las contribuciones (ingresos) que se realizan están relacionadas (pensión contributiva)”.

“Por otro lado, el informe Beveridge (Beveridge Report), publicado en el Reino Unido en el año 1942, abogaba por la introducción de un sistema mínimo como instrumento de lucha contra la pobreza, que otorgara una pensión fija e igual a la mayoría de los trabajadores (pensión asistencial)”.

“Por lo tanto, es fácil ver que, en un sistema tipo Beveridge, las pensiones sean iguales para todos los trabajadores, mientras que las tasas de sustitución (la *ratio* entre la pensión y el salario) son una función decreciente del nivel de la renta laboral. Al contrario, en un sistema tipo Bismarckiano, las pensiones son una función creciente de la renta laboral, mientras que las tasas de sustitución son iguales para todos los trabajadores”⁵².

El siguiente cuadro, evidencia las diferencias y similitudes entre los dos modelos clásicos de seguridad social:

⁵² Alonso, Javier y Conde-Ruiz, J. Ignacio (2007:18).

Comparativo de los Modelos Clásicos de Seguridad Social⁵³

Modelo Parámetros	Aseguramiento Obligatorio O. V. Bismarck	Seguridad Social Universal W. Beveridge
1. Origen	Responsabilidad civil y seguro privado	Principio de Solidaridad
2. Beneficiarios	Trabajadores asalariados	Ciudadanos o individuos
3. Contingencias	Riesgos de la actividad laboral	Necesidades sociales
4. Prestaciones	Según riesgos	Según necesidades
5. Participación	Actividad profesional	Situación social
6. Aportes	Según salario	Según ingreso
7. Financiación	Recursos: Cotizaciones trabajadores- empleadores Técnica: capitalización Carácter. Conmutativo	Recursos: impuestos Técnica: redistribución Carácter: Distributivo
8. Administración	Privada-Multiplicidad	Estatal-Unidad
9. Metas	Población activa Contraprestación del aporte Proporcionalidad	Toda la población Garantía de un mínimo de protección social Igualdad

Fuente: Cañón Ortegón, Leonardo. Una Visión Integral de la Seguridad Social. Volumen 1

Los avances significativos en la institucionalidad de la seguridad social, fueron afianzándose como componente fundamental del denominado Estado de Bienestar, en oposición al Estado Mínimo o Estado Gendarme propio de una filosofía capitalista pura.

Ahora bien, de la consolidación del Estado Bienestar surgen conceptos aún más genéricos como el de protección social, que abarca todas las políticas y acciones sociales protectoras del Estado.

La existencia del concepto de protección social ha ocasionado que, en algunos Países, por lo general se considere a la seguridad social y a la atención sanitaria,

⁵³ La información de este cuadro comparativo proviene de Cañón Ortegón, Leonardo (1988) y también se puede consultar a Arenas Monsalve, Gerardo (2011: 18-27).

como componentes diferenciados de la protección social, la primera, dirigida a brindar prestaciones económicas y de intervención directa del Estado en necesidades de la población particularmente vulnerable, y la segunda la atención sanitaria, dirigida a “la protección de la salud (preventiva, curativa, reparadora, recuperadora y rehabilitadora) del estado físico y mental de la persona, que es el soporte de la dignidad personal, del desarrollo de la personalidad y del pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales”⁵⁴.

En muchos otros Países, como sucede en Colombia, si bien el concepto de protección social existe y tiende a consolidarse como genérico para describir las políticas sociales protectoras del Estado, la seguridad social sigue siendo un subgénero que abarca no sólo las prestaciones económicas entre otras de protección a la vejez y a la invalidez, sino también la atención en salud de la población⁵⁵.

Es claro que la seguridad social y la asistencia sanitaria son “acciones públicas fundamentales o esenciales que sustentan el Estado del Bienestar, concebido como Estado prestacional, y sin las cuales dicho Estado sería incompleto”⁵⁶.

El modelo de Estado Bienestar busca “la intervención directa de los órganos de gobierno, en el ejercicio de su poder soberano, para imponer como política prioritaria el establecimiento de medidas económicas jurídicamente diferenciadas tendientes a favorecer a los sectores sociales menos privilegiados”⁵⁷. Así, el Estado ofrece protección a las personas que sin ayuda no serían capaces de tener unos mínimos de vida aceptables.

A partir de la conceptualización del aseguramiento social obligatorio, el Estado y la seguridad social se constituyen como indisolubles, de manera que, de una

⁵⁴ Barcelón Cobedo, Susana y González Ortega Santiago (2012: 21).

⁵⁵ Así está previsto en Colombia en la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, del que hacen parte el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁵⁶ Barcelón Cobedo, Susana y González Ortega Santiago (2012: 21).

⁵⁷ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 71).

adecuada seguridad social empieza a depender en gran medida el adecuado funcionamiento del Estado, que redistribuye las cargas sociales y procura el amparo de los más necesitados. La concepción de la prestación asistencial de la seguridad social, bajo un esquema asegurador típico de Bismarck pero con pretendida cobertura universal propia de Beveridge, ha perdurado hasta hoy, por supuesto, con variables relacionadas con los responsables de las coberturas de los servicios, variables que son propias del cambio de paradigma de Estado Benefactor a otros modelos de Estado, que han surgido a finales del siglo XX y a principios del siglo XXI.

2. SISTEMAS DE SALUD CONTEMPORÁNEOS

2.1 Generalidad

Los sistemas de salud actuales se han desarrollado en el marco de tres esquemas estructurales, a saber:

- “a. Previsión Social: Sistema de seguros sociales que hereda técnicas de seguros privados. Posee un concepto *ius* privatista de riesgo, financiado por medio de primas o cuotas asegurativas.
- b. Seguridad Social Contributiva: Persigue una mayor extensión de los sujetos protegidos, mayor racionalidad de gestión, noción social del riesgo, financiación contributiva y aportes Estatales.
- c. Seguridad Social Asistencial: Asistencia pública a la seguridad social, protección a toda la población en función de las necesidades sociales efectivas, mediante la gestión pública y financiación estatizada”⁵⁸.

Estos tres esquemas no se presentan de manera única y absoluta, por separado, sino que existen amalgamados, y se debaten entre la esfera pública y la esfera

⁵⁸ *Ibíd*em (78).

privada, en atención a variables históricas, políticas, culturales y sociales de cada País.

Hoy, esa dialéctica parece inclinarse por la previsión de la asistencia sanitaria como servicio público, en franca consonancia con los modelos de Estado actuales; “la importancia de la acción sanitaria superó incluso su concepción y articulación como servicio público, para pasar a constitucionalizarse como derecho a la protección de la salud”⁵⁹, considerado como derecho fundamental.

2.2 Algunos Sistemas de Salud

En este capítulo mencionaremos algunos sistemas de seguridad social en salud, representativos de modelos consolidados o en inminente evolución y desarrollo.

2.2.1 Sistema de Salud en Estados Unidos

En Estados Unidos el modelo de salud se debate entre la existencia de unas coberturas mínimas a cargo del Estado, que principalmente protegen a población vulnerable, y un sistema de aseguramiento privado, de manera que son las compañías de seguros las que asumen las contingencias de salud, conforme a las pólizas que adquieran los usuarios, cuyas coberturas dependen de la capacidad de pago para incluir riesgos en las coberturas aseguradas. En síntesis, no opera un modelo público de cobertura universal y solidaria, y la cobertura en salud continúa dependiendo en gran parte de la capacidad económica de los habitantes que contratan distintas pólizas de seguros.

La Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible (Patient Protection and Affordable Care Act - PPACA), promulgada el 23 de marzo de 2010, conocida comúnmente como *Obamacare*, contiene la principal reforma al sistema de salud en los Estados Unidos, después de la promulgación de la Ley de Seguridad Social (Social Security Act – SSA) de 1965, promulgada por el Presidente Lyndon B.

⁵⁹ *Ibíd*em (194).

Johnson, y pretende extender y mejorar el acceso de los habitantes a los cuidados de salud y disminuir el gasto mediante regulaciones e impuestos⁶⁰.

La reforma ha buscado brindar cobertura a todos los habitantes por medio de un Mercado de Seguros Médicos (sitio web HealthCare.Gov), en el que los Americanos pueden adquirir sus seguros previa asistencia financiera para disminuir las primas, o acreditar las condiciones para acceder al Medicate, que es el programa público de coberturas en salud creado por la Ley de Seguridad Social de 1965, que cubre contingencias de salud para personas de bajos ingresos y niños.

Se prohíbe a las compañías de seguros negar servicios médicos a causa de condiciones preexistentes, elimina topes vitalicios (precios péticos) y permite que los hijos menores de 26 años estén cubiertos por los servicios sanitarios de los seguros de los padres.

Adicionalmente, extiende el Medicate en todos los Estados, a todos los adultos menores de 65 años que devenguen ingresos individuales de hasta U\$15.000 al año, promoviendo la solidaridad.

La reforma mejora las prestaciones del Medicare, institución que también fue creada por la Ley de Seguridad Social de 1965, como un programa de cobertura de seguridad social a cargo del Estado, que garantiza atención médica a todas las personas mayores de 65 años, a quienes estén en condiciones de discapacidad y a quienes padezcan enfermedades ruinosas o de alto costo, como cáncer y enfermedad renal crónica.

Por supuesto, la reforma tiene unos naturales costos, por lo que introdujo nuevos y significativos impuestos.

⁶⁰ Independent Site For Affordable Care Act. (2016).

Como consecuencia de la aplicación de la norma, entre el año 2014 y el 2016 se redujo del 16% al 10% el porcentaje de población sin cobertura en salud, y aumentaron las afiliaciones al Medicaid y al Medicare de manera que las personas adultas y las personas con menores ingresos o sin ellos, en teoría han mejorado sus beneficios, derechos y protecciones.

Lamentablemente, la coyuntura política por la que atraviesa los Estados Unidos, al parecer no permitirá evaluar los alcances de la implementación de la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible (Patient Protection and Affordable Care Act – PPACA), considerando que Donald Trump, actual Presidente de los Estados Unidos, ha expresado públicamente su desacuerdo con la norma y su inminente decisión de derogarla y reemplazarla, lo que pone al País ad portas de un nuevo sistema sanitario que puede resultar en una involución en para la universalidad, progresividad y solidaridad de los servicios de salud.

2.2.2. Sistema de Salud en China

En China el proceso evolutivo actual es diferente al de los Estados Unidos en la medida que, debido al cambio de paradigma político y económico que ha surgido a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, disminuyeron los esfuerzos y recursos financieros del Estado destinados a la asistencia sanitaria y sobrevino una tendencia de privatización de los servicios, lo que ha desencadenado una deficiente cobertura y una limitación de servicios para la población.

En el año 1998 el Estado creó el seguro médico básico para los trabajadores urbanos (UEBMI), financiado tripartitamente entre los empleadores (6% de la nómina mensual), los trabajadores (2% del salario) y el Estado. Como su nombre lo indica, este seguro sólo tenía cobertura para población trabajadora y urbana, dejando a un lado a la población sin trabajo y a la población rural.

De acuerdo con datos evaluados por Darimont Barbara⁶¹, actualmente el UEBMI cubre apenas el 20% de los 1.300 millones de personas residentes en ciudades y municipios.

En el año 2003 se creó el Seguro Médico Cooperativo Rural (NCMS) y debido a la acostumbrada precariedad de la atención en el campo y a la obligatoriedad en la cobertura, en tan sólo seis años se logró la afiliación del 94% de la población rural, equivalente 830 millones de personas.

El sistema de salud presenta grandes retos en China en la medida que no existe suficiente afiliación de población urbana y, adicionalmente, las coberturas reales de los seguros públicos (urbano y rural) son absolutamente precarias, de manera que en la práctica sólo amparan enfermedades graves. Por supuesto, como acontece en los sistemas sanitarios de cualquier País, si no hay cobertura pública suficiente, las personas tienen que asumir con sus propios recursos la atención de su salud y, si carecen de recursos, aguardar por una incierta atención pública directa o sufrir las inhumanas inclemencias de una inexistente atención.

En China las personas afiliadas al UEBMI deben asumir con sus propios recursos un promedio del 40% de los costos de salud, y las personas afiliadas al NCMS deben hacerlo en un promedio de más del 70%, lo que en la práctica desencadena en una nugatoria atención sanitaria, por la precariedad de los ingresos de la mayoría de la población y la imposibilidad de costear servicios de salud, que resultan costosos en todo el mundo.

Los incipientes servicios de seguridad social en salud y la evidente desprotección sanitaria a que está sometida la población en China, "condujo al gobierno a considerar la mejora de los resultados de la política social como uno de los objetivos políticos más importantes expuestos en el sexto plenario del XVI Comité Central del Partido Comunista en 2006", y "con el fin de construir una «sociedad

⁶¹ Darimont Barbara y Liu Dongmei (2013: 108-112).

socialista armoniosa»” se dijo que era “preciso establecer un régimen de seguridad social universal y de gran alcance para el año 2020”⁶², régimen que está en construcción.

2.2.3 Sistema Sanitario en España

2.2.3.1 Antecedentes

España no es ajena a la dinámica evolutiva de los sistemas de asistencia sanitaria de Europa. Históricamente, a lo largo de todos los modelos políticos y de las estructuras institucionales que gobernaron el territorio, ha persistido el interés por identificar, controlar y mitigar las contingencias relacionadas con epidemias, cuarentenas y, en general, riesgos de salud pública, además de establecer formas de prestación asistencial que mínimamente permitieran una adecuada supervivencia en términos de salud, cuidado e higiene de la población.

A mediados del siglo XIX, en consonancia con la evolución y surgimiento de modelos de seguridad social en Europa, en España se creó la Dirección General de Sanidad por medio del Real Decreto del 10 de marzo de 1847, antecedente remoto institucional de la formalización pública y de la sanidad actual. Sin embargo, esa institucionalidad y sus posteriores modificaciones y ajustes, lejos de consagrar o pretender una universalidad en las coberturas, ejecutaba acciones de salud pública y tenía muy poca relevancia e incidencia directa en la atención particular de los ciudadanos.

Con la creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad contenido en la Ley del 14 de diciembre de 1942 (BOE del 27 de diciembre de 1942, página 10592), se consolidó en España de un sistema de salud que pretendía el aumento de beneficiarios y coberturas, pero siguiendo el modelo que el Canciller Alemán Otto Van Bismarck implementó en Alemania con la ley de seguro contra enfermedad de 1883, que sólo aseguraba a personas trabajadoras y a su entorno familiar, a

⁶² Darimont Barbara y Liu Dongmei (2013: 117).

través de una afiliación obligatoria y el pago de cuotas de vinculación y cobertura, sin que se previera y lograra una cobertura universal para toda la población.

Sólo fue hasta la promulgación de la Constitución Política de 1978 que se consagró el derecho y el servicio de protección de la salud, que debería ser prestado y garantizado por los poderes públicos, "configurándose en España un modelo sanitario de cobertura pública y universal"⁶³.

Precisamente la consagración Constitucional de la universalidad constituye el punto de inflexión de la atención sanitaria pública actual, considerada como "un derecho de la ciudadanía al que pueden aspirar todos los integrantes de la sociedad en pie de igualdad. Un derecho, además, que asume como objetivo propio la protección de la salud y que genera, como contrapartida, la legítima aspiración de todos (en términos de derecho fundamental) a exigir de los poderes públicos esa protección. El derecho a la salud, la extensión objetiva y subjetiva de la atención sanitaria, la universalidad de la protección y la incorporación del derecho a la tutela del estado físico personal como un derecho del ciudadano, ha hecho que la asistencia sanitaria se haya transformado en uno de los pilares básicos del Estado Bienestar"⁶⁴.

El artículo 41 de la Constitución Española de 1978, señala:

"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres"⁶⁵.

Por su parte, el artículo 43 de la Constitución, establece:

⁶³ Medina González, Sara y Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel, (2012: 1190).

⁶⁴ Barcelón Cobedo, Susana y González Ortega Santiago (2012: 21).

⁶⁵ Constitución Española. BOE N°311-1 del 29 de diciembre de 1978, artículo 41.

- “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Así mismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”⁶⁶.

El artículo 49 de la Constitución, establece:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”⁶⁷.

En la asistencia sanitaria resulta también relevante la connotación de la organización Política Española y el papel de las Comunidades Autónomas. Al respecto, Josep Corbella Duch, manifiesta⁶⁸:

“Una de las principales novedades de la Constitución Española de 1978, es el reconocimiento de autonomía política a las nacionalidades y regiones, a las que denomina Comunidades Autónomas, dentro de la unidad de la nación española”.

“Realiza una diferente distribución del ejercicio de competencias, entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA), en el ámbito de la sanidad y de la salud, puesto que mientras todo lo referente a sanidad exterior y legislación sobre productos farmacéuticos es de exclusiva competencia estatal, en materia de sanidad interior, que comprende la prevención de la salud y la asistencia sanitaria de la población enferma, Estado y CCAA

⁶⁶ Constitución Española. BOE N°311-1 del 29 de diciembre de 1978,, artículo 43.

⁶⁷ Constitución Española. BOE N°311-1 del 29 de diciembre de 1978, artículo 49.

⁶⁸ Corbella Duch, J. (2006: 21).

comparten las competencias, correspondiendo al primero dictar las normas básicas y ejercer la alta inspección y la coordinación general de la actividad prestacional, y a las CCAA dictar la legislación de desarrollo y encargarse de la ejecución de normas, tanto estatales como autonómicas, sobre la materia”.

Conforme lo previsto en los artículos 148 y 149 de la Constitución, mientras que el Estado tiene competencia exclusiva para lo relacionado con la sanidad exterior, para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad, para proferir la legislación referente a productos farmacéuticos y, en general, para promulgar la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas también asumen competencias en materia de sanidad e higiene, y ejecutan y prestan los servicios sanitarios.

En desarrollo de las precitadas normas constitucionales y de esa coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en España se creó el Sistema Nacional de Salud definido como el “conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la ley, son responsabilidad de los poderes públicos”⁶⁹.

2.2.3.2 Principales Normas del Sistema Nacional de Salud

Las principales normas que regulan el Sistema Nacional de Salud – SNS en España son la Ley General de Sanidad de 1986, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud del 2003, la Ley General de Salud Pública de 2011, el Real Decreto - Ley de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y la seguridad del 2012 y el Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios de 2015.

⁶⁹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2012: 6).

Respecto de la Ley General de Sanidad de 1986, precisa citar apartes de la exposición de motivos que dan cuenta del desarrollo constitucional⁷⁰:

“La Ley da respuesta al primer requerimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes, cuyo incremento no va necesariamente ligado a las medidas de reforma de las que, en una primera fase, por la mayor racionalización que introduce en la administración, puede esperarse lo contrario.

La incidencia de la instauración de las Comunidades Autónomas en nuestra organización sanitaria tiene una trascendencia de primer orden. Si no se acierta a poner a disposición de las mismas, a través de los procesos de transferencias de servicios, un dispositivo sanitario suficiente como para atender las necesidades sanitarias de la población residente en sus respectivas jurisdicciones. las dificultades organizativas tradicionales pueden incrementarse. en lugar de resolverse. En efecto, si las Comunidades Autónomas sólo recibieran algunos servicios sanitarios concretos, y no bloques orgánicos completos, las transferencias de servicios pararían en la incorporación de una nueva Administración pública al ya complejo entramado de entes públicos con responsabilidades sobre el sector.

Este efecto es, sin embargo, además de un estímulo para anticipar la reforma, perfectamente evitable. El Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16 de la Constitución, en el que la presente Ley se apoya, ha de establecer los principios y criterios substantivos que permitan conferir

⁷⁰ Ley 14 de 1986, Ley General de Sanidad. BOE N°102 del 29 de abril de 1986. Ministerio de la Presidencia y Para las Administraciones Territoriales. Exposición de Motivos (4).

al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes. que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado”.

Por consiguiente, en el Sistema Nacional de Salud resulta determinante el reconocimiento de la responsabilidad en la prestación de los servicios por parte de las Comunidades Autónomas, pero bajo una coordinación y dirección del Estado, cuyo principal referente es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado.

De acuerdo con el articulado de la Ley, los principios determinantes del Sistema Nacional de Salud son la Universalidad (cobertura a todos los españoles y extranjeros residentes en España), gratuidad, descentralización política (responsabilidad de las Comunidades Autónomas), articulación, coordinación, integralidad, información y financiación pública⁷¹.

En el Sistema Nacional de Salud Español toda persona tiene los siguientes derechos⁷²:

“1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar

⁷¹ Ley 14 de 1986, Ley General de Sanidad. Artículos 3 a 9.

⁷² Ley 14 de 1986, Ley General de Sanidad. Artículo 10.

peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria.

9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente.

10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas, en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados”.

En el Sistema Nacional de Salud resulta determinante el reconocimiento de la responsabilidad en la prestación de los servicios por parte de las Comunidades Autónomas, bajo la coordinación y dirección del Estado, cuyo principal referente es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado.

Los resultados de la implementación de la Ley General de Sanidad y los cambios sociales, tecnológicos, económicos y culturales que se sucedieron durante los primeros quince años de su vigencia, constituyen los antecedentes que motivaron la promulgación de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud del año 2003, norma que, como su nombre lo indica, pretendió ahondar en la necesaria coordinación en la prestación del servicio público esencial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y todas las Administradoras públicas sanitarias, a efectos de mejorar la equidad, la igualdad, la actualización, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud.

La norma conmina a que, indistintamente de la Comunidad Autónoma, el ciudadano pueda contar con servicios públicos sanitarios uniformes, que respondan a garantías mínimas y comunes.

La gestión mancomunada debe permitir que exista "seguridad de las prestaciones en todo el territorio del Estado, que los profesionales sanitarios tendrán las mismas garantías de competencia profesional, que la investigación se orientará a las necesidades de salud de la población, que la información sanitaria fluirá en todo el sistema y que la calidad será un objetivo común dentro del Sistema Nacional de Salud. Además de las seis áreas descritas anteriormente, la ley ofrece mecanismos de cooperación y coordinación tanto en la organización de la asistencia sanitaria como en salud pública. En asistencia sanitaria se regulan los planes integrales de salud, para que las Administraciones sanitarias adopten un enfoque integral en la atención a las enfermedades más prevalentes. En salud pública se identifican aquellos ámbitos en los que se requiere un enfoque conjunto"⁷³.

La Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud del 2003 pretendió fortalecer las entidades con responsabilidades en el sistema sanitario, entre otras, la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, el Observatorio del Sistema Nacional de Salud, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y la Alta Inspección.

En el año 2011 se promulgó la Ley General de Salud Pública, norma que, en sus antecedentes prevé la necesidad de actualizar la regulación de condiciones sociales que afectan la salud de la población, así:

⁷³Ley 16 de 2003, Ley General de Sanidad. BOE N°128 del 29 de mayo de 2003. Ministerio de la Presidencia y Para las Administraciones Territoriales. Exposición de Motivos (3).

“El creciente envejecimiento de la población, el aumento de familias monoparentales, el debilitamiento de las redes familiares y sociales acentuados por urbanismos dispersos, la globalización y sus riesgos emergentes, el consumismo, el uso creciente de las nuevas tecnologías, el modo de vida sedentario, los efectos del cambio climático o la inmigración, son algunos de estos nuevos fenómenos sociales. Nuevas realidades que conviven con otras que no por más antiguas están del todo resueltas, como la discapacidad intelectual, la salud mental, la plena integración de grupos étnicos minoritarios, la reclusión penitenciaria o las distintas situaciones de exclusión social. Los servicios sanitarios y sociales sólo serán sostenibles si aseguramos para nuestra población los mejores niveles de salud y autonomía posibles en todos los tramos de la vida y con la garantía de la máxima igualdad.

La búsqueda de la salud debe ser una tarea solidaria y compartida que no reconozca fronteras. Este aspecto cobra singular importancia en el mundo globalizado del siglo XXI, marcado por profundas desigualdades que siguen un patrón social entre Países y dentro de los propios Países, y hace de la aspiración a la equidad no sólo un fin, sino un medio para lograr una mejor salud para todas las personas. La equidad es al fin y al cabo consustancial a la salud y sólo las sociedades que procuran la igualdad consiguen buenos resultados en salud. Hoy las amenazas a la salud pública en el ámbito internacional no pueden detenerse o prevenirse mediante una sanidad de fronteras, de contención. Son la cooperación y la solidaridad las principales acciones de prevención, de ahí que no pueda abordarse la salud pública de cualquier territorio sin considerar la acción internacional como parte integrante de la política nacional de salud pública”⁷⁴.

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Española, la Ley General de Salud Pública establece las bases institucionales para lograr el

⁷⁴ Ley 33 de 2011, Ley General de Salud Pública. Publicado: BOE N°240 del 5 de octubre de 2011, páginas 104593 a 104626. Ministerio de la Presidencia y Para las Administraciones Territoriales. Exposición de Motivos (5).

máximo nivel de salud posible de la población en general, por medio del fomento, protección y promoción de la salud de las personas, principalmente en su esfera social y colectiva. La organización de la sociedad "requiere un sistema de salud pública que aúne, coordine y medie en tres ámbitos de acción: 1) el propio de los dispositivos de salud pública; 2) las acciones de prevención y promoción de la salud en los servicios sanitarios, y 3) las acciones y programas que, sin ser sanitarios, tienen efecto sobre la salud y que gestionados adecuadamente pueden alcanzar sus objetivos primarios asegurando al tiempo los mejores resultados en salud"⁷⁵.

De acuerdo con todas las disposiciones del Sistema Nacional de Salud se desarrolló en España un sistema claramente universal, respetuoso con la dignidad de todas las personas (indistintamente de su nacionalidad y condición migratoria), con unas amplias prestaciones, solidario con los menos favorecidos y financiado con impuestos.

En el año 2012 se hizo evidente la crisis económica del sistema nacional de salud, generada por la coyuntura fiscal de España y por "la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema"⁷⁶. Adicionalmente, se evidenció la pérdida de eficacia en la gestión de los recursos, alta morosidad e insostenible déficit en los presupuestos públicos destinados a la atención sanitaria⁷⁷.

Esas difíciles condiciones se suman a otras ya persistentes a lo largo de la existencia del Sistema Nacional de Salud, como "el impacto del envejecimiento de la población, la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la

⁷⁵Ibídem.

⁷⁶ Real Decreto-ley 16 del 20 de abril de 2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Publicado: BOE N° 98 del 24 de abril de 2012, páginas 31278 a 31312. Ministerio de la Presidencia y Para las Administraciones Territoriales. Exposición de Motivos (1).

⁷⁷ Ibídem.

terapia clínica, el avance y progreso en la medicina molecular, el desarrollo de los avances en genómica y proteómica (estudio a gran escala de las proteínas), y de nuevos fármacos”, lo que supone “un incremento del gasto sanitario cuyas previsiones deben ser rigurosamente analizadas por los responsables políticos. El uso racional y la adecuación terapéutica a la duración real de los tratamientos es uno de los temas en los que se debe poner el énfasis. Así, los últimos datos de gestión medioambiental de residuos de medicamentos ponen de manifiesto los preocupantes costes de destrucción de productos desechados sin utilizar o de unidades excedentes de las pautas terapéuticas establecidas, que no sólo confirman la necesidad de mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos, sino que alertan de los preocupantes costes medioambientales derivados”⁷⁸.

Adicionalmente, “todos los Países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos y, en especial, el gasto farmacéutico y su peso en el gasto sanitario. La implantación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los Países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica”. También se ha advertido que “el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios”⁷⁹.

Esa situación llevo a la promulgación del Real Decreto - Ley de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y la seguridad del año 2012, que tiene “como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia,

⁷⁸ Ibídem. Exposición de Motivos (2).

⁷⁹ Real Decreto-ley 16 del 20 de abril de 2012. Exposición de Motivos (3).

viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible. Se hace preciso, en el actual contexto socioeconómico, que dichas medidas se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato que dé respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea”⁸⁰.

En el Capítulo I, la norma adopta el concepto de asegurados y sus beneficiarios para identificar a los destinatarios de los servicios sanitarios en España, así:

“Artículo 3. De la condición de asegurado.

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una

⁸⁰ Ibídem.

autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico. A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente”.

La necesaria condición de asegurado y la determinación rigurosa de sus beneficiarios, lejos de ser un cambio formal, implica un desarrollo sustancial de considerables proporciones. En primer lugar, el ejercicio de aseguramiento demanda un ejercicio activo de los destinatarios del servicio, que deben

identificarse (o ser claramente identificables), y deben estar debidamente registrados y clasificados, restringiendo el acceso a población indeterminada; el reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social y una vez reconocida esa condición, los asegurados tendrán derecho a la prestación el servicio, previa la expedición de una tarjeta sanitaria.

En segundo lugar, se afecta la universalidad absoluta, otrora característica del sistema sanitario español, en la medida que se advierten requisitos y controles para la población que pretenda acceder a los servicios; se precisa que quienes no cumplan con las condiciones para ser asegurados o beneficiarios, sólo podrán acceder a la prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación, o de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Respecto de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, si son menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; si son mayores, sólo recibirán asistencia sanitaria de urgencias, por enfermedad grave o accidente, hasta su alta médica, y asistencia al embarazo, parto y postparto.

En tercer lugar, acoger el concepto de aseguramiento tiene como consecuencia el reconocimiento esencial, absoluto y directo de la relación entre la prestación de los servicios sanitarios y su financiación, que en España proviene de los impuestos. En la práctica, conforme ha pasado en sistemas que han acogido el aseguramiento como modelo determinante de los sistemas sanitarios (Estados Unidos y Colombia), una consecuencia de esa visión de aseguramiento radica en que los recursos financieros imponen las coberturas y el alcance de los servicios, por encima de las necesidades de la población, lo que a primera vista, se antoja odioso y anti natura; sin embargo, esa visión responde a la necesidad de garantizar los servicios sanitarios a generaciones presentes y futuras, cuando no hay control en el gasto o cuando escasean los recursos, lo que conlleva a establecer límites en el gasto, intensificar las fuentes de financiamiento y precisar

límites en el aseguramiento y en las coberturas, que permitan la presente y futura viabilidad financiera del sistema.

En cuarto lugar, el carácter de aseguramiento permite establecer coberturas comunes y homogéneas, tal como se prevé en el capítulo II de la norma, de suerte que ya no son las Comunidades Autónomas las protagonistas centrales en la determinación de los contenidos del servicio (que variaban conforme a las visiones políticas, coberturas y condiciones de prestación de cada autonomía), sino que es el sistema como un todo unificado, el que debe determinar esa cobertura y alcance. En sintonía con lo anterior, se crea una cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, con fundamento en la cual, luego de un análisis de costos y efectividad, se determinan las tecnologías sanitarias y prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

En teoría, el criterio de usuarios asegurados (dirigido a una mayor identificación de los beneficiarios) y ese carácter unificador de las coberturas permite al Estado Español un mayor control sobre los gastos y prestaciones, con una mayor eficiencia; adicionalmente, respecto de los ciudadanos de la Unión Europea que residen o transitan por España, al mismo tiempo que reafirma la posibilidad de acceder a los servicios en igualdad de condiciones que los Españoles, también permite garantizar que retornen los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales de esa población.

En el marco de la pretendida cohesión e igualdad de derechos de los españoles, ciudadanos de la Unión Europea y demás personas consideradas como asegurados, en el capítulo III de la norma se crea el Fondo de Garantía Asistencial, que busca financiar la asistencia sanitaria de personas que requieran asistencia en una comunidad autónoma diferente a la de su residencia.

En el Capítulo XV de la norma se regulan aspectos relacionados con la prestación de servicios farmacéuticos, pretendiendo unificar y hacer más eficientes las condiciones de precios y acceso a los medicamentos.

En el capítulo VI de la norma se prevé una regulación para el talento humano en salud, creándose un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios que contiene información atinente a su idoneidad, capacidad y condiciones sancionatorias, con miras a brindar información mínima a la población y a las instituciones, y a garantizar la movilidad del personal entre las diferentes Comunidades Autónomas, de acuerdo con equivalencias establecidas.

Finalmente, en el Capítulo VI la norma prevé una serie de regulaciones variadas, tales como algunas condiciones atinentes a eficiencia en el gasto al interior del sistema, la posibilidad de tener una gestión centralizada de suministros, medidas de ahorro en recursos y servicios, y condiciones relacionadas con la donación, preservación, almacenamiento, calidad, distribución y uso de células y tejidos humanos, entre otras regulaciones.

En síntesis, el Real Decreto - Ley de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y la seguridad del año 2012, constituye la última gran reforma al sistema nacional de salud español, y determina cómo se están prestando los servicios a la población asegurada en España.

Respecto de los contenidos farmacéuticos del sistema, el 24 de julio de 2015, fue proferido el Real Decreto Legislativo 1, por medio del cual se aprobó el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Precisa mencionar que la Ley 29 del 26 de julio de 2006, que constituye el antecedente cercano de la reciente disposición normativa, incorporó "el concepto de farmacoepidemiología y gestión de los riesgos, y la garantía de seguimiento continuado del balance beneficio/riesgo de los medicamentos autorizados". Adicionalmente, la norma había modificado el sistema de precios de referencia "para posibilitar los necesarios ahorros al Sistema Nacional de Salud y asegurar

la previsibilidad, la estabilidad y la gradualidad en el impacto para la industria farmacéutica, afectando a todos los medicamentos en fase de madurez en el mercado. La aparición en estos años de los medicamentos genéricos, productos de eficacia clínica demostrada y más económicos al haber expirado el periodo de exclusividad de datos del medicamento original, asegura idénticas condiciones de calidad, seguridad y eficacia a menor precio. Por ello, en este objetivo de sostenibilidad, las medidas incorporadas” pretendían eliminar las dificultades para acceder a mayor cantidad de medicamentos en el mercado⁸¹.

El Real Decreto Legislativo 1 del 24 de julio de 2015, no se profirió como una norma plenamente transformadora, sino que pretende integrar las disposiciones previstas en la Ley 29 del 26 de julio de 2006, junto con todas las normas que hasta ahora regían la prestación farmacéutica en el sistema nacional de salud, haciendo énfasis en el uso racional de los medicamentos y en el control del gasto farmacéutico, a efectos de poder garantizar una prestación universal, de calidad y al mismo tiempo sostenible.

Por consiguiente, el Real Decreto Legislativo 1 del 24 de julio de 2015, regula toda la actividad farmacéutica a cargo del Estado, concretamente, lo siguiente⁸²:

“a) Los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La

⁸¹ Ley 16 de 2003, Ley General de Sanidad. BOE N°128 del 29 de mayo de 2003. Ministerio de la Presidencia y Para las Administraciones Territoriales. Exposición de Motivos (4).

⁸² Real Decreto Legislativo 1 de 24 de julio de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. BOE N°177 de 25 de julio de 2015, páginas 62935 a 63030. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Artículo 1º. (2).

regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado.

b) La actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

c) Los criterios y exigencias generales aplicables a los medicamentos veterinarios y, en particular, a los especiales, como las fórmulas magistrales, y los relativos a los elaborados industrialmente, incluidas las premezclas para piensos medicamentosos.

d) Los cosméticos y productos de cuidado personal y, en particular, las medidas cautelares y el régimen de infracciones y sanciones aplicables a estos”.

2.2.3.3 Evaluación General del Sistema Nacional de Salud

En España la sanidad se encuentra ampliamente regulada y contiene condiciones operativas preestablecidas que en teoría son claras y hacen eficientes a los sistemas. Sin embargo, se vienen acrecentando los retos frente a nuevas condiciones de salud, nuevas tecnologías, cambios económicos y envejecimiento de la población, condiciones que demandan el estudio de alternativas para continuar y mejorar los servicios sanitarios.

El Euro Health Consumer Index - EHCI, informe que elabora cada año el centro de análisis Health Consumer Powerhouse Ltd⁸³, contiene un ranking de los sistemas nacionales de sanidad en Europa, con fundamento en indicadores que cubren áreas como derechos del paciente, información, tiempos de espera para tratamiento, resultados, prevención, cobertura de servicios proporcionados y medicamentos. “Este Índice se elabora a partir de una combinación de estadísticas públicas, encuestas entre pacientes y estudios independientes realizados por la organización”⁸⁴.

⁸³ <http://www.healthpowerhouse.com/en/about-us/>

⁸⁴ Health Consumer Power. (2012: 2).

Los últimos informes EHCI han reflejado una evolución en la sanidad de la población, de manera que existe mayor prevención, mayores expectativas de vida y mejores condiciones generales de salud, a pesar del envejecimiento poblacional, que incrementa la demanda de servicios, y de la crisis económica que afecta la sostenibilidad financiera de la mayoría de servicios sanitarios en Europa.

De acuerdo con el EHCI el sistema sanitario de España ocupó el puesto 24 en el año 2012⁸⁵ y desde del año 2014⁸⁶ y hasta hoy⁸⁷ ha ocupado el puesto 19, mejorando levemente su clasificación.

Esa evolución del sistema sanitario de España puede tener explicación en la conciencia de autorresponsabilidad, alimentación y cuidado, en la disminución de riesgos de seguridad (urbanos, laborales e industriales) y en las mejores condiciones ambientales.

Por supuesto, en los Países más afectados por la crisis económica (como España), debido a los recortes presupuestales, ha surgido la necesidad de poner controles al acceso previendo figuras como el aseguramiento, y la necesidad de incrementar la participación de los pacientes en el pago de sus tratamientos. Así mismo, existe una tendencia a disminuir el uso de nuevas tecnologías y medicamentos, y hay presencia persistente de dificultades intrahospitalarias por las menores inversiones públicas, de manera que la mitad de los Países evaluados por el EHCI, están en riesgo de problemas de salud pública e infecciones⁸⁸.

Por eso, una de las principales preocupaciones de la población es cómo será la sanidad luego de los recortes presupuestales que se seguirán haciendo.

⁸⁵ Björnberg, Arne. (2012: 16).

⁸⁶ Björnberg, Arne. (2015: 24).

⁸⁷ Björnberg, Arne. (2016: 26).

⁸⁸ Health Consumer Power. (2012: 2).

A partir del año 2008 y con ocasión de la crisis económica, se han estructurado reformas legales que “esconden algo más que un saneamiento de las cuentas públicas. Entre la letra pequeña de artículos que proclaman la necesidad de adoptar medidas para racionalizar el gasto público y reestructurar la Administración Pública en aras de la eficiencia, se enmascaran verdaderas declaraciones de liberalización y privatización de sectores y bienes estratégicos”⁸⁹, que no han sido ajenas a los servicios sanitarios.

Por supuesto, la problemática de la salud no se puede sustraer a las dificultades en la obtención, flujo y destinación de recursos y ese no debe ser el criterio determinante para una reforma estructural del sistema sanitario.

“Ha llegado el momento de preguntarse si el sistema sanitario español es sostenible, si la financiación pública a través de los impuestos y la regionalización del sistema son las medidas adecuadas”, o si deban adoptarse sistemas mixtos que conjuguen las bondades de la seguridad social pública con el aseguramiento privado; sin embargo, “la crisis económica es algo bastante reciente, que no puede explicar el continuo deterioro de la sanidad española” (...), prueba de ello es que “algunos Países ricos como Noruega y Suecia son los que presentan los mayores problemas de acceso de toda Europa”⁹⁰.

Las dificultades de los sistemas sanitarios, reflejados muchas veces en la desigualdad y deficiencias en la cobertura, la oportunidad y la integralidad en la atención, obedece en gran medida a la falta de transparencia y participación, como también a la inexistencia de unas políticas sanitarias claras, que no solamente se relacionen con la condición fiscal de los Estados, sino que consideren mejoras tecnológicas, respuestas al envejecimiento poblacional, prevención y optimización en la prestación.

⁸⁹ Carballeira Rivera, María T. (2013: 4).

⁹⁰ Health Consumer Power (2012: 2).

En España el sistema está pasando por una transición que tiende a afectar la universalidad y la integralidad, limitando a los destinatarios (ahora asegurados) y a los beneficios, lo que ha generado un crecimiento de los servicios opcionales de aseguramiento privado, so pretexto de una mejor calidad, oportunidad y acceso, causando una clara desigualdad entre quienes pueden pagar esos servicios opcionales y quienes no lo pueden hacer.

Adicionalmente, existen críticos problemas bucodentales, dificultades para el acceso a vacunas como la tetravérica, lo que evidencia una deficiente gestión de prevención, y existen recortes en insumos y personal de hospitales que han originado marchas como la "marea blanca" del 20 de mayo de 2013 y permanentes denuncias de profesionales de la salud y pacientes, que expresan su descontento con la calidad, oportunidad e integralidad de los servicios.

Es común encontrar opiniones que dan cuenta de una sanidad pública de regular eficacia, denunciando falta de atención en urgencias, remisiones sin fundamento entre especialistas, deficiencias administrativas, amplias demoras en atención al usuario, largas listas de espera, colapso de ambulatorios y cierre permanente de secciones en hospitales (algunos con amplia repercusión como el cierre de 117 camas en el Hospital de Getafe en el año 2008).

La adecuada prestación del servicio de salud requiere de una permanente escucha a la población, y de una reacción pronta a sus necesidades, de suerte que, por encima del análisis financiero (que claramente es importante), se deben buscar condiciones de eficiencia que respondan a las necesidades reales de la población y a los nuevos retos sanitarios (como todas las patologías asociadas al estrés, al uso de tecnologías, al envejecimiento y a la migración y globalización), en el contexto de una sociedad en permanente evolución como la nuestra.

2.2.4 Sistema de Salud en México

2.2.4.1 Antecedentes Históricos

El sistema de seguridad social en México tiene antecedentes normativos relacionados con el aseguramiento de los trabajadores y de sus familiares desde principios del siglo XX, concretamente en la legislación del estado de México de 1904 y la legislación de Nuevo León de 1906, normas reconocidas por el Instituto Mexicano de Seguros Sociales (IMSS)⁹¹.

Con la Revolución Mexicana de 1910 se exigió que se garantizaran los derechos sociales al empleo, a la salud y a la educación, que a la postre fueron incorporados en los artículos 3, 27 y 123 de la Constitución Federal de 1917 (Constitución vigente, con ocho reformas)⁹². No obstante, "durante los primeros doce años de vigencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, simple y sencillamente no fue factible establecer el Régimen del Seguro Social en México por condiciones coyunturales, como la lucha armada y la parálisis productiva"⁹³.

Sólo a finales de 1925 se presentó una iniciativa de Ley sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En ella se disponía la creación de un Instituto Nacional de Seguros Sociales, de administración tripartita, pero cuya integración económica habría de corresponder exclusivamente al sector patronal.

En 1929 se propuso una reforma que reconocía a la seguridad social como derecho público obligatorio, en 1931 se presentó una propuesta de seguro social privado y en 1933 se recomendó la consolidación de un seguro social obligatorio de participación tripartita. Posteriormente, se promulgó el Decreto-Ley del Seguro Social de 1942, que preveía la responsabilidad de la prestación del servicio

⁹¹ Ortiz Escobar, Jorge (1998). En su texto, Ortiz reconoce la existencia de doce legislaciones con anterioridad a la revolución, pero se asume la posición histórica del IMSS.

⁹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México D.F: Editorial PAC. S.A. de C.V., 2002.

⁹³ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 92).

a cargo del Instituto Mexicano de Seguros Sociales, con aportes de empleados, de empleadores y del Estado.

En 1979, comenzó a operar el Programa Nacional de Solidaridad Social por Cooperación Comunitaria, que luego tomó el nombre de Programa IMSS-Solidaridad, cuyos componentes son el Sistema de Salud, el Sistema de Pensiones y el Sistema de Prestaciones Sociales. Luego de varias revisiones, la norma fue objeto de varias adiciones y modificaciones, y rigió hasta el 30 de junio de 1997.

La crisis económica que México sufrió en los años noventa del siglo pasado, afectó seriamente la situación financiera del sistema de seguridad social y por consiguiente la operatividad de la asistencia en salud, lo que llevó a un profundo proceso de auto-examen para detectar todo aquello que dejó de ser funcional y buscar, con la colaboración de los involucrados y de la población en general, un replanteamiento en los modelos de seguridad social.

En junio de 1997 entró en vigencia la Nueva Ley del Seguro Social y en 1998, se suscribió el Acuerdo Multilateral sobre Seguridad Social del Mercosur, que en su artículo 2º, reitera el reconocimiento de los derechos de seguridad social para los trabajadores públicos y sus familiares.

Finalmente, en el año 2001, se surtió otra reforma a los sistemas de salud, en procura de sostenibilidad fiscal, bajos la tutela de las entidades crediticias internacionales, que han recomendado modelos de aseguramiento cerrados, con límites en las coberturas y condiciones estrictas de los aportes.

No obstante las reformas implementadas, en términos generales la seguridad social en salud no presenta los cambios esperados siendo crítica la condición hospitalaria, la cobertura y la percepción de oportunidad, amén de la ya casi crónica y permanente crisis financiera de la atención en salud.

2.2.4.2 Regímenes y Beneficiarios del Sistema de Salud

De acuerdo con lo previsto en la Ley del Seguro Social de 1997, Título Primero, Capítulo Único, Artículo 2, "la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado"⁹⁴.

El sistema de salud en México, está conformado por los siguientes subsistemas de atención, a saber⁹⁵:

- El subsistema de la Secretaría de Salud (SSA) que atiende a las personas no aseguradas, que no cuentan con medios de pago para acceder al sistema contributivo, en zonas rurales y urbanas en todo el País. La Secretaría de Salud SSA es la entidad directora y responsable de la política pública en salud (Programa Nacional de Salud) y, dentro de sus funciones, le corresponde actualizar la regulación sanitaria, evaluar la prestación de los servicios de salud y manejar el sistema nacional de control epidemiológico.
- El del programa de salud del Instituto Mexicano del Seguro Social IMSS, particularmente el IMSS - Solidaridad, que está estructurado por organismos públicos descentralizados, seguridad social en salud con arreglo a leyes locales y afiliados contribuyentes y sus beneficiarios.
- El subsistema de salud de los regímenes especiales de seguridad social, que complementan el IMSS - Solidaridad, que son: el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado – ISSSTE, creado por el Decreto-ley del 28 de diciembre de 1959, el sistema de servicios médicos de Petróleos Mexicanos PEMEX, y el sistema de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA).

⁹⁴ Ley del Seguro Social. México D.F.: Editorial. PAC. S.A. de C.V., 2002.

⁹⁵ Organización Panamericana de la Salud. (2002: 1).

- Y finalmente, existe una cobertura por parte de servicios y seguros médicos privados.

El siguiente cuadro resume la condición de los subsistemas de atención en salud en México:

Servicios de Salud de la Seguridad Social en México

Institucionalidad	Definición	Financiación
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social. Entidad pública que cumple con un aseguramiento y participación tripartita (Estado, empleadores y empleados).	Estado Federal, empleados y empleadores.
SSA	Secretaría de Salud de México. Institución del orden Federal Pública.	Federal
ISSSTE	Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado. Institución pública con patrimonio propio.	Federal y empleado.
SSM PEMEX	Sistema de Servicios Médicos de PEMEX. Empresa pública con patrimonio propio.	Propia.
SEDENA	Sistema de Salud de la Secretaría de Defensa del Estado.	Federal.
PRESTACIONES ESTATALES	Entidades públicas que aseguran o prestan servicios de salud en algunos de los Estados que conforman la Unión Federal. Participan las Secretarías Estatales de Salud (SESA)	Federal, Estatal y empleados.
SERVICIOS PRIVADOS	Aseguradores y prestadores privados.	Financiamiento Privado.

Fuente: Organización Panamericana de la Salud (2002).

Podría afirmarse que el sistema de salud mexicano posee los siguientes componentes: “los servicios privados, la seguridad social y los que –careciendo de capacidad de pago para tener acceso al primero, ni relación laboral que le permita ingresar en el segundo– representan la llamada «población abierta». Estos últimos reciben los servicios de la SSA y otras instituciones, sean del sector público o asociaciones civiles”⁹⁶.

2.2.4.3 Financiación del Sistema de Salud

El sistema de seguridad social en salud es el que más recursos demanda para la atención de los usuarios en su red institucional. El IMSS es la institución con

⁹⁶ Flores Aréchiga, Amador (2002: 2).

mayor gasto en salud y el que confiere más número de prestaciones, seguida por la SSA y por el ISSSTE. Los subsistemas se financian principalmente con los siguientes rubros:

- Rubro contributivo. El IMSS recauda las cotizaciones de los afiliados a la seguridad social. La SSA recauda dinero de las "cuotas de recuperación" de la población que tiene capacidad de pago.
- Rubro de solidaridad. El IMSS-Solidaridad recibe una asignación presupuestal del Gobierno Federal y del fondo de administración del IMSS. Por su parte, la SSA se solventa por recursos financieros que provienen de los presupuestos de la Federación y de cada Estado.
- Las prestaciones privadas se cubren con recursos de los asegurados o de quienes asumen el pago de sus atenciones en salud.

2.2.4.4 Principios y Funciones del Sistema de Salud

Los principios que rigen el sistema de salud en México, no son distintos a los presentes en los sistemas de salud usualmente vigentes en casi todos los Países occidentales. Dentro de estos principios están⁹⁷:

- Solidaridad. Componente esencial y fundamento axiológico encaminado a la distribución equitativa de los servicios de salud (igual servicio para todos, sin la falta de recursos afecte la prestación, y colaboración según capacidad de pago y según las necesidades).
- Calidad. Ofrecimiento de mejores y adecuados servicios de salud.
- Equidad. Aumento paulatino de la cobertura en salud y mejor distribución de los recursos para la salud.
- Efectividad. Reducción e impacto en los indicadores de morbilidad y mortalidad.
- Eficiencia. Mejor asignación y reparto de los recursos disponibles para la salud.

⁹⁷ Noriega, Carlos y Otros. (2006).

- Sostenibilidad. Perduración de las instituciones en el tiempo y racionamiento de los recursos.
- Participación y Control Social. Democratización de los procesos federales, municipales y locales en el diseño y ejecución de políticas en salud.

Las Funciones del sistema de salud mexicano se contemplan por cada institución encargada así:

- Rectoría, que la ejerce la SSA, mediante un conjunto de Normas Oficiales Mexicanas (NOM), que “establecen los procederes y contenidos específicos de la regulación sanitaria nacional”⁹⁸. El soporte legal lo proporcionan las siguientes Leyes: Ley General de Salud (LGS), Ley General del Seguro Social (LGSS), las NOM, Reglamentos, Reglas de Operación y Acuerdos de las Instituciones Públicas.
- Regulación Sanitaria en productos, bienes y servicios que está a cargo de cada Estado y de su respectiva Secretaría Estatal de Salud (SESA).
- Sistema de Información. No existe un Sistema Nacional único sino una serie de subsistemas institucionales de información desarticulados de población, cobertura, recursos, servicios y debilidades.
- Coordinación. Dos instancias están a cargo: el Consejo de Salubridad General que coordina las acciones intersectoriales en salud y el Consejo Nacional de Salud, que actúa como ente central de coordinación de las políticas territoriales de salud.
- Supervisión y Control del gasto. La realiza la Oficialía Mayor de cada Institución, orientadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que a su vez envía los recursos a cada estado. La Secretaría de la Contraloría del Desarrollo Administrativo, monitorea el gasto.
- Acreditación y Certificación. Esta responsabilidad la asumen la Academia Nacional de Medicina y el Consejo de Salubridad General.

⁹⁸ Organización Panamericana de la Salud (2002: 14).

Los servicios de atención a los usuarios y poblaciones, grosso modo son:

- Salud Pública. Servicio dirigido a toda la población, a cargo del SSA, la Secretaría de Educación Pública (SEP) y todas las instituciones públicas y privadas del sistema. Este servicio está dirigido a la promoción y prevención de enfermedades comunes.
- Atención Individual. Conformado por los siguientes niveles de atención: el primer nivel es el de promoción de salud, prevención y atención ambulatoria; el segundo nivel que ofrece la red de hospitales en servicios ambulatorios y de internamiento, y el tercer nivel que realiza actividades de mayor complejidad, provee servicios especializados y de investigación científica y es prestado por hospitales nacionales, regionales y algunos estatales.

2.2.4.5 Evaluación General del Sistema de Salud

En México, entre el año 2000 y el año 2015, aumentó la cobertura en más de cincuenta millones de habitantes. Con anterioridad la mayoría de los habitantes tenía que asumir con sus propios recursos, de manera parcial o total, los gastos necesarios para procurar su atención médica, mientras que hoy, gran parte de ellos cuentan con un seguro de salud.

Los índices de "mortalidad infantil y fallecimientos por ataques cardíacos o accidentes cerebrales, así como los niveles de satisfacción de los pacientes, han mejorado gracias a un mayor acceso a servicios de atención médica. Asimismo, iniciativas sin precedente para mantener a los mexicanos sanos, como los impuestos a las bebidas saborizadas con azúcar y a los alimentos con alta densidad calórica, un etiquetado más detallado sobre el contenido nutricional de los alimentos y bebidas y una mejor regulación de la publicidad alimenticia

dirigida a menores de edad son políticas bien diseñadas e innovadoras a nivel internacional⁹⁹.

Sin embargo, el sistema de salud presenta serias dificultades en la prevención de patologías, sigue en la cobertura y en la financiación.

En México, "las tasas de sobrepeso u obesidad en la población adulta aumentaron de 62% en 2000 a 71% en 2012 y en la actualidad uno de cada tres niños en México tiene sobrepeso o sufre de obesidad. Más del 15% de los adultos tienen diabetes, un porcentaje que representa más del doble del promedio OCDE de 6.9%. Las muertes por padecimientos cardiacos bajaron sólo 1% desde 1990, en gran contraste con la reducción de 48% observada en muchos otros Países OCDE. En consecuencia, durante la última década la diferencia en esperanza de vida entre México y el promedio de los Países de la OCDE aumentó de alrededor de cuatro años a casi seis años. Si bien entre 2003 y 2013 el gasto público en atención médica pasó de 2.4% del PIB a 3.2%, un mayor gasto no siempre se traduce en mejoras en los niveles de salud. El porcentaje del presupuesto de salud en México dedicado a la administración (casi 10%) y los pagos directos por servicios de salud que salen de los bolsillos de las personas (cerca de 40%) siguen siendo los más altos de la OCDE. Estos indicadores muestran que el sistema mexicano de salud aún puede y debe mejorar sus niveles de eficiencia"¹⁰⁰.

Por otro lado, la coexistencia de diversas formas para asumir las prestaciones sanitarias por parte del Estado, relativizan la universalidad y la equidad frente a los beneficios. Así, al subsistir varios modelos de cobertura y diferentes institutos de seguridad social como el IMSS, el ISSSTE y los sistemas de salud de Oaxaca, Estado de México y Baja California Sur, entre otros, unas personas reciben beneficios disímiles a otras, y perciben la seguridad social en salud de diferentes maneras y con variados niveles de satisfacción; además, toda la población se ve expuesta al riesgo permanente de cambio de modelo, por la simple migración de

⁹⁹ OCDE (2016 a).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

empleo o por el desempleo, lo que claramente interrumpe la continuidad y la integralidad en la atención médica, y genera pérdida de esfuerzos médicos y financieros.

Adicionalmente, al igual que en casi todos los Países de América Latina, los sistemas de salud presentan una amplia regulación e institucionalidad, pero paradójicamente un alto nivel de complejidad en su operatividad. Si a esa complejidad se le suma la ineficacia, reflejada en una población que no recibe servicios de salud o los recibe de manera precaria, el resultado es una grave percepción de amplio gasto público pero absoluta desprotección social, desamparo y corrupción.

Respecto de la financiación, México se debate entre la intención de garantizar la prestación y la necesidad de financiar los servicios, por medio del aumento en los recaudos y recortes presupuestales. Para el año 2015, con una población de 127 millones de habitantes, el gasto en salud ascendió a aproximadamente U\$71 mil millones de dólares al año (6,2% del PIB), con un gasto per cápita anual de U\$677¹⁰¹, que se ha duplicado en los últimos quince años.

Considerando que en la misma proporción del gasto no han aumentado los ingresos tributarios, en lugar de buscar ahorros sensibles por medio de prevención, eficiencia en el servicio y mejoramiento de las condiciones de salud de la población, el Estado presiona menores gastos en salud, que afectan la pertinencia, integralidad y oportunidad en los servicios.

Es necesario profundizar las actividades de promoción y prevención, precaviendo el exponencial crecimiento en enfermedades relacionadas con hábitos de alimentación y regulares condiciones de desarrollo urbano (incluida la sobrepoblación, transporte, seguridad y la contaminación ambiental); así mismo, es indispensable apostar por nuevas tecnologías en salud que si bien, en principio

¹⁰¹ Banco Mundial (2016).

pueden ser costosas en términos de investigación, desarrollo y uso, en el mediano y largo plazo aminoran los costos de los diagnósticos y tratamientos, mejoran la oportunidad y agilizan las atenciones sanitarias, todo lo cual se ve reflejado en un menor costo para el sistema.

Es indispensable unificar los sistemas de salud, condición que al parecer ya se inició en México con la suscripción del Acuerdo Nacional Hacia la Universalización de la Salud, que establece las bases para lograr la unificación del IMSS, el ISSSTE y los sistemas de salud de Oaxaca, Estado de México y Baja California Sur, y pretende viabilizar la portabilidad y garantizar la prestación entre esos distintos sistemas¹⁰².

En general, en México se busca “reforzar la capacidad rectora de la Secretaría de Salud como eje principal del sistema de salud frente a las instituciones de seguridad social. Además de hacer uso eficaz de los recursos y fomentar la rendición de cuentas por parte de las autoridades”¹⁰³.

Finalmente, existe una crítica condición de los sistemas de información que soportan la prestación, de suerte que es difícil identificar íntegramente a la población, determinar su condición socioeconómica y sanitaria, y proyectar el crecimiento del sistema de salud a futuro.

Por consiguiente, resulta indispensable fortalecer los sistemas de información de los usuarios, a todo nivel, que incluyan el manejo de metadatos, el control y la adecuada accesibilidad (aunque regulada por el carácter reservado de la información clínica), a nivel de datos personales, beneficiarios, datos sociales y económicos, factores de riesgo e historias clínicas que reúnan toda la información médica de los usuarios disponible.

¹⁰² Secretaría Federal de Salud de México (2016).

¹⁰³ Aguilera Izaguirre. Gustavo. (2015: 126).

2.2.5 Otros Sistemas de Salud en América Latina

2.2.5.1 Antecedentes

En un principio los servicios sanitarios en América Latina carecían de un componente sólido de responsabilidad a cargo del Estado. Dependían principalmente de los mismos habitantes quienes deberían procurarse los medios para lograr la atención en salud y de hospitales pertenecientes a comunidades religiosas y fundaciones sin ánimo de lucro, instituidos desde la época colonial.

Esa condición de la asistencia sanitaria se mantuvo hasta principios del siglo XX, cuando iniciaron cambios escalonados y estructurales principalmente relacionados con el nivel de intervención del Estado y el alcance de las coberturas.

En Uruguay, Chile, Brasil, Cuba y Argentina, hacia 1920, surgieron los primeros regímenes de indemnización por accidentes laborales, seguros de enfermedad y maternidad, y programas pensionales que amparaban vejez, invalidez y sobrevivencia.

Entre 1940 y 1950, en Costa Rica, México, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela, se instauraron regímenes de seguridad social caracterizados por el reparto intergeneracional y por el principio de universalidad (muy insipiente en la práctica), rasgos propios del modelo que propuso W. Beveridge en Inglaterra.

Un último grupo de Países conformado por República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Haití, entre 1960 y 1970 instauraron regímenes de seguridad social, también de corte universal, intergeneracional y solidario.

2.2.5.2 Tipología pública, privada o mixta de los Sistemas de Salud en América Latina

En Latinoamérica los sistemas de salud han evolucionado paralelamente con los sistemas pensionales, con una tendencia a la privatización y a la responsabilidad individual.

Han sido diversos los enfoques y los matices de los modelos de salud en cada País. En general, se formulan fusiones entre los modelos de amparo al trabajador, tipo Bismark y una atención pública universal propia de los seguros sociales propuestas por el modelo de W. Beveridge, caracterizada también por la solidaridad y el reparto. "En América Latina, todos se regían por el sistema de reparto simple (contrato social de solidaridad intergeneracional, aspecto éste, fundamental para plantear la defensa del régimen de reparto frente a la capitalización). Hoy cabría decir, sin embargo, que lo ideal es mantener regímenes de reparto solidario con posibilidad de capitalización colectiva, asimilables éstos, en gran parte a los modelos públicos de fuerte tradición durante el siglo XX"¹⁰⁴.

Las reformas de los sistemas de salud han sido promovidas por el cambio de los roles del Estado, que deambulan en función de fortalecer o no la economía de mercado en la prestación de los servicios públicos esenciales. En la década de los años 90 del siglo pasado, se consolidaron cambios estructurales en la mayoría de Países de Latinoamérica, dirigidos a reformas que "no sólo se han expandido en la región, sino que también han influenciado el cambio en otros Países del mundo.

A fines del siglo, había al menos siete Países que estaban considerando una reforma de pensiones en América Latina y tres una reforma de salud; más aún, los modelos de reforma latinoamericanos se habían introducido o estaban en discusión en varios Países de Europa Oriental y África"¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Franco, Álvaro (2014: 6).

¹⁰⁵ Mesa-Lago, Carmelo. (2000: 11).

La razón primordial de la demora para la aplicación de las reformas fue el excesivo endeudamiento externo de varios Países de América Latina, de manera que las agencias crediticias internacionales como el Fondo Monetario Internacional - FMI, el Banco Mundial - BM y el Banco Interamericano de Desarrollo - BID, aconsejaron y justificaron la disminución del gasto y las privatizaciones, como parte de una reforma en salud. "El Banco Mundial sintetizó la crítica al intervencionismo estatal, en que la política económica tiende a ponerse al servicio de los grupos que controlan el aparato estatal, que los Estados son malos empresarios y que una regulación excesiva estimula la corrupción"¹⁰⁶.

En relación con los cambios propuestos por el Banco Mundial, denominados *Agenda Para la Reforma*¹⁰⁷, Álvaro Franco argumenta: "se propone, en consecuencia, restringir el gasto público en salud sólo a servicios con beneficio para toda la población, en ese sentido la atención curativa debe ser pagada por quien la recibe y los recursos estatales solamente se destinarán para los llamados *bienes públicos*. En su arsenal reformista se incluyen intervenciones costo efectivas, definición de externalidades, focalización del gasto público, riesgos compartidos entre financistas y prestadores, separación de funciones (prestación, administración, financiamiento, modulación), copagos y cuotas moderadoras, privatización, subsidiaridad del Estado; y la competencia administrada como modelo de gestión"¹⁰⁸.

En el año 1996, el Banco Interamericano de Desarrollo - BID¹⁰⁹ evidenció las distintas tendencias imperantes de los modelos de seguridad social en salud en la Región. Esas tendencias podrían determinarse en función del carácter privado o público dominante, de manera que en una eventual clasificación podrían denominarse modelos públicos, mixtos o privados.

¹⁰⁶ Giraldo, César (2001: 54).

¹⁰⁷ Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. (1997: 87).

¹⁰⁸ Franco, Álvaro (2014: 5).

¹⁰⁹ Banco Interamericano de Desarrollo (1998) y Franco, Álvaro (2001: 9).

En los modelos totalmente públicos el Estado asume la financiación, administración prestación y control de todo el sistema.

El caso paradigmático es el modelo de Cuba, en el que incluso está prohibida la prestación de los servicios por fuera del sistema público de salud. Este País merece una breve observación: "a fines del decenio de los ochenta, Cuba tenía los mejores indicadores de salud de la Región, pero el costo del sistema era altísimo. El colapso de la URSS y del socialismo provocaron la crisis económica y sanitaria, y la mayoría de indicadores de salud se han deteriorado (con excepción de la mortalidad infantil, que continúa descendiendo), aunque el personal médico aún es relativamente el mayor de la región. La crisis severa de la salud en Cuba demanda una reforma integral pero ésta no es siquiera tema de discusión"¹¹⁰.

Venezuela haría parte hoy del modelo público, considerando que con posterioridad al año 1997 ese País implementó una reforma institucional integral acorde con el modelo de desarrollo socialista, muy similar al previsto en Cuba. Resulta difícil determinar con objetividad el estado actual del sistema sanitario en Venezuela y su efectividad, debido a la casi inexistente información independiente.

Los modelos mixtos parten usualmente de una instrucción constitucional al Estado para que garantice el derecho a la salud, pero la prestación se hace operativa principalmente a través de los particulares. Se trata de un servicio público regulado en el que existe una estructura jurídica, administrativa, institucional y financiera pública, dirigida a organizar la participación privada en la prestación de los servicios.

En estos modelos mixtos se persigue usualmente la universalidad y la solidaridad, de manera que el Estado busca la cobertura total bien sea a través de aseguramiento, afiliación o prestación de personas con capacidad de pago,

¹¹⁰ Mesa-Lago, Carmelo. (2000: 27).

cobrando por el servicio, o bien a través de un régimen de subsidios para quienes no pueden pagar.

Estos modelos mixtos están presentes en mayor o menor medida en países como Brasil, Perú, Chile, México, Colombia y Uruguay.

Finalmente están los modelos privados que suponen una actividad libre y desregulada en la prestación de los servicios por parte de los particulares. En realidad, este tipo de modelos no existe plenamente, de manera que hoy por hoy la seguridad social en salud no resulta ajena a la regulación y la intervención pública.

Se trata en realidad de modelos semiprivados o semipúblicos en los que sí existe regulación, pero el mercado suele tener importancia en el surgimiento de condiciones de ofrecimiento de servicio y de acceso a modelos de aseguramiento y prestación.

En Latinoamérica no existen este tipo de modelos por los imperativos constitucionales que obligan al Estado a garantizar la seguridad social a toda la población. Sin embargo, en la práctica, las deficiencias de la operatividad pública jalonan el fortalecimiento de los particulares que prestan el servicio, quienes usualmente se venden como paradigmas de la oportunidad, la integralidad y la calidad, y antítesis del mal servicio (mala imagen) que prestan los agentes públicos.

Ese paradigma es fácilmente desvirtuado por las condiciones críticas del servicio presentes en Colombia, en donde los particulares responsables del aseguramiento público y en gran medida de la prestación, por su culpa o sin ella, en términos generales no han respondido fielmente a una correcta prestación del servicio.

En la práctica, los modelos mixtos, por la debilidad del Estado, han fortalecido a los aseguradores y prestadores privados y han evidenciado el precario papel regulador y vigilante del Estado.

2.2.6 Resultados de las Reformas en América Latina

Las reformas en los sistemas de seguridad social en salud en Latinoamérica que oscilan entre sistemas de reparto, sistemas nacionales de salud o sistemas de aseguramiento, que se produjeron a finales del siglo pasado, arrojaron resultados que varían conforme los pilares sobre los que se han estructurado los regímenes sanitarios.

Esos resultados se podrían medir con base en los siguientes criterios y variables:

Criterios	Variables
Equidad	Desagregación en cobertura, distribución de recursos y uso de servicios para toda la población, en igualdad de condiciones.
Distribución de Recursos	Reasignación del gasto total en salud en forma per cápita, previsión de servicios y atenciones médicas por cada 10.000 habitantes, ampliación de red de prestadores.
Efectividad	Mortalidad infantil, mortalidad materna, recién nacidos con bajo peso al nacer, mortalidad por cáncer, incidencia de SIDA, enfermedades inmunoprevenibles, mortalidad por diabetes, hipertensión esencial en mayores de 25 años y enfermedades crónicas.
Calidad técnica	Medición de calidad en los aseguradores y prestadores; existencia de criterios de acreditación y habilitación, existencia de comités de calidad, disponibilidad de tecnologías y medicamentos esenciales, incidencia de infecciones hospitalarias, medición de pacientes con informe de alta sin contratiempos en la atención, información de resultados en las atenciones médicas.
Calidad percibida	Medición de resultados y de oportunidad, posibilidad de selección de aseguradores y prestadores por parte de los usuarios, publicación de los programas de mejora de calidad, exigencia de procedimientos de orientación al usuario, encuestas de opinión y medición de grados de satisfacción del usuario.

Eficiencia en Asignación de Recursos	Mecanismos de asignación de recursos más eficaces; mayor control en la asignación y ejecución de recursos; descentralización en la asignación de recursos para mayor control local y para el desarrollo de acciones de promoción y prevención.
Sostenibilidad	Evaluación permanente del recaudo y de las fuentes de recursos; legitimación o aceptabilidad de las instituciones; disponibilidad de información sobre gasto público y privado por unidad territorial; sostenibilidad para el incremento de coberturas por programas o por servicios; capacidad de ajustar ingresos y gastos; capacidad de los prestadores de cobrar por servicios a los usuarios, a los asegurados, a los aseguradores o al Estado; control.
Participación social	Grado de participación y control social en las distintas funciones y en los niveles del sistema de salud.

Fuente: Sistemas Previsionales, Salud y Reformas en América Latina. Franco. A. (2001), Universidad Nacional de Colombia.

Una vez aplicados los precitados criterios y variables, en el año 2001 Infante A. y Álvaro Franco hicieron una evaluación de los sistemas que arrojó resultados cuya validez persisten hoy en día.

En general, los modelos de seguridad social en salud continúan siendo los mismos, perdura una tendencia de privatización y de confianza en el mercado y subsisten gran parte de las complejas condiciones sociales y económicas de la población en la región¹¹¹.

Del informe, se resaltan unos aspectos nucleares de las reformas en América Latina:

Principales Núcleos de Reforma en América Latina

PAÍS	TRANSFORMACIONES
Argentina	Transformación de las "obras sociales", la libre elección, unificación de afiliación y contribución al Seguro Nacional de Salud.
Brasil	Unificación del Sistema (Sistema Único de Salud, servicios públicos más servicios de la seguridad social). Tiene indefinición de funciones. Regulación del sector privado (es muy alta en atención hospitalaria).

¹¹¹ Infante A. (2000: 29-46). Citado por Franco, Álvaro (2001: 11). Respecto de la vigencia de las conclusiones del informe, se puede consultar a Álvaro Franco (2014: 95-107).

Chile	Sistema de Salud dual, con distintas lógicas y propietarios, sin competencia. Lógica pública de reparto y sistema privado que cubre riesgos individuales. Busca hoy reforzar el sector público. Introduce cuasi-mercados, separación de funciones FONASA, Minsalud y Servicios; mediciones de desempeño (eficiencia micro).
Colombia	Descentralización del gasto. Competencia regulada (formalmente). Sistema de Seguridad Social Integral y Solidario. Transición del subsidio a la oferta al subsidio a la demanda. Sistema de Aseguramiento pagado por el Estado, con participación privada en el aseguramiento.
Costa Rica	Sistema Integrado (no estratificado). Separación de funciones: Ministerio (rector y promotor) y la Caja del Sistema de Salud. (actividades operativas). Impulso de equipos básicos de atención integral en salud. Gerencia hospitalaria y desempeño. Sistema Nacional de Evaluación.
Países de habla Inglesa- Caribe	Sistemas públicos fuertes e integrados. Seguro Nacional de Salud.

Fuente: Franco, Alvaro (2001) y Franco, Álvaro (2014: 95-107)

Así mismo, se deducen las siguientes fortalezas:

Fortalezas de las Reformas en Varios Países de en América Latina

FORTALEZAS	PAÍSES
Articulación normativa del Sistema de Salud	Brasil y Costa Rica. Argentina, Colombia, Chile, Perú.
Rectoría del Ministerio de Salud	Chile y Colombia.
Sistemas Locales de Salud	Costa Rica, Nicaragua, Perú y Colombia
Descentralización	Argentina, Colombia, Chile y Perú.
Mezcla público-privada	Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Nicaragua.
Regulación de mercados	Argentina, Colombia, Chile.
Reestructuración de Hospitales	Argentina, Brasil, Chile.
Separación y especialización de funciones	Argentina, Colombia, Chile.
Contrato de desempeño con prestadores públicos	Argentina, Colombia.
Incentivo al desempeño	Brasil, Chile.

Mejoramiento de la gestión de recursos humanos	Costa Rica, Chile.
Uso de pagos por capitación	Argentina, Colombia, Chile.
Pagos prospectivos (GDT, grupos de diagnóstico y tratamiento)	Argentina, Brasil, Colombia, Chile
Solidaridad y equidad en financiamiento	Argentina, Brasil, Colombia, Chile.
Prestaciones básicas universales unificadas	Colombia, Costa Rica, Nicaragua
Ampliación de coberturas (universal y focalizado)	Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua.

Fuente: Franco, Alvaro (2001) y Franco, Álvaro (2014: 95-107)

Como ya lo mencionamos, estos resultados y caracteres han variado muy poco y actualmente, al año 2017, siguen presentes así:

- Equidad en cobertura. En algunos Países (Brasil, Costa Rica, El Salvador, Colombia y México) hay una clara disminución de la brecha entre la población cubierta y no cubierta por un plan de beneficios o un conjunto básico de prestaciones. Sin embargo, aún Faltan recursos para el aseguramiento público y para atenciones básicas.
- Efectividad. La efectividad global del sistema, la calidad técnica y la calidad percibida demuestran mejorías en pocos Países. Es decir, en términos de políticas de salud, que se relacionan con estos indicadores, la situación no ha mejorado.
- Eficiencia en asignación de recursos. En muchos Países (como Argentina, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Chile), hay mayor cobertura de población con los recursos disponibles. Sin embargo, la asignación eficiente no mejora respecto de la efectividad en las prestaciones, de manera que los sistemas presentan retrasos en las atenciones y alta deficiencia en prevención sanitaria.
- Participación social. Hay mejoría en la mayoría de los Países en los procesos de participación, considerando la mayor actividad de las autoridades locales y municipales, y el mayor acceso a la información por

parte de los usuarios; sin embargo, no existe claridad sobre el alcance de esa participación y la posibilidad de decisión que permite esa participación.

- Asignación de recursos sobre indicadores específicos como cobertura por agua potable, alcantarillado, porcentaje del presupuesto de salud destinado a servicios de salud pública y porcentaje del gasto de salud en atención primaria. En la mayoría de Países hay mejoría en esos indicadores; sin embargo, todavía hay mucho camino por recorrer, especialmente en acceso a alcantarillado, agua potable y actividades de salud pública.

- Evaluación, vigilancia y control. Existe la percepción generalizada de una enorme ineficiencia en la evaluación, vigilancia y control, debido en parte a fallas en el recaudo y análisis de la información y a la existencia de autoridades de vigilancia que suelen ser débiles, anacrónicas y carentes de capacidad de respuesta.

- Información. Valga decir que, por cuenta de los avances tecnológicos, hoy ha mejorado sustancialmente la gestión de información en los sistemas sanitarios Latinoamericanos, particularmente en la identificación de usuarios, recaudo y flujo de recursos; sin embargo, continua la dispersión en la información clínica, lo que impide la unificación de datos necesarios para el control, para la verificación sobre servicios efectivamente prestados y para la consolidación de acciones de prevención y de eficiente atención sanitaria.

- Salud pública. Las acciones de promoción y prevención adolecen de indicadores eficientes para medir su impacto, además de verse afectados por intereses políticos y económicos, que afectan su efectividad. Adicionalmente, pareciera existir un divorcio entre la salud pública y la atención sanitaria que cubre el sistema para cada habitante.

- Sostenibilidad. Se observan intentos de los Países por buscar equilibrio entre ingresos y gastos, mejorar el recaudo y mejorar información desagregada sobre el gasto en salud; sin embargo, los programas aún no son sostenibles y usualmente se sacrifica la calidad y oportunidad en la

atención a la población. Las instituciones públicas siguen presentando debilidades en sostenibilidad, en legitimación y en autonomía financiera.

- En la década pasada se evidenciaron mejoras en condiciones de efectividad y eficiencia, pero se mantuvieron los problemas de calidad, legitimación institucional pública, sostenibilidad financiera en el largo plazo y seguridad en el acceso a los servicios. Esos problemas están plenamente presentes en el año 2017.

Los estudios de Alvaro Franco reflejan de forma precisa la situación actual. Adicionalmente, reflejan un estancamiento en los sistemas sanitarios en Latinoamérica, en la medida que muchos de las deficiencias detectadas en el año 2001 persisten en el año 2017, junto con gran parte de los factores sociales que afectan la salud de la población¹¹².

En efecto, persiste el desempleo, la informalidad económica, la inestabilidad de los precios y de los mercados de servicios de salud, la desigualdad de los ingresos y la exclusión política y social. Hay una marcada diferencia en el acceso a la salud, existe en desigualdad en la obtención y redistribución los recursos financieros y técnicos, y hay deficiente cobertura real de los servicios de aseguramiento y prestación. Adicionalmente, se privilegian los costos administrativos y burocráticos de los sistemas sanitarios, sobre los costos reales de la atención en salud, generando unas distorsiones en la eficacia y en la calidad de los servicios.

Respecto de las privatizaciones que se han suscitado en Latinoamérica, no siempre ha habido énfasis en la igualdad, solidaridad, equidad, universalidad y calidad, y por la deficiencia en el control, hay un desbordado interés económico que procura simplemente el ánimo lucro o, en el mejor de los casos, precaver pérdidas económicas, por encima de la búsqueda de una adecuada y humanizada prestación.

¹¹² Franco, Álvaro (2001), y Franco, Álvaro (2014: 95-107).

Por eso, "dada la competencia imperfecta, los límites de la soberanía del consumidor, las desigualdades de información y los diversos mecanismos de exclusión propios de los mercados de salud, es también fundamental impulsar un adecuado marco regulatorio, en los ámbitos público y privado"¹¹³; se hace esencial una intervención novedosa del Estado, que promueva el control real y una nueva ética en el recaudo y flujo de recursos, en el aseguramiento, en la afiliación y en la prestación de los servicios de la seguridad social en salud.

3. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

3.1 Evolución Histórica

El sistema general de seguridad social en Colombia ha protagonizado una configuración heterogénea de formas de protección social, que han aparecido ya sea por iniciativa particular o estatal, por influencia de sistemas foráneos o por la imperiosa necesidad de atender a la población, principalmente a los más necesitados.

A lo largo de toda la historia institucional de Colombia y hasta la década de 1990, los gobiernos atendían necesidades específicas de seguridad social sin una estructura unificada y coherente, lo que generó una pluralidad de sistemas e instituciones disímiles, inequitativas y contradictorias, y en su gran mayoría insostenibles. Sólo al finalizar el siglo XX se procuró homogenizar y estructurar un Sistema Integral de Seguridad Social, mediante las bases y principios jurídicos señalados en la Constitución Política de 1991, por medio de la promulgación de la Ley 100 de 1993.

¹¹³ Sojo A. (1997). Al respecto, ver también a Franco, Álvaro (2014: 95-107).

En Colombia, se pueden identificar tres grandes periodos de evolución del sistema de seguridad social¹¹⁴, a saber:

3.1.1 Periodo de Dispersión

Va desde la independencia hasta el año 1945, caracterizado por la existencia de beneficios y sistemas de protección social dispersos y acordes a las coyunturas, en el que prima la asistencia a través de fundaciones sin ánimo de lucro y de hospitales organizados principalmente por comunidades religiosas. Algunos hechos relevantes en este periodo fueron la creación del Hospital San Juan de Dios de Bogotá en el año 1564, su refundación en el año 1723 y su conversión pública a cargo de la Beneficencia de Cundinamarca; muy posteriormente, la fundación del Hospital San José en Bogotá, que constituye el “inicio en el País de la combinación de la asistencia privada con la asistencia pública”, considerando que en 1909 el Congreso autorizó un auxilio para su fundación y por medio de la Ley 65 decretó un auxilio anual de la Nación para su funcionamiento¹¹⁵.

El primer antecedente institucional de aseguramiento para servidores públicos creado por el Estado se remonta al año 1912, “con la creación del sistema de previsión social para las comunicaciones, posteriormente Caprecom, mediante la Ley 82 de 1912, para dar protección a los trabajadores de la rama postal y telegráfica”¹¹⁶.

Hacia 1928 se inició un proceso de sucesivas evaluaciones y estudios dirigidos a la creación de un seguro social único, con propensión a seguir el modelo de seguridad social existente en Alemania caracterizado por el aseguramiento de los trabajadores.

¹¹⁴ Monsalve Arenas, Gerardo (1998: 356-394).

¹¹⁵ Montaña Cuellar, Diego. (1996: 51).

¹¹⁶ Monsalve Arenas, Gerardo (1998: 358).

3.1.2 Periodo de Organización, Expansión y Crisis

El periodo comprendido entre 1945 y 1990 puede denominarse como “de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados”¹¹⁷. Bajo el gobierno de Alfonso López Pumarejo, se dictó la Ley 6ª de 1945 que fue el precedente del reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del empleador y la Ley 19 de 1945 que en su preámbulo constituye el principio del aseguramiento de los empleados por parte del Estado con aportes de los patronos, normas inspiradas en el Código Civil Alemán¹¹⁸.

En 1945 se creó la Caja Nacional de Previsión – Cajanal que tenía la responsabilidad de asegurar en salud y pensiones a los empleados del sector público central; así mismo, se crearon una gran cantidad de entidades de previsión encargadas del aseguramiento de empleados de los sectores descentralizados del Estado.

Considerando la existencia de esas diversas entidades de aseguramiento y previsión social para servidores públicos, cada una con su régimen institucional y de funciones, no existían reglas únicas en cuanto a la cobertura y se generó un trato desigual para los afiliados en una u otra de esas entidades; “con el paso del tiempo, esta multiplicidad de entidades se convirtió en un factor de incidencia negativa en el sistema de seguridad social”¹¹⁹. Adicionalmente, regímenes como el de Cajanal se desarrollaron con total dependencia de los recursos que le otorgara la Nación, sin fuentes directas de financiamiento y mantuvieron esquemas fragmentados, lo cual impidió la integración de los niveles locales en un sistema unificado.

Tratándose de seguridad social para trabajadores del sector privado, se identificó la necesidad de contar con un sistema público que fuera independiente a las

¹¹⁷ Rengifo, Jesús.(1989: 38-40).

¹¹⁸ Durand, Paul (1991: 90).

¹¹⁹ Monsalve Arenas, Gerardo (1998: 366).

prestaciones asistenciales que brindaban los empleadores, y que garantizara las condiciones para los empleados aún en los casos eventuales en los que el patrón no asumiera o no pudiera asumir la carga prestacional.

En respuesta a esa necesidad, la Ley 90 de 1946 estableció el *Seguro Social Obligatorio* y creó el *Instituto Colombiano de Seguros Sociales*, surgiendo así el primer sistema de seguridad social en Colombia dirigido ya no sólo a servidores públicos, sino también a garantizar los derechos de seguridad social y salud a los trabajadores particulares. El Instituto, fue creado “como una entidad técnicamente diseñada para administrar un régimen de seguros sociales obligatorios que reemplazaría a los empleadores en el reconocimiento y pago de las principales prestaciones sociales”¹²⁰.

El seguro social obligatorio y la creación del Instituto para que lo administrara fue un proyecto intersectorial en el que participaron gremios, empleadores y sindicatos, que pretendía la cobertura integral de las necesidades de la población afiliada, y cuya financiación estaría a cargo del Estado, apalancado por recursos propios y por el pago de aportes parafiscales que hicieren los mismos empleadores y los empleados.

Sin embargo, el Instituto no inició su operación con la atención de todas las contingencias en seguridad social, limitándose a las prestaciones sanitarias. Desde su creación existió el interés por asumir los seguros económicos (riesgos profesionales, invalidez, vejez y muerte), que se creía reportaban mayores beneficios, pero se resolvió únicamente la atención de riesgos de salud a efectos de garantizar un funcionamiento sin traumatismos y posibilitar la expansión a diversas regiones del País ¹²¹.

Posteriormente, se ampliaron la estructura y las funciones del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, de manera que además de la cobertura en

¹²⁰ Monsalve Arenas, Gerardo (1998: 363).

¹²¹ *Ibidem* (368).

salud, finalmente asumió las prestaciones económicas de seguridad social en pensiones, incapacidades, invalidez y auxilio funerario. No obstante, los recursos disponibles para prestar esas coberturas no incrementaron significativamente respecto de los ya previstos para asumir la cobertura en salud. Por esta razón, el Instituto empezó a asumir esas otras coberturas, sin una adecuada planeación y sin que se previera una sostenibilidad a mediano y largo plazo, lo que derivó en una cadena negativa de fallos administrativos y financieros, cada día más acentuada.

Adicionalmente, por la trascendencia de las prestaciones que administraba el Instituto, su presencia en todo el territorio nacional, la cuantía considerable de sus recursos y el tamaño burocrático que adquirió, el Instituto se hizo proclive a disputas políticas por su dirección y a una crónica falta de transparencia, que derivó en infinidad de fenómenos de corrupción.

Ese difícil panorama burocrático y administrativo del Instituto hizo que a partir del año 1993, fundamentalmente, se empezara a gestar la necesidad de una "solución global"¹²² que nunca se produjo, antes bien, se sucedió la inexorable liquidación del Instituto a finales del siglo XX.

En el decurso de la operación del Instituto hay varios hechos que vale la pena resaltar como la expedición del Decreto Ley 433 de 1971. Esta norma ordenó la financiación del Seguro Social ya no de manera tripartita (empleadores, empleados y el Estado) sino bipartita (empleadores y empleados), de manera que, en teoría, el Estado deja de hacer aportes directos y pasa a ser un cotizante de sus empleados, únicamente.

En la práctica, considerando las deficiencias administrativas, la corrupción y la falta de eficiencia fiscal, el Estado tuvo que seguir aportando periódicamente

¹²² Monsalve Arenas, Gerardo (1998: 388).

ingentes recursos a efectos de financiar el permanente déficit que siempre afectó la operación del Instituto, hasta su liquidación.

Para vigilar la operatividad del Instituto se crearon dos importantes entidades: La Superintendencia Nacional de Salud (SNS) en el año 1975 y el Fondo Nacional Hospitalario en 1976.

Con la expedición de la Ley 12 de 1977 y del Decreto Ley 1650 de 1977, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), pasó a denominarse Instituto de Seguros Sociales (ISS) y se precisó la separación formal, funcional y económica, entre los seguros asistenciales y los seguros económicos, no así la separación institucional, de manera que en la práctica los recursos seguían confundiéndose para amparar cualquiera de las coberturas cobijadas. El avance también contempló la extensión de la posibilidad de afiliación al Instituto por parte de los trabajadores independientes y de empleados del servicio doméstico¹²³.

3.1.3 Periodo de Reformas Estructurales

La tercera etapa de la evolución de la seguridad social en salud en Colombia va desde el año 1990 hasta el día de hoy, y se caracteriza por profundos cambios en el aseguramiento y en la prestación de la seguridad social.

En la práctica, a pesar de los aportes de empleados y trabajadores, hasta antes del año 1990, la seguridad social era dispersa, incompleta, con problemas financieros complejos, inequitativa y con muy baja cobertura poblacional, de manera que prácticamente tenía cobertura para la población con trabajo formal, sin que existiera cobertura eficiente para la población sin empleo, con trabajo informal o para para la población pobre.

¹²³ Decreto 1183 de 1984 y Ley 11 de 1988.

Así lo concluyó un estudio de diagnóstico del sistema de seguridad social contratado por el Estado llamado *Informe Chereny*, que “planteó la urgente necesidad de integración entre los diversos regímenes y la búsqueda de mayores niveles de eficiencia. Propuso también esfuerzos en cuanto a la ampliación de la cobertura, particularmente de los trabajadores independientes. Además, propuso que en salud se estableciera un régimen asistencial para la población más pobre”¹²⁴.

A principio de la década de 1990 varios fenómenos afectaron la concepción de la seguridad social, a saber: cambios en el paradigma político de los Países soviéticos, transformación de un modelo económico proteccionista a un modelo de apertura, reducción del papel del Estado (del intervencionismo a la iniciativa privada), surgimiento de nuevas tendencias del derecho amparadas en los criterios de Estado Social de Derecho, en el proteccionismo ambiental y en la protección de los derechos, con la necesaria institucionalidad de las acciones judiciales constitucionales preferentes, como la acción de tutela y las acciones populares o de grupo.

Hasta antes del año 1991, en Colombia la atención sanitaria se prestaba por entidades de medicina prepagada o aseguradoras privadas, un centenar de regímenes seguridad social garantizados y organizados para los empleados públicos, un régimen de aseguramiento en salud para empleados formales públicos y privados afiliados al Instituto de Seguros Sociales, y una atención general sin un orden predefinido claro dirigida a población que no tuviera aseguramiento, atención que se hacía principalmente a través de hospitales públicos financiados enteramente por el Estado y fundaciones sin ánimo de lucro.

En la década de 1990 se gestó una reforma integral del Estado en Colombia, que condujo a una nueva Constitución Política promulgada en el año 1991 y a reformas integrales en los sistemas legales (entre otros, los sistemas laboral,

¹²⁴ Contraloría General de la República (1986).

ambiental, tributario, cambiario, financiero, de comercio exterior y, por supuesto, de seguridad social).

La Constitución Política del año 1991 representó un avance significativo en la seguridad social y de la atención sanitaria, estableciéndolas como derechos inalienables para todos los habitantes, que el Estado debe garantizar bajo los principios rectores de *universalidad, solidaridad y eficiencia*¹²⁵. Así mismo se estableció una protección constitucional a la destinación de los recursos de la seguridad social general, que incluye la seguridad social en salud, prohibiendo su uso para otras finalidades.

Por referencia expresa del constituyente, es el legislador el encargado de establecer la forma y sistema como habrían de prestarse todos los servicios de seguridad social.

En sus inicios, el modelo colombiano de seguridad social siguió las doctrinas de Bismarck y se caracterizó negativamente por una baja cobertura¹²⁶ debido a que sólo cubría a población trabajadora afiliada; existía un enfoque de ayuda residual y asistencialista para aquellos que no estuvieran afiliados, que en la práctica eran la mayoría de la población.

En el año de 1992 se diseñó una estrategia inicial para ajustar la seguridad social a las nuevas visiones de la Constitución Política, pero al mismo tiempo a los derroteros de esa renovada sociedad de mercado que estaba surgiendo. Ese diseño se denominó *Proyecto de Hato Grande* y luego se concretó en la expedición de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social Integral.

La Ley 100 de 1993 creó el actual Sistema de General de Seguridad Social, previendo un sistema de afiliación y aseguramiento, que contiene el conjunto

¹²⁵ Constitución Política de Colombia 1991. Artículos 48 y 49, Capítulo 2, Título II.

¹²⁶ Rodríguez Salazar, Oscar. (2001:1).

armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos referidos a los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. La Ley 100 de 1993 concibió a la seguridad social como un servicio público esencial de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, organización, coordinación, regulación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para maximizar la eficiencia y procurar la afiliación y el aseguramiento universal, el legislador estableció reglas de competencia, en las que ya no solamente el Estado, sino también los particulares, entrarían a participar activamente como aseguradores y prestadores de los servicios.

La organización de la seguridad social que se propuso tenía como objetivo garantizar los derechos irrenunciables de las personas, con miras a obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan¹²⁷. En todo el desarrollo del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia es obligación del Estado procurar la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente¹²⁸.

Esos cambios en la seguridad social se caracterizan por la descentralización administrativa del Estado, la privatización y la competencia entre actores de la seguridad social. Se cambió el antiguo sistema de salud de subsidio a la oferta hacia un sistema enfocado al subsidio a la demanda. "El papel del Estado pasa a ser secundario, de regulación y control, y deja al libre juego de las empresas intermediarias un papel protagónico que va a definir todo el desarrollo posterior del novedoso sistema"¹²⁹.

¹²⁷ Ley 100 de 1993, artículos 1 y 2. República de Colombia.

¹²⁸ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 3, literal a.

¹²⁹ Parédez Hernández, Natalia. (2003: 37).

El sistema creado por la Ley 100 de 1993 tiene antecedentes en el enfoque continental o de Bismarck, pero con unos principios centrados en la solidaridad, la universalidad y la redistribución propios del enfoque anglosajón o de Beveridge.

3.2 Prestaciones en Salud - Antecedentes

En Colombia el primer sistema universal y organizado de salud fue creado en el año 1975 y se denominó Sistema Nacional de Salud (SNS), en el que confluían tres grandes componentes, cada uno con su propia población beneficiaria y su propia forma de financiamiento.

El primero de los tres componentes correspondía al Subsistema de Salud Pública (SSP) que incorporaba reglas de servicios y cobertura principalmente para población sin capacidad de pago, con una financiación proveniente de los ingresos corrientes de la Nación y de otras fuentes públicas de destinación específica. El Ministerio de Salud y en parte los servicios seccionales de salud de las entidades territoriales (Departamentos y Municipios), financiaban el funcionamiento de la red de hospitales públicos encargados de la prestación (subsidios a la oferta), estimándose formalmente una atención para más de las dos terceras partes de la población, pero con una cobertura real no mayor al 30% de la población, con deficiencias en tecnologías, oportunidad, cobertura, calidad, organización, diagnóstico, prevención y promoción.

En la práctica, las deficiencias en el acceso, en la oportunidad y en la calidad de los servicios de salud, especialmente tratándose de prevención, promoción y diagnósticos de salud, equivale a no tener cobertura real.

Entre 1975 y 1982 creció y se mejoró la disponibilidad de hospitales y centros de atención en salud públicos. No obstante, la prestación directa de servicios de salud por parte de entidades hospitalarias públicas a población pobre no asegurada, financiada con recursos directos de la Nación, de los Departamentos

y de los Municipios, sin límites económicos en la oferta de prestación y sin control efectivo, constituía un incentivo para prácticas de corrupción.

En la medida que los recursos de salud eran ejecutados por los funcionarios de los hospitales que también hacían los presupuestos, eran responsables de decidir cuales servicios se deberían prestar, auditaban sus propios servicios prestados y determinaban sus propias necesidades, todo eso sin filtros previos adecuados de auditoría y sin control eficaz posterior y externo, en muchos casos, los recursos se asignaban para necesidades inexistentes como por ejemplo la construcción de grandes infraestructuras, la adquisición de equipos e insumos que nunca se habría de usar y la ampliación permanente, desproporcionada e insostenible de la burocracia hospitalaria, en especial, en áreas administrativas y de apoyo, burocracia que constituyó el principal pasivo que llevó a la liquidación de la mayor parte de los hospitales públicos del País .

Aunado a lo anterior, a partir de la crisis fiscal de la década de los ochenta del siglo pasado, en la década de los años noventa, los recursos que se asignaron a este tipo de servicios se redujeron de 8% del presupuesto nacional a menos de 4%, lo que presionó el deterioro de las instituciones hospitalarias públicas.

El segundo de los componentes era la prestación en salud que asumía el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) y cerca de mil cajas de previsión de naturaleza pública.

El financiamiento de estas instituciones se hacía a través de rentas fiscales de la Nación o de ingresos parafiscales que pagaban las empresas afiliadas y los empleados. La prestación se caracterizaba por ofrecer un paquete de servicios de salud a sus afiliados, que variaba de una entidad afiliadora a otra.

Este subsistema también se vio afectado por la falta de controles, lo que afectó la eficiencia y la sostenibilidad. En el caso del Instituto de Seguros Sociales, a pesar de tener más de 40 años de existencia, para el año 1992 afiliaba a menos

del 20% de la población, cifra muy inferior al promedio de 57% logrado en América Latina por los aseguradores públicos¹³⁰, mientras que demandaba el 40% del gasto total del sector salud, con un alto grado de insatisfacción de sus afiliados, particularmente por falta de calidad, oportunidad y pertinencia de los servicios de salud.

Igual situación de ineficiencia y poca sostenibilidad presentaban las cajas de previsión de naturaleza pública, que a pesar de tener mejor calidad en el servicio, por el flujo directo de los recursos por parte de la Nación o de las entidades públicas de las que dependían, demandaban altos costos administrativos para amparar a servidores públicos y sus familias, que solamente representaban el 5% del total de la población.

Hoy todas esas instituciones dejaron de existir debido a las prácticas de corrupción que las afectaron, a los intereses políticos y clientelistas que caracterizaron su administración, y a las cuantiosas pérdidas económicas que arrojaron para el Estado.

El tercero de los subconjuntos estaba constituido por el Sistema de Atención Privada de Servicios, que era el menos regulado, con un nivel muy bajo de control por parte del Estado y que se organizaba a través del pago directo de servicios por parte de los usuarios, de la oferta de seguros privados o de planes de medicina prepagada. Este subconjunto involucraba la población con mayores recursos económicos, sin parámetros de solidaridad, era (y continúa siendo) el más costoso para la población y contenía los mejores servicios de salud en términos de calidad, oportunidad, elegibilidad y hotelería.

Las pólizas de seguros y los planes de medicina prepagada, adquiridos directamente por los usuarios u ofrecidos por ciertas empresas a sus empleados,

¹³⁰ Organización Panamericana de la Salud (2004: 33).

experimentaron una notable expansión entre 1980 y 1991, llegando a cubrir al 5% de la población.

Finalmente, hasta antes del año 1991, se estimaba que cerca del 50% de la población no tenía cobertura. El 10% accedía directamente a prestadores privados¹³¹ y el 40% era objeto de atención gratuita por oferta a través de la red pública hospitalaria., población que en la práctica no tenían aseguramiento o una garantía de cobertura real en salud.

En general, el Sistema Nacional de Salud funcionaba de manera desarticulada y enfrentaba enormes dificultades para hacer realidad el derecho de todos los colombianos a la protección en salud, razón por la cual el Constituyente dispuso darle un giro a las prioridades sociales del Estado y en la Constitución Política de 1991, ordenó la garantía a la seguridad social como deber del Estado.

3.3 Sistema General de Seguridad Social en Salud

La Constitución Política de 1991 estableció que "la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado"¹³², sometido a los principios de descentralización, universalidad, solidaridad, equidad, eficiencia y calidad.

Este mandato constitucional se reguló con la expedición de la Ley 60 de 1993, norma dirigida a la descentralización que definió las competencias y recursos para los diferentes entes territoriales, y luego con la Ley 100 de 1993¹³³ que creó el Sistema General de Seguridad Social Integral - SGSS, que incluye los sistemas específicos de pensiones, riesgos laborales y el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS.

¹³¹ *Ibíd*em (45).

¹³² Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 48, capítulo 2, título II.

¹³³ Ley 100 de 1993, artículos 152 a 248. República de Colombia.

En contraste con el antiguo sistema nacional de salud, el nuevo Sistema General de Seguridad Social en Salud corresponde a un modelo único de aseguramiento público, con participación privada, articulado por el Estado para el manejo de las contingencias económicas derivadas de los riesgos de salud en la población.

La teleología central que persigue el Sistema General de Seguridad Social en Salud es la gestión administrativa y fiscal descentralizada, el aumento de coberturas en la prestación de los servicios de salud y la lucha contra la pobreza¹³⁴.

Esa finalidad se concreta en un sistema regulado, que crea las condiciones necesarias para que toda la población en Colombia pueda acceder a los servicios de salud, en todos los niveles de atención independientemente de su capacidad de pago, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, buscando mejorar la calidad de vida.

Lo anterior presupone que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, todos los colombianos, con o sin recursos económicos, deberían poder acceder a los servicios de salud y ejercer el derecho de tener una adecuada atención, no solamente en el campo preventivo sino también en el curativo.

Desde el punto de vista de estrategias dirigidas a minimizar prácticas de corrupción, el sistema fue diseñado bajo un esquema descentralizado, con la participación de actores privados y públicos, aseguradores y prestadores que, al mismo tiempo que buscaran la eficiencia en la prestación, sirvieran de auditores y reguladores sobre los recursos requeridos para la atención en salud; adicionalmente, por lo menos normativamente, se previó el funcionamiento de instituciones de control como la Superintendencia Nacional de Salud y las Secretarías Departamentales de Salud o Direcciones Seccionales de Salud.

¹³⁴ *Ibidem*.

3.3.1 Principios, Fundamentos y Propósitos del Sistema

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está soportado en una amalgama de principios, fundamentos y propósitos ¹³⁵, que entrelazan características del modelo de Bismarck con características del modelo de Beveridge, principios consagrados en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, así:

- Eficiencia. Mejor utilización social y económica de recursos administrativos, técnicos y financieros, para brindar los beneficios de forma adecuada, oportuna y efectiva.
- Universalidad. Garantía de protección para todas las personas, sin discriminación.
- Solidaridad. Mutua ayuda entre las personas, generaciones, sectores económicos, religiones y comunidades (el fuerte protege al débil). Cada uno aporta según su capacidad y recibe de acuerdo a sus necesidades. El Estado garantiza la solidaridad por medio de participación, control y dirección.
- Integralidad. Cobertura de todas las contingencias que afectan la salud y las condiciones de vida de la población, independientemente de la capacidad económica.
- Unidad. Articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para lograr los fines de la seguridad social.

El Artículo 153 de la Ley 100 de 1993 señaló los fundamentos del servicio público en salud, que incluyen los parámetros de la descentralización, competencia y participación privada que caracteriza la organización del sistema, así:

¹³⁵ Botero Gaviria, M., et al. (2006: 170).

- Equidad. El Estado a través de sus instituciones públicas o con el concurso de los particulares, procurará en forma gradual los servicios de salud de igual calidad para todos los colombianos, sin discriminación alguna en razón a su capacidad de pago, para lo cual ofrecerá financiación y sostenimiento especial para la población más pobre y vulnerable.

- Obligatoriedad. La afiliación al sistema es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. Así, corresponde a todo empleador la obligación de afiliar a sus empleados y corresponde al Estado, facilitar la afiliación de quienes no tienen vínculo laboral, bien porque desempeñan actividades como trabajadores independientes o porque carecen de capacidad de pago. En síntesis, es obligatoria la afiliación de todos los habitantes del territorio nacional y de sus familias.

- Protección Integral. El sistema general de seguridad social en salud, debe brindar a todos los habitantes de Colombia, atención en salud integral en sus etapas de educación, información, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, no sólo en términos de oportunidad, sino en cantidad, suficiencia y calidad.

- Libre Elección. Los colombianos, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen la oportunidad de elegir la Entidad Promotora de Salud (EPS) del régimen subsidiado o contributivo a la cual quieran afiliarse (aseguradora), como también pueden elegir las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que habrán de prestar el servicio, de acuerdo con la clase, especialidad y calidad requerida. Esto significa que deben existir diferentes aseguradoras y diferentes prestadoras de salud, reguladas y vigiladas por el Estado, para que cada persona puede elegir a la aseguradora y al prestador que mejor considere.

- Calidad. El Estado y todos los actores del sistema deben tener mecanismos de control sobre los servicios, para garantizar la eficacia de la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua, de

acuerdo con los estándares mínimos preestablecidos por el Estado (autorización de funcionamiento, habilitación de servicios e indicadores de calidad y oportunidad).

- Descentralización administrativa. El poder de decisión, control y administración debe trasladarse gradualmente del nivel central a periféricos o niveles intermedios (Departamentos, Distritos y Municipios). Las entidades territoriales deben tener la responsabilidad de planear, asignar y contratar factores humanos, tecnológicos, materiales y financieros, con autonomía.

- Subsidiariedad, complementariedad y concurrencia. Los Municipios que no pueden ejercer sus competencias o los servicios establecidos, son suplidos por los Departamentos o por la Nación. Así mismo, las instituciones prestadoras de servicios de salud operan en el marco de una red complementaria de prestación de servicios, que se relaciona de acuerdo con su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa, en función de la habilitación que tengan por parte de las entidades territoriales, conforme a los parámetros que dicte el Ministerio de Protección Social.

- Autonomía de las instituciones. Es una consecuencia de la descentralización, que procura tener instituciones sólidas que soporten la adecuada competencia y la complementariedad requerida de los servicios. Así, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), los anteriores hospitales públicos, ahora denominados Empresas Sociales del Estado (ESE), y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) deben tener capacidad autónoma y autogestión.

- Participación social y concertación. Intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización del sistema, y preferencia de la participación del sector solidario en la administración y prestación de los servicios.

El Sistema fue creado con el propósito de garantizar a la comunidad y a toda persona, el derecho irrenunciable a obtener calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias en salud que la afecten.

La ley 100 de 1993 señala una serie de propósitos específicos:

- Especialización de las instituciones. El esquema separa funciones entre las distintas instituciones. La dirección del sistema quedó en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, pero se fortalecieron las direcciones locales y seccionales de salud. Para la prestación de los servicios se otorgó autonomía administrativa a los hospitales públicos, regidos ahora por un principio de autosostenibilidad, y se amplió el espectro de instituciones prestadoras de salud privadas. Se separaron las funciones financieras, de aseguramiento y administración ahora a cargo de Entidades Promotoras de Salud – EPS, de las funciones de prestación de los servicios de salud a cargo de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, otorgando a las primeras las funciones de afiliación, recaudo y manejo del aseguramiento o riesgo financiero, y a las segundas la función de provisión de los servicios del plan obligatorio de salud – POS. Se incentivó la competencia y la especialización institucional como factores reguladores de eficiencia y calidad.

- Cobertura universal. Mediante dos regímenes, uno subsidiado y el otro contributivo, se pretende la afiliación de toda la población, el aseguramiento y la garantía de prestación.

- Aporte y solidaridad. El sistema buscó ser autofinanciado con los aportes obligatorios de los empleadores, empleados y trabajadores independientes, afiliados al régimen contributivo, afiliación que incluye la de todo su grupo familiar. El sistema pretendió la solidaridad brindando cobertura para población de escasos recursos sin capacidad de contribución, a través del denominado régimen subsidiado; inicialmente a esa población

se le ofreció un plan de beneficios que no tenía el mismo alcance del régimen contributivo, pero que ha sido actualizando en forma progresiva, hasta llegar a ser igual que el previsto para el régimen contributivo. Para que la población de escasos recursos accediera a la afiliación y a los servicios resultantes, se requiere una encuesta que clasificara las necesidades insatisfechas, que ejecutan las entidades territoriales locales, a través de sus direcciones seccionales y locales de salud.

- Incorporación del sector privado. El sistema buscó incorporar al sector privado permitiendo la participación en el aseguramiento y la prestación de servicios, pretendiendo que existiera más cuidado en la contención de costos, la calidad y la eficiencia. También se buscó que todas las entidades de medicina prepagada y las compañías de seguros se vincularan al sistema a través de su transformación o participación en Entidades Promotoras de Salud, del régimen contributivo o subsidiado, o del ofrecimiento de planes voluntarios de salud que coexistieran con los planes obligatorios públicos.

- Fomento de la competencia y la libre elección. El Sistema buscó mejorar la calidad de los servicios por medio del fomento a la competencia, permitiendo que los usuarios tuvieran libre elección de entidades promotoras de salud y de instituciones prestadoras de servicios de salud.

- Creación de un plan mínimo de beneficios. El sistema buscó garantizar un plan mínimo de beneficios, denominado inicialmente plan obligatorio de salud, en el que se relacionaran todos los procedimientos o tecnologías en salud que deberían prestarse a la población afiliada, plan que en principio estaría dirigido a la atención integral de la salud. Ese plan lo deberían cubrir las entidades promotoras de salud, recibiendo como contraprestación los recursos *per cápita* asignados por el Estado denominados unidades de pago por capitación – UPC, sin que se pudieran negar servicios por preexistencias o exclusiones.

- Promoción y prevención. Para controlar la tendencia a tener una atención dirigida a la atención de enfermedades y accidentes, el sistema dio prioridad a la prevención y a la promoción de la salud, bajo tres estrategias: a) Plan Nacional de Salud Pública, anteriormente conocido como plan de atención básica – PAB. que es un plan en un 95% preventivo y promocional a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y de las Direcciones Territoriales de Salud. b) Promover una estrategia de asignación de recursos y contratación por capitación, que obliga a los aseguradores y proveedores a obtener utilidades mediante el estímulo de programas de prevención y promoción, para evitar la erogación de costos en actividades curativas y de rehabilitación. c): Generar un fondo especial de tipo parafiscal, que favorece a las EPS para el desarrollo de programas especiales de prevención y promoción.

- Atención de riesgos catastróficos y atención de alto costo. La Ley 100 de 1993 creó una cuenta especial para el manejo de recursos destinados a cubrir los costos de salud ocasionados por catástrofes naturales y sociales que afecten a muchas personas, o por enfermedades crónicas que demanden atenciones costosas. Adicionalmente, se obligó a las EPS a que tomaran un seguro que cubriera estos riesgos, con el ánimo de evitar la selección adversa de los afiliados por cuenta de su situación de salud.

- Creación de mecanismos de compensación y solidaridad. Se creó el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA encargado del manejo de las cuatro cuentas financieras del sector salud, a saber: la cuenta para programas de promoción y prevención, la cuenta de solidaridad para financiar el régimen subsidiado, la cuenta de compensación que se encarga de financiar el régimen contributivo y la cuenta de catástrofes y accidentes de tránsito.

- Creación de mecanismos de control de costos. La ley creó un sistema de capitación mediante el cual cada entidad promotora de salud recibe por cada afiliado (cotizante o beneficiario del régimen contributivo y afiliado al régimen subsidiado) una unidad de pago por capitación – UPC, que corresponde a un valor fijado por el Gobierno Nacional, estandarizado, proporcional al riesgo cubierto según sexo y grupo etario, teniendo en cuenta los costos promedio que demanda la atención asegurada. Adicionalmente, por mandato constitucional, se consagró la destinación específica de recursos de la seguridad social en salud, a la prestación de los servicios de salud.

- Reestructuración de los hospitales públicos. La reforma transformó los hospitales públicos en empresas competitivas y eficientes, que participaran en el sistema dentro de un esquema competitivo, sustituyendo en forma progresiva los subsidios a la oferta por los subsidios a la demanda, de acuerdo con la cobertura, la eficiencia y la calidad. Para tal fin, la ley transformó los hospitales en Empresas Sociales del Estado – ESE, nuevo tipo de persona jurídica de naturaleza pública, regida por las normas aplicables a los establecimientos públicos descentralizados, pero con un régimen privado de contratación y un manejo financiero administrativo similar al de las empresas industriales y comerciales del Estado.

- Descentralización de la salud pública y de los subsidios a la demanda. El Sistema otorgó a las entidades territoriales (Municipios, Distritos y Departamentos), las competencias y recursos para que se hicieran responsables de la salud pública en sus jurisdicciones.

Corresponde a los Departamentos la identificación de la población pobre que se beneficiaría con los subsidios y la contratación de las entidades promotoras de salud en el régimen subsidiado, que operarían en su jurisdicción.

- Reestructuración de dirección del sistema y de la inspección, vigilancia y control. Si bien la dirección general del sistema persiste en el Ministerio de Salud y Protección Social, se descentralizaron muchas funciones de administración, como por ejemplo la habilitación de las instituciones prestadoras de servicios de salud.

Adicionalmente, las actividades de inspección, vigilancia y control antes concentradas en el Ministerio de Salud y Protección Social, se descentralizaron a nivel nacional en cabeza principalmente de la Superintendencia Nacional de Salud, del Instituto Nacional de y territorial.

3.3.2 Organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud

El Sistema General de Seguridad Social en salud – SGSSS fue concebido como el conjunto de instituciones por medio de las cuales el Estado garantiza la prestación de los servicios de salud a todos los habitantes.

Se define como un conjunto de instituciones “o red de entidades públicas y privadas que, a través de sus recursos humanos, recursos tecnológicos y procesos, permite utilizar servicios de salud seguros, accesibles, adecuados, continuos y que generan satisfacción”¹³⁶.

Esas instituciones, de acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993¹³⁷, definen la estructura organizacional del sistema y tienen como centro de referencia la garantía de prestación del servicio de salud al afiliado, así:

¹³⁶ Ministerio de la Protección Social. (2007: 12).

¹³⁷ Rosas Vega, Gabriel. (2004: 36).

Roles y Participes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombia

DIRECCIÓN

- Ministerio de Salud y Protección Social
- Regula y dirige
- Establece políticas
- Señala límites del POS o plan de beneficios.
- Señala valor de la UPC
- El Ministerio ha concentrado todas las funciones, regulatorias, incluidas las que tenían el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Comisión de Regulación en Salud.

GENERADORES DE RECURSOS

- Cotizaciones régimen contributivo
- Rentas cedidas y Coljuegos
- Rentas estatales y locales dirigidas a subsidios y a salud pública
- Entidades territoriales – responsables de las rentas cedidas.

FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía)

- Compensación.
- Solidaridad.
- Promoción y Prevención.
- Cuenta para catastróficas y enfermedades ruinosas.

DESTINATARIOS DEL SERVICIO

- Afiliado Régimen contributivo (cotizante y beneficiarios)
- Afiliado Régimen subsidiado
- No afiliado.

ASEGURADORES

- Entidades Promotoras de Salud:
Aseguramiento de planes de beneficios.
Plan obligatorio de salud – POS o Plan de Exclusiones (Ley Estatutaria)
- Ofertantes de planes voluntarios de salud.
- Entidades territoriales:
 - Garantía de servicio a la población no afiliada.
 - Acciones locales de salud pública
- Ministerio de Salud y Protección Social - Acciones generales de salud pública

PRESTACIÓN DE SERVICIOS

- Instituciones prestadoras de servicios de salud
- Empresas Sociales del Estado
- Entidades territoriales:
 - Garantía de servicio a la población no afiliada.
 - Acciones locales de salud pública
- Ministerio de Salud y Protección Social - Acciones generales de salud pública

INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

- Superintendencia Nacional de Salud
- Entidades territoriales (vigilancia sobre la calidad de las IPS y control sobre las rentas cedidas).
- Entidades con funciones tangenciales de vigilancia: Superintendencias (Financiera, Sociedades, Economía solidaria, Subsidio Familiar), DIAN, UGPP, Coljuegos

Tres grandes componentes se deducen de la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, a saber:

a) Un componente de regulación, cuya función primordial es estudiar y proferir las normas que permitan la organización y funcionamiento de todo el Sistema. El Estado, a través del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud, se encarga de articular, mediante la reglamentación y el control sobre todas las diferentes áreas del sistema.

b) Un segundo componente que aborda el financiamiento de los servicios de salud, que se logra a través de un mecanismo de aseguramiento público (subsidios a la demanda), que debería permitirle al Sistema asumir, disminuir y diluir las contingencias derivadas de los riesgos de salud, especificadas en un plan único de beneficios o plan obligatorio de salud (POS). En este componente adquieren protagonismo las denominadas Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Direcciones Territoriales de Salud (Departamentos, Distritos y Municipios), el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y los generadores de recursos (empleadores, trabajadores independientes, generadores de rentas cedidas - juegos de suerte y azar y licores- y recursos fiscales).

c) El tercer componente comprende la red de entidades encargadas de prestar los servicios de salud a los usuarios, conocidas como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS (Privadas) y Empresas Sociales del Estado (públicas).

Conviene describir brevemente las instituciones más relevantes de esos componentes:

3.3.2.1 Ministerio de Salud y Protección Social

Es el ente rector del sistema encargado de fijar las principales políticas del sector de la salud en Colombia. Regula la actividad de los aseguradores, los prestadores,

la administración y distribución de los recursos, y maneja los programas básicos de promoción y prevención en salud.

Coordina y reglamenta la prestación de los servicios de salud en el País , define los servicios a los que tienen derecho los afiliados al sistema y los incluye en el plan obligatorio de salud (POS), tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado; determina los criterios que deben cumplir quienes puedan afiliarse en el régimen subsidiado a las personas de escasos recursos; determina la suma que deben recibir las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento de cada uno de los afiliados, denominada unidad de pago por capitación (UPC).

Establece las políticas y directrices en materia de salud pública, específicamente las actividades de promoción y prevención y tiene a su cargo el análisis de la permanente reforma y regulación de los servicios sanitarios.

3.3.2.2 Superintendencia Nacional de Salud

Es el órgano rector de la inspección, vigilancia y control que ejerce el Estado sobre las entidades, recursos e instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. Las Direcciones Seccionales de Salud, principalmente Departamentales y Distritales, también ejercen funciones de vigilancia principalmente respecto de condiciones de habilitación de Instituciones Prestadoras de Servicios, pero existe una prelación y dirección en el ejercicio de la vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Es función de la Superintendencia Nacional de Salud atender y sancionar las irregularidades en que incurran las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud por negar injustificadamente la afiliación a alguien que lo solicita, por hacer efectivas preexistencias o exclusiones, por negar la atención inicial e integral de urgencias o por la mala atención en los servicios.

A la Superintendencia Nacional de Salud le corresponde autorizar la constitución de nuevas Entidades Promotoras de Salud y habilitar su operatividad, como

también autorizar los planes voluntarios de salud que ofrezcan. Así mismo, le corresponde autorizar la operación de las empresas de medicina prepagada y los planes que ofrecen, además de supervisar las tarifas que cobran.

Corresponde también el control sobre la destinación, el recaudo, flujo y ejecución adecuada de todos los recursos de seguridad social en salud que, además de los recursos que provengan del presupuesto nacional y que se envían a las entidades territoriales, incluye el recaudo y destinación de recursos de rentas públicas cedidas al sector salud (licores, loterías, juegos de azar y apuestas permanentes). En este mismo sentido, ejerce funciones sobre empleadores y trabajadores independientes que no afilien a sus empleados al régimen de salud o que no coticen oportuna y completamente los recursos que les corresponde pagar.

Las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud se señalan dentro de los Artículos 225 a 233 de la Ley 100 de 1993.

3.3.2.3 Entidades Promotoras de Salud

Son personas jurídicas públicas, privadas o mixtas, administradoras del régimen contributivo o del régimen subsidiado, responsables del aseguramiento en salud, responsabilidad que involucra la afiliación, el registro de los afiliados, el recaudo de sus cotizaciones y la administración idónea de los recursos públicos que reciben (unidades de pago por capitación), con los cuales deben organizar y asegurar a sus afiliados la prestación de servicios de salud incluidos o no excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Adicionalmente pueden crear y ofrecer planes voluntarios de salud, debidamente autorizados por la Superintendencia Nacional de Salud.

Tanto el Instituto de Seguros Sociales (ISS) como gran cantidad de cajas de previsión social existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, se transformaron y adaptaron o asimilaron su operación para convertirse en entidades promotoras de salud de naturaleza pública, pero luego entraron en una

crisis institucional marcada por la corrupción, la desorganización y la ineficiencia que las llevó a su liquidación.

3.3.2.4 Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud

La Ley 100 de 1993 (Artículo 176), en consonancia con las Leyes 10 de 1990, 60 de 1993 y 715 de 2001, señalaron las funciones de las Direcciones de Salud, así:

- Preparar estudios y propuestas en materia de políticas territoriales de salud.
- Preparar instrumentos y metodologías de focalización de beneficiarios del régimen subsidiado en salud.
- Administrar recursos de subsidio a la demanda para poblaciones pobres y vulnerables.
- Ejercer inspección, control y vigilancia sobre el cumplimiento de las normas de seguridad social que deben cumplir las instituciones prestadoras de servicios de salud, en el territorio de su jurisdicción.
- Habilitar a las instituciones prestadoras de servicios de salud para que presten servicios en su jurisdicción, autorizando los diferentes niveles de complejidad que, de acuerdo con la capacidad que tengan, puedan prestar estas instituciones.
- Administrar y ejecuta políticas y recursos dirigidos a programas de promoción y prevención y, en general, a programas de salud pública.

3.3.2.5 Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA

El Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA es un fondo adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, que gestiona la mayor cantidad de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fondo administrado por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, constituido por cuatro cuentas independientes, a saber:

- Cuenta de compensación interna del régimen contributivo. Compuesta por los recaudos de cotizaciones que hacen los empleadores y trabajadores independientes a las EPS, recursos que se giran luego de surtirse la compensación o, lo que es lo mismo, luego de que cada EPS descuenta del valor recaudado el monto de las unidades de pago por capitación (UPC) que le corresponderían por el número de afiliados.
- De solidaridad. Son recursos destinados al régimen subsidiado alimentado por el 1% de solidaridad que proviene de las cotizaciones del régimen contributivo, una participación porcentual del situado fiscal, parte de los Ingresos Corrientes de la Nación, regalías, operación de juegos de suerte y azar e impuestos a licores y cigarrillos.
- De promoción de salud en campañas colectivas. Recursos destinados a los programas de Salud Pública.
- De seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT, cuya principal fuente es un porcentaje sobre el valor del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, destinados a las contingencias de accidentes de tránsito y a cobertura de eventos catastróficos.

Los recursos del FOSYGA se manejan de manera independiente dentro de cada cuenta y se destinan exclusivamente a las finalidades consagradas en la Ley. Los intereses y rendimientos financieros que producen cada una de las cuentas, se incorporan a sus fondos.

3.3.2.6 Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud

Son las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a la población y cobran por estos servicios principalmente a las Entidades Promotoras de Salud.

A las instituciones prestadoras de servicios de salud de naturaleza pública la Ley las denominó Empresas Sociales del Estado – ESE y las obligó a su reestructuración y transformación con miras a mayor calidad y eficiencia en la prestación.

La función principal de las IPS y de las ESE es prestar y ofrecer a afiliados y beneficiarios del sistema, dentro de los parámetros legales, los servicios de salud de los planes de beneficios públicos (plan obligatorio de salud), de los planes voluntarios de salud y la atención libre de usuarios, bajo los principios de eficiencia, calidad y oportunidad.

Entre los propósitos que buscó la Ley 100 de 1993 estaba el de procurar la competitividad y rentabilidad de todas las empresas dedicadas a prestar servicios de salud, lo que redundaría en la prestación de los servicios, finalidad que definitivamente no se logró.

3.3.2.7 Otras Instituciones y Actores Relevantes en el Sistema

Los empleados, los trabajadores independientes, los pensionados, los beneficiarios, las personas sin capacidad de pago y, en general, los habitantes del territorio de Colombia, constituyen el centro y fundamento del sistema. Tienen el principal deber de afiliarse al sistema y, para el caso del régimen contributivo, están obligadas a pagar las cotizaciones oportunamente de acuerdo con el ingreso que devenguen (ingreso base de cotización). También tienen la obligación de no afiliarse paralelamente en los dos regímenes o en más de una entidad aseguradora.

Los empleadores, organizaciones, asociaciones y sociedades, tienen la obligación de afiliar a sus empleados y hacer los respectivos aportes parafiscales.

3.3.3 Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado

Ya se dijo que el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia está compuesto por dos regímenes de salud, que procuran la afiliación universal de la población así:

3.3.3.1 Régimen Contributivo

Es el conjunto de normas que rigen la afiliación al sistema general de seguridad social en salud de personas que devenguen más de un salario mínimo legal mensual vigente, sea que se trate de empleados o de trabajadores independientes. Los afiliados deben pagar una cotización fijada por el Estado a manera de porcentaje sobre el ingreso base de cotización, que es el ingreso que percibe el empleado o el trabajador independiente por su actividad.

Toda persona con capacidad de pago debe afiliarse al régimen contributivo de manera obligatoria, a través de cualquiera de las entidades promotoras de salud autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud. El cotizante puede afiliarse como beneficiario a su grupo familiar cercano (cónyuge o compañero permanente, hijos menores de edad o que sean estudiantes menores de 25 años¹³⁸, hijos discapacitados mayores de 25 años y, a falta de los anteriores a los padres que dependan económicamente del cotizante o hermanos del cotizante que estén en condiciones de discapacidad y dependan de él). La afiliación del grupo familiar debe hacerse a una misma entidad promotora de salud.

Por cada afiliado (cotizante o beneficiario) las entidades promotoras de salud reciben del Estado una suma de dinero fija mensual, denominada unidad de pago por capitación (UPC), renta parafiscal destinada a cubrir los servicios del plan obligatorio de salud – POS.

Efectuada la afiliación corresponde a las entidades hacer el recaudo de la cotización y, posteriormente, proceder a la compensación ante el FOSYGA, que consiste en el giro directo del punto porcentual de solidaridad y el posterior cruce de cuentas entre lo recaudado por cotización y el valor que les corresponde recibir a la entidad promotora de salud por unidades de pago por capitación (UPC), bien para girar el sobrante al FOSYGA o bien, para recibir del Fondo el faltante.

¹³⁸ Decreto 1164 del 25 de junio de 2014.

Las entidades promotoras de salud deben proceder a ofrecer a sus afiliados los contenidos del plan de salud público, a través de una red de instituciones prestadoras de servicios de salud, que también son objeto de elección libre por parte de los afiliados.

3.3.3.2 Régimen Subsidiado

Es el componente del sistema que asegura a la población sin capacidad de pago. La operatividad es similar respecto del régimen contributivo en la medida que la afiliación también se hace a través de entidades promotoras de salud autorizadas, que reciben una unidad de pago por capitación subsidiada por el Estado, para prestar los servicios que contiene el plan obligatorio de salud.

Sin embargo, no hay recaudo de cotización ni compensación, sino que media un contrato entre la entidad promotora de salud y el Departamento o Distrito (entidades territoriales), para que afilie a la población pobre previamente identificada. En las condiciones del contrato, se encuentran los giros de las correspondientes unidades de pago por capitación.

Inicialmente, el alcance del régimen subsidiado frente a la cobertura asistencial contenida en el plan obligatorio de salud subsidiado, era inferior a la prevista en el régimen contributivo, razón por la cual la unidad de pago por capitación subsidiada (UPC-S) también era inferior. Sin embargo, con el avance actual del sistema y luego de mandatos de la Corte Constitucional, se ordenó igualar los contenidos del aseguramiento en los dos regímenes y, actualmente, persisten ligeras diferencias en la Unidad de Pago por Capitación de los dos regímenes (184 Euros al año para el régimen contributivo, y 186 euros al año para el régimen subsidiado¹³⁹).

¹³⁹ Resolución 5593 de 2015. Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia.

Las competencias de las entidades territoriales en el régimen subsidiado, se resumen así:

- Velar por la ampliación de la cobertura.
- Manejar adecuadamente los recursos dirigidos a la contratación en el régimen subsidiado y suscribir los correspondientes contratos con las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado.
- Aplicar correctamente mecanismos de identificación de los usuarios.
- Adoptar las medidas dirigidas a que se financien y presten los servicios esenciales de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud.

La Ley 100 de 1993¹⁴⁰ establece que la financiación del régimen subsidiado se debe lograr con recursos económicos fiscales o de solidaridad, que provienen de las siguientes fuentes¹⁴¹:

- Sistema General de Participaciones (SGP). Son recursos económicos que por mandato constitucional el Estado traslada a las Entidades Territoriales (Artículos 356 y 357 C.P. y Ley 715 de 2001).
- Recursos de solidaridad que se administran en el FOSYGA. Particularmente en la cuenta de solidaridad alimentada por lo sobrantes de la compensación y por un porcentaje de las cotizaciones del régimen contributivo.
- Recursos de rentas cedidas. Los recursos que provengan del monopolio de juegos de suerte y azar están dirigidos al sector salud en los términos de la Ley 693 de 2001, así como un porcentaje del impuesto al valor agregado que se cobra por la venta de licores.

¹⁴⁰ Ley 100 de 1993, artículo 214, modificado por la Ley 715 de 2001. República de Colombia.

¹⁴¹ Presidencia de la República de Colombia (2004: 12).



Fuente: Presidencia de la República de Colombia.

La normatividad es categórica en señalar que los montos asignados a los entes territoriales por intermedio de las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud, se deben manejar como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local de salud, y nunca harán unidad de caja con estos últimos, o lo que es lo mismo, los recursos destinados al régimen subsidiado no se podrán usar para cancelar nada diferente a la UPC-S, que corresponde al pago de la afiliación al régimen¹⁴².

Las funciones de las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado se pueden sintetizar así:

- Fomentar y promocionar la afiliación.
- Desarrollar programas que promuevan la salud, prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.
- Afiliar a la población beneficiaria.
- Garantizar directamente o por contratación de prestadores, las prestaciones del POS.
- Informar a sus afiliados acerca de la red de servicios disponible y advertirles sobre sus deberes y derechos.

¹⁴² *Ibíd*em (3).

- Organizar y administrar los recursos financieros.

Para seleccionar a los beneficiarios de los subsidios, en Colombia se creó un Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBEN, el cual se define como una herramienta encuesta, dirigida a obtener información socioeconómica que permite focalizar el gasto social hacia las poblaciones más vulnerables. Las características que para cada hogar queden registradas en la encuesta o ficha de clasificación socioeconómica, determinan el nivel de necesidades básicas insatisfechas que se le asigne a cada persona y de este nivel dependen los beneficios a que tenga posibilidad de acceder, teniendo en cuenta que los niveles 1 a 3 corresponden a población vulnerable¹⁴³.

Dentro del grupo de la población candidata a subsidios en salud, están: población pobre, desplazados por la violencia, indígenas, población de tercera edad sin capacidad de pago, desmovilizados de grupos armados ilegales y personas denominadas vinculadas, que son aquellas no cubiertas o no afiliadas al régimen de salud contributivo o subsidiado.

Comparación entre regímenes del SGSSS

RÉGIMEN	CONTRIBUTIVO	SUBSIDIADO
Características	Asalariados y trabajadores independientes	Población pobre y vulnerable, identificada por el SISBEN
Entidades aseguradoras	EPS Régimen Contributivo	EPS Régimen Subsidiado
Entidades prestadoras de servicios	IPS privadas – ESE	IPS privadas – ESE
Aportes de los afiliados	Cotizaciones, cuotas moderadoras y Copagos	Copagos

¹⁴³ Ministerio de la Protección Social. (2007: 13).

Financiación	FOSYGA	FOSYGA
	Aportes del empleador 8.5% Aportes del trabajador 4% (Trabajadores independientes el pago corresponde al 12.5% sobre el 40% ingreso percibido).	1% régimen contributivo Rentas cedidas Ingresos de la Nación Rentas propias de entidades territoriales

Fuente: República de Colombia. Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007.

3.3.4 Planes de Atención en Salud

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dentro de sus fines garantizar a la población unos planes de atención en salud o planes de beneficios mínimos obligatorios y adicionalmente, pueden autorizarse y ofrecerse planes voluntarios de salud que son de libre contratación por los diferentes usuarios.

Los planes de beneficios de obligatorio ofrecimiento son el Plan Obligatorio de Salud POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado, hoy en proceso de ajuste por mandato de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, y los planes de salud pública.

Los planes voluntarios de salud son aquellos que en teoría estarían llamados a incluir servicios agregados principalmente de hotelería, acceso y atención, que son de libre contratación, y dentro de los que se tienen los servicios de ambulancia prepagada, planes complementarios de atención en salud, los planes de medicina prepagada y las pólizas de seguros.

3.3.4.1 Plan Obligatorio de Salud

Concebido por la ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud (POS) es el conjunto mínimo de los servicios de atención en salud, a los que tiene derecho toda persona afiliada al régimen contributivo o al régimen subsidiado, y que debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud. "El POS, está compuesto por cuatro unidades de servicios: Promoción de la salud y Prevención de la

enfermedad, Diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, Medicamentos y Prestaciones económicas (licencias de maternidad e incapacidades)”¹⁴⁴.

El POS no está condicionado a preexistencias ni a exclusiones impuestas por las Entidades Promotoras de Salud. Las únicas exclusiones de servicios están establecidas normativamente y son: procedimientos nutricionales con fines estéticos, periodoncia, ortodoncia, prótesis, corsés, fajas, plantillas, ortopédicos, trasplantes, infertilidad, plantillas, lentes de contacto, tratamiento de várices, cirugía estética, experimentales, medias elásticas de soporte, sillas de ruedas, muletas y otros más.

No obstante, por el desarrollo jurisprudencial de los fallos de tutela, gran parte de esas exclusiones (salvo procedimientos estéticos, como lo ha reafirmado la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T-198 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia) y T-760 de 2008, que se analizará más adelante en este trabajo, se han incluido en el plan de beneficios.

Como ya se anotó, hasta hace unos años, los contenidos del POS en el régimen subsidiado eran inferiores a los del régimen contributivo, pero por las decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que analizaremos más adelante, ahora contienen la misma cobertura en los dos regímenes.

Finalmente, por mandato de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud, el POS se encuentra actualmente en un proceso de profunda transformación.

La norma reitera el principio de integridad en la atención médica y prevé que el derecho a la salud lo debe garantizar el Estado a través de la prestación de servicios y tecnologías de salud, que deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar, atender, curar y rehabilitar las secuelas de la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de

¹⁴⁴ Colorado Acevedo, Diana (2004: 2).

salud, siguiendo el sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.

En tal sentido, no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario, lo que implica que se debe pasar de un plan de beneficios obligatorio que mencionaba las coberturas, a un nuevo plan de beneficios en el que toda tecnología en salud y servicio necesario se entiende incluido en el plan.

No obstante, la misma norma advierte que el Ministerio de Salud y Protección Social debe hacer un listado expreso que contenga las exclusiones de los servicios y tecnologías en salud que no pueden ser prestados con cargo a los recursos del sistema, que deben cumplir con las siguientes condiciones:

- a. Que sirvan a propósitos cosméticos o suntuarios no relacionados con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital.
- b. Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica, o sobre su efectividad clínica.
- d. Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente.
- e. Que se encuentren en fase de experimentación.
- f. Que tengan que ser prestados en el exterior.

Ese listado, que se supone habrá de transformar íntegramente al actual plan obligatorio de salud, está en proceso de elaboración por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, y se espera que en el transcurso del año 2017 quede completamente implementado.

3.3.4.2 Financiación del Plan Obligatorio de Salud

En términos generales, el plan obligatorio de salud se financia con los recursos propios que destinen las Entidades Promotoras de Salud y principalmente con recursos de naturaleza pública que asigne el Estado de la siguiente forma:

- Unidad de Pago por Capitación (UPC). Es el pago que recibe la EPS por cada persona afiliada o beneficiaria, establecida periódicamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, antes por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. La UPC es la suma fija que se reconoce a las aseguradoras por cada afiliado, como pago por el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. La UPC puede ser diferencial según el grupo poblacional, la edad, patologías y factores de riesgo.

- La UPC promedio, además de financiar el POS, debe permitir: i) La generación de fondos para ampliar cobertura de subsidios e igualar los planes a toda la población. ii) No generar déficit de manera que sea sostenible la operación, ni destinar el superávit a fines diferentes a la seguridad social en salud. iii) Generar una consistencia y equilibrio financiero entre los recaudos por cotizaciones (en el régimen contributivo) o los recursos destinados al subsidio (en el régimen subsidiado), el valor compensado o girado por el Estado a manera de UPC y lo efectivamente gastado en salud.

- Los costos de algunas prestaciones económicas como licencias de maternidad y pagos de incapacidades no se encuentran previstos en la UPC, debido a que no puede haber unificación ni prevención sobre la ocurrencia de esas contingencias; por esta razón, esos costos se reconocen de manera variable de acuerdo con el salario o ingreso base de cotización.

- Copago. Se trata de un aporte fijo y preestablecido en dinero que hacen los beneficiarios del afiliado cotizante en el régimen contributivo o todos los afiliados en el régimen subsidiado, que corresponde a una parte del valor de todos los servicios demandados. Se exceptúan de pagar copago los siguientes servicios del Plan Obligatorio de Salud: i) Controles de los programas de promoción y prevención. ii) Enfermedades catastróficas o de alto costo. iii) Atención inicial de urgencias. iv) Servicios sujetos a cuota moderadora.

- Cuota moderadora. Es el aporte en dinero que hacen tanto los cotizantes como los beneficiarios únicamente en el régimen contributivo, con la finalidad de estimular el uso racional de los servicios y brindar un apoyo económico en la gestión del sistema. La cuota moderadora se aplica en los siguientes servicios: i) Consulta externa médica, odontológica, paramédica o con médico especialista. ii) Ingreso a los programas de promoción y prevención. iii) Atención en el servicio de urgencias cuando no se comprometa la vida o funcionalidad de la persona. iv) Medicamentos ambulatorios. v) Exámenes diagnósticos de laboratorio clínico e imagenología de tipo ambulatorio. vi) Exámenes especiales autorizados sólo por el médico tratante. vii) Programa de atención domiciliaria: visitas médicas, paramédicas, medicamentos, suministro de oxígeno y servicios de radiología. viii) Medicina alternativa aceptada. ix) Terapias. x) Fórmula de medicamentos. xi) Exámenes de laboratorio. El Ministerio de Salud y Protección Social fijó los actuales costos para los usuarios por concepto de cuotas moderadoras y copagos, así:¹⁴⁵:

Régimen Contributivo:

Valor de la Cuota Moderadora 2017 (Deben pagarla tanto el cotizante como los beneficiarios)		
	% DEL SMLDV	VALOR CUOTA MODERADORA 2015
INGRESO MENOR A 2 SMLMV	11,7%	\$ 2.900
INGRESO ENTRE 2 Y 5 SMLMV	46,1%	\$ 11.300
INGRESO MAYOR A 5 SMLMV	121,5%	\$ 29.900

SMLDV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente Año 2017 = \$737.717.

Valor de los Copagos 2017 (Los pagan únicamente los beneficiarios y no los cotizantes)		
	% de la tarifa pactada entre la EPS y la IPS	Tope máximo a pagar en el año
INGRESO MENOR A 2 SMLMV	11,5%	\$211.725
INGRESO ENTRE 2 Y 5 SMLMV	17,3%	\$848.375
INGRESO MAYOR A 5 SMLMV	23%	\$1.696.749

Si es atendido por distintas enfermedades o eventos durante el año, la suma de todos los copagos debe ser máximo de: *\$424.187 quienes ganen menos de 2 SMM. *\$1.482.005 quienes ganen entre 2 y 5 SMM. *\$3.393.498 quienes ganen más de 5 SMM.

¹⁴⁵ Acuerdo 260 de 2004. Ministerio de Salud y Protección Social. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/cuotas-moderadoras-y-copagos-2017.pdf>

Régimen Subsidiado:

En el Régimen Subsidiado no hay pago de cuotas moderadoras
Copagos 2015
No se cobran copagos a las siguientes personas: Población del nivel 1 del SISBEN (Población muy pobre), niños durante el primer año de vida, poblaciones especiales que presenten niveles de pobreza similares a los del nivel (niños abandonados mayores de un año; indigentes; personas desplazadas; indígenas; personas de la tercera edad en protección en ancianatos; población rural migratoria, gitanos y desmovilizados).
No se cobran copagos por los siguientes servicios: Control prenatal, atención del parto y sus complicaciones, servicios de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, programas de control en atención materno infantil, programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, atención de enfermedades catastróficas o de alto costo, atención de urgencias, consulta médica, odontológica y consulta por otras disciplinas no médicas, exámenes de laboratorio, imagenología, despacho de medicamentos cubiertos en el POS y consulta de urgencia, y prescripciones regulares dentro de un programa especial de atención integral de patologías.
Se cobran copagos a las siguientes personas: Personas afiliadas al régimen subsidiado, que no estén excluidas del pago.
Cuánto se paga por copagos: El 10% del valor del servicio. En todo caso, sólo se pagan copagos hasta por un máximo de \$368.859 (1/2 SMLMV) al año., si el afiliado es atendido por la misma enfermedad, o \$737.717 (1 SMLMV), si es atendido por distintas enfermedades.

Las personas denominadas "vinculados" o que no se encuentran afiliados al sistema deben pagar una cuota de recuperación, que consiste en un pago directo a las IPS por los servicios, en un porcentaje establecido por la entidad territorial responsable de la atención.

3.3.4.3 Plan Decenal de Salud Pública

Complementa las actividades del POS y se encarga del control de riesgos de salud, prevención primaria y externalidades de salud. Sus acciones están dirigidas a la colectividad, información sobre salud, control al consumo de tabaco, alcohol, sustancias psicoactivas, planificación familiar, detección de enfermedades tropicales e inmunizaciones. Es un plan desarrollado por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios, que permite obtener beneficios colectivos e individuales para promocionar estilos de vida saludables y prevenir enfermedades.

La financiación se hace con cargo a recursos de la Nación, recursos del FOSYGA y recursos de entidades territoriales. Actualmente las estrategias del plan se enmarcan en lo previsto por la Ley 1151 de 2007, bajo cuatro líneas de acción¹⁴⁶:

- a. Promoción y educación de la salud y la calidad de vida.
- b. Protección (Prevención) de los riesgos en salud pública.
- c. Recuperación y mitigación de los daños en salud.
- d. Fortalecimiento institucional para la gestión integral en salud pública, la vigilancia en salud pública y control de factores de riesgo.

Las características generales del Plan Decenal de Salud Pública, son:

- a. El contenido es definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.
- b. Es obligatorio.
- c. Es gratuito.
- d. Participan en su ampliación el Gobierno central por medio del Ministerio y los entes territoriales.

3.3.4.4 Planes Voluntarios de Salud

Los *planes voluntarios de salud* corresponden a una cobertura adicional privada paralela al sistema obligatorio de salud, cuyo funcionamiento está previsto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1438 de 2011¹⁴⁷.

Se trata de planes opcionales autorizados por el Estado a través de la Superintendencia Nacional de Salud, a los que acceden voluntariamente los usuarios por medio de un contrato privado y no de una afiliación de carácter público.

¹⁴⁶ Editado de Cajigas de Acosta, Blanca (2007).

¹⁴⁷ Artículos 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley 1438 de 2011 y 169 de la Ley 100 de 1993. República de Colombia.

Se incluyen como planes voluntarios de salud los planes de medicina prepagada, los planes de atención complementaria en salud que ofrecen las Entidades Promotoras de Salud, los planes de ambulancia prepagada y las pólizas de seguros de salud que ofrecen compañías de seguros. Quien contrate uno de estos planes también debe estar afiliado al régimen contributivo del sistema del sistema general de seguridad social en salud, ya sea en calidad de cotizante o de beneficiario.

Todos son financiados directamente por los usuarios, sin recursos públicos ni dineros que provengan de las cotizaciones obligatorias del sistema general de seguridad social en salud.

Si bien las tarifas de los planes voluntarios son pactadas contractualmente, a efectos del cálculo e incremento de esas tarifas los oferentes de los planes voluntarios deben cumplir con unas condiciones de objetividad, razonabilidad e información establecidas por la Superintendencia Nacional de Salud, condiciones que básicamente están dirigidas a que exista suficiente justificación y transparencia¹⁴⁸.

En desarrollo de esa vigilancia tarifaria, en el año 2016 la Superintendencia Nacional de Salud evaluó un total de 130 planes, realizó actuaciones administrativas sobre 25 empresas ofertantes (9 de medicina prepagada, 7 EPS ofertantes de planes complementarios de salud y 9 de servicios de ambulancia prepagada) y dio trámite a 318 quejas relacionadas con incrementos en las tarifas¹⁴⁹.

Respecto de la cobertura, la Ley 1438 de 2011 establece que los planes voluntarios de salud “pueden cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud tales como: servicios de salud, médicos, odontológicos, pre y poshospitalarios, hospitalarios o de transporte,

¹⁴⁸ Circular 20 de 2015 Superintendencia Nacional de Salud.

¹⁴⁹ Superintendencia Nacional de Salud (2017a: 32).

condiciones diferenciales frente a los planes de beneficios y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional¹⁵⁰. Bajo la amplitud de la norma, en los planes se pueden incluir todas o algunas de las contingencias previstas en el plan obligatorio de salud o en el nuevo plan de beneficios, que habrá de crearse conforme lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 Estatutaria de Salud.

Respecto de la representatividad e incidencia en el sector salud, según datos de la Superintendencia Nacional de Salud con corte a septiembre 30 de 2016¹⁵¹, se reportaron un total de 799.349 usuarios de planes de ambulancia prepagada, que generaron ingresos superiores a los U\$14 millones de dólares al año. Así mismo, se registraron 1'109.673 de usuarios de planes de medicina prepagada, que generaron ingresos operacionales por más de U\$822 millones anuales.

Colsanitas S.A. es la empresa más grande en usuarios de planes voluntarios de salud (381 mil usuarios de medicina prepagada) y recibe ingresos operacionales de 338 millones de dólares al año. Esa empresa pertenece al grupo Sanitas, que también es propietario de Medisanitas S.A. (56 mil usuarios de medicina prepagada) y de la EPS Sanitas S.A. (que opera en el régimen contributivo con 1,7 millones de afiliados)¹⁵².

Los planes voluntarios de salud no han sido ajenos a la problemática del sistema. Usualmente son objeto de cuestionamientos por el monto de sus tarifas, por las cuantiosas sumas de dinero que reciben y por algunas prácticas que podrían atentar contra la competencia o contra la calidad de servicios propios del aseguramiento público.

En relación con el monto las tarifas ya se dijo que el Estado vigila y exige transparencia en su fijación e incrementos. Sin embargo, es persistente la

¹⁵⁰ Artículo 40 Ley 1438 de 2011. República de Colombia.

¹⁵¹ Superintendencia Nacional de Salud (2017b)

¹⁵² Superintendencia Nacional de Salud (2017b)

inconformidad de los usuarios de planes de medicina prepagada, que pagan tarifas que rondan en promedio los \$80 dólares mensuales, con saltos exponenciales por el aumento en la edad de los usuarios (se triplican o cuadruplican los valores).

Además, en los contratos se suele prever el cobro de bonos o cuotas moderadoras por cada atención y se incluyen exclusiones contractuales (preexistencias o algunas condiciones de salud) que en ocasiones impiden el uso del plan voluntario en atenciones de alto costo o de alta recurrencia por parte de los usuarios, impactando así el plan obligatorio de salud.

Por supuesto, comparado con el valor de la unidad de pago por capitación - UPC que reciben las EPS (U\$20 en promedio mensual, que francamente es insuficiente), las tarifas de la medicina prepagada ponen sobre la mesa un eventual desequilibrio en el aseguramiento, considerando además que el plan obligatorio de salud – POS no presenta exclusiones por preexistencias y que mal que bien cubre casi todas las atenciones de alto costo.

También puede haber una falta de progresividad en la medida que quienes tienen planes de medicina prepagada (más de un millón de usuarios), suelen hacer parte de población con capacidad de pago y podrían eventualmente acrecentar la base financiera del régimen contributivo.

No obstante, precisa advertir que la medicina prepagada no involucra a todos los servicios y usuarios de los planes voluntarios de salud, y es de libre y voluntaria adscripción, de manera que no existe obligación alguna para su contratación por parte de los usuarios.

Adicionalmente, como ya se mencionó, coexisten otros planes como los de ambulancia prepagada y los planes de atención complementaria, que cumplen con unos servicios más cercanos al POS y que tienen tarifas en ocasiones significativamente inferiores a las de la medicina prepagada.

Las anteriores precisiones permiten superar la discusión, para concluir que hay competencia y diversidad en el contexto general de los planes voluntarios de salud y que estamos en presencia de unos productos cuya adopción obedece a la voluntad autónoma de los usuarios. Así mismo, que puede hablarse de progresividad dado que en teoría hay oferta de planes con variadas coberturas, para diferentes usuarios, con menores o mayores ingresos y con diversas capacidades de pago.

Por otro lado, en relación con el impacto que puedan tener los planes voluntarios de salud en las cifras macroeconómicas del sistema de salud, existen dos posiciones que debemos resaltar.

La primera es crítica y advierte que respecto de los usuarios de planes voluntarios de salud, el Estado estaría pagando indebidamente la unidad de pago por capitación - UPC a las EPS por unos servicios que no se prestan. En otras palabras, existe un doble pago por un mismo aseguramiento pudiéndose prescindir del giro de la UPC a las entidades promotoras de salud - EPS.

Con todo, se debería seguir cobrando la cotización al afiliado como renta pública parafiscal y con fines de solidaridad, cotización que estaría destinada al FOSYGA.

La segunda posición indica que el aseguramiento y la cobertura pública es diferente a la previsión o cobertura privada. Lo anterior, considerando que las contingencias amparadas por los diferentes planes voluntarios de salud no son uniformes y no necesariamente prevén todas las contingencias del plan obligatorio de salud.

Por eso, no hay un doble pago por el mismo aseguramiento en detrimento de la renta pública, sino que se trata de un ahorro en los recursos públicos parafiscales al interior de las entidades promotoras de salud – EPS. Con cargo a los dineros que se dejan de gastar por los servicios que ya no usan los afiliados usuarios de planes voluntarios de salud, se optimizan los márgenes y se puede lograr una

mejora para aquellos afiliados que no tienen acceso a los planes voluntarios de salud.

Esta segunda lectura es la acogida en Colombia habiéndose previsto en la norma legal que es función del Gobierno Nacional estimular “la creación, diseño, autorización y operación de planes voluntarios y seguros de salud tanto individuales como colectivos”¹⁵³, en las condiciones actualmente operantes.

Finalmente, nos referiremos a una práctica que puede atentar contra la libre competencia o contra la calidad de los servicios en el aseguramiento público.

Concretamente, se advierte que en Colombia existe una permisiva confluencia entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas oferentes de planes voluntarios de salud. Esa confluencia puede desencadenar en un claro conflicto de intereses en detrimento de la calidad en el aseguramiento público.

Concretamente, por mandato normativo únicamente las entidades promotoras de salud - EPS pueden ofrecer planes complementarios de salud y, respecto de los planes de medicina prepagada, muchas de las empresas que los ofrecen tienen convenios o pertenecen a grupos que cuentan con entidades promotoras de salud - EPS, responsables del aseguramiento público.

Basta con advertir que la contratación de un plan voluntario de salud en principio debería motivarse en condiciones de hotelería o de la red de prestadores, y no en la calidad, oportunidad, integralidad o en contenidos de la cobertura, características que se suponen suficientemente garantizadas en el aseguramiento público, tanto en el actual plan obligatorio de salud como en el nuevo plan público que habrá de preverse por orden de la Ley Estatutaria de Salud.

¹⁵³ Artículo 39 Ley 1438 de 2011. República de Colombia.

Lamentablemente no es esa la realidad. En la práctica es deficiente o muy deficiente la percepción que tienen de los afiliados sobre las entidades promotoras de salud – EPS, por fallas recurrentes en la oportunidad, calidad e integralidad de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud - POS. Y es esa percepción negativa el principal móvil que lleva a los afiliados a la contratación de un plan voluntario de salud, si tienen la suficiente capacidad de pago para hacerlo.

Entre tanto, las entidades promotoras de salud - EPS no cuentan con claros incentivos comercializables que hagan mejorar su percepción de servicio, máxime cuando, en cualquier caso, seguirán recibiendo las unidades de pago por capitación – UPC por el aseguramiento público de sus afiliados.

Por el contrario, en aquellas entidades promotoras de salud – EPS que tengan relación directa o indirecta con la oferta de planes voluntarios de salud, la implementación de cambios que mejoren la percepción del aseguramiento público va en contravía de los intereses económicos de su grupo o de sus aliados estratégicos, pues desincentivan la contratación de los planes voluntarios de salud.

En síntesis, existe la tentación de minimizar los servicios del plan obligatorio de salud y la correcta percepción de servicio, en provecho del ofrecimiento de planes voluntarios de salud. O lo que es lo mismo, se restringe la calidad, la oportunidad y la integralidad de los servicios del plan obligatorio, como incentivo para la venta de planes voluntarios de salud.

Por todo lo antes señalado resulta recomendable que el Estado regule esa difícil confluencia de intereses, precisando los aspectos diferenciadores de los planes obligatorios y de los voluntarios. En últimas, con el tiempo, se debería promover la independencia de los vínculos jurídicos y de los intereses económicos entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud.

También deberían establecerse diferencias a la baja en el monto de las unidades de pago por capitación - UPC que reciban las EPS por los afiliados que también tengan planes voluntarios de salud. De esta manera, una vez independizados los intereses, se fomentaría una competencia por el afiliado o usuario entre las EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud, todo en el marco de un mejor servicio.

4. DESCENTRALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN COLOMBIA

Ya se mencionó que la reforma al sector salud en Colombia se enmarcó dentro del proceso de una nueva fase del desarrollo, bajo las premisas de competencia, cobertura por aseguramiento y libre mercado.

En Colombia, en la década de los años noventa del siglo pasado, la Constitución Política de 1991, junto con una serie de disposiciones normativas (Ley 50 de 1990 Reforma Laboral, Ley 100 de 1993 Seguridad Social Integral, Ley 10 de 1990 Descentralización Administrativa, Ley 60 de 1993 y Ley 715 de 2001 descentralización y flujo de competencias y recursos, y Ley 828 de 2002 Rentas de Destinación Específica, entre otras), propiciaron un marco jurídico dirigido a la descentralización en el flujo de los recursos, a la prestación de servicios y a la disminución del Estado.

Se torna necesaria hacer una evaluación breve sobre el sistema de salud en Colombia desde la óptica de la descentralización y disminución del Estado, a efectos de verificar qué ha pasado con la función o papel regulador del Estado, y con la inspección, vigilancia y control.

4.1 Aspectos Preliminares

Desde el punto de vista organizacional, el antiguo Sistema Nacional de Salud en Colombia, regido por la Ley 56 de 1975, obedecía a un modelo con tres componentes, a saber¹⁵⁴:

- a. "Prestación Pública. Involucraba la prestación de servicios de salud por parte del Estado a través de subsidios a la oferta (subsidio o sostenimiento directo de hospitales públicos o fundaciones sin ánimo de lucro, con miras a garantizar la disponibilidad, indistintamente de si hay o no demanda de servicios por parte de la población), con una fuerte presencia pública (hospitales de la Nación o del extinto Instituto de Seguros Sociales o de cajas de previsión de entidades públicas o de entidades territoriales).
- b. Prestación a empleados. Servicios de salud prestados a los empleados de grandes empresas privadas, financiados por esas empresas; o servicios para los empleados públicos que se prestaban usualmente a través de cajas de previsión; o servicios prestados a empleados públicos y privados por medio de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.
- c. Prestación privada. Servicios de salud cubiertos por pólizas de seguros, contratos de medicina pre pagada o compra directa de servicios por parte de los usuarios".

A partir del año 1991, en Colombia se surtió un proceso de descentralización territorial, anclado en los niveles de gobierno central, departamental y local o municipal, que impactó la prestación de los servicios de salud, que también se descentralizaron asignando nuevas responsabilidades a las entidades territoriales.

¹⁵⁴ Hernández Álvarez, Mario. (2005: 181).

Adicionalmente, la Constitución Política de 1991, a pesar de haber reconocido a la salud como un servicio público esencial a cargo del Estado (artículos 48 y 49), posibilitó al legislador para que organizara la modalidad en que debería prestarse el servicio y en ese ejercicio regulatorio, se previó que las principales responsabilidades (aseguramiento y prestación) podrían ser asumidas por particulares.

En desarrollo de la Constitución Política la Ley 100 de 1993 cambió el antiguo Sistema Nacional de Salud y lo reemplazó por el Sistema General de Seguridad Social en Salud que se enmarca en la descentralización, la desconcentración y la privatización, siendo responsables del servicio la Nación, las entidades territoriales, las entidades descentralizadas y los aseguradores y prestadores públicos y privados.

El sistema se caracteriza por el aseguramiento y por la prestación de los servicios en condiciones de mercado, con subsidios a la demanda, de manera que los recursos públicos que se destinan a la atención en salud, ya no fluyen directamente a los prestadores públicos y privados de salud, sino que se gestionan a través de aseguradores encargados de afiliar, brindar cobertura de contingencias de salud a esos afiliados y regular la oferta de servicios.

Entre otros factores que generaron el cambio, está la crisis del modelo de solvencia pública ilimitada y de reparto intergeneracional como mecanismos de financiación de los servicios de seguridad social, que ya daba y da cuenta de sus dificultades de sostenibilidad debido al cambio en las modalidades de ocupación de las nuevas generaciones (muchos dedicados a actividades por cuenta propia), las dificultades en la generación de trabajo formal y la afectación en los índices de natalidad que disminuyen el recambio intergeneracional y han puesto en duda el aumento en el aporte fiscal en el mediano y largo plazo.

Así mismo, el modelo y las instituciones de seguridad social en salud cambiaron radicalmente como consecuencia de la crisis de los hospitales públicos, la mayoría

decadentes y sin recursos. Esta crisis se produjo por la irresponsabilidad misma del Estado, ante el incumplimiento en los pagos por la atención de la población usuaria, por la deficiente tecnificación y falta de información que permitiera auditar los servicios efectivamente prestados, por fallas en el control y, principalmente, por fenómenos graves de corrupción en su mayoría no registrados ni identificados, caracterizados por la politización y burocratización de los hospitales.

Respecto de la falta de responsabilidad estatal en cuanto a la financiación del sistema, Consuelo Ahumada señala: "Antes de 1993, el viejo sistema de salud había entrado en crisis al no ser el más apropiado para satisfacer la demanda a la salud de la totalidad de la población. Más de mil instituciones suministraban protección, la más importante era el Instituto de Seguro Social (ISS); la cual cubría el 20% de la población colombiana. La verdadera causa de la crisis en el antiguo sistema de salud fue el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte del Estado, ya que en 1.973 la deuda con el ISS ascendía a 9.000 millones de pesos, (...) actualmente la deuda asciende a 58 billones de pesos, la crisis se genera por el desinterés del gobierno por la provisión de servicios sociales a toda la población"¹⁵⁵.

A todo lo anterior se suma el cambio de paradigma en la razón de ser de las instituciones públicas, que ahora se dirigen a una operatividad más abierta, participativa y de mercado, propendiendo por consolidar y superar las bondades del Estado Benefactor, que en realidad existió muy a medias en Colombia. "Con el Decreto 056 de 1975 se creó en Colombia el llamado Sistema Nacional de Salud, dentro de una lógica estatal *pseudo* proteccionista, pues es importante recordar que el modelo de desarrollo benefactor en algunos Países como Colombia nunca fue desarrollado a plenitud. La centralización y la verticalidad fueron sus principales características, tratando de integrar tanto instituciones públicas y privadas, como adscritas y vinculadas. Se pusieron en práctica los

¹⁵⁵ Ahumada, Consuelo (2004: 11).

diferentes niveles de prevención primaria, secundaria y terciaria, y se organizó la oferta de prestación de servicios a partir de la capacidad de resolución y el nivel de atención. Se pretendió integrar los diferentes servicios en una red única de referencia y contrarreferencia”¹⁵⁶.

En el año 1993, con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud se enfocaron las instituciones en orden a una mayor eficiencia, permitiendo y fomentando la participación de los privados en el aseguramiento y en la prestación, con un esquema descentralizado y desconcentrado que regulara los costos del servicio y fomentara un mejor acceso a toda la población. A los hospitales públicos se les impuso el deber de ser auto sostenibles, emulando modelos privados de contratación y gestión eficiente.

Afirma Luis Alberto Tafur: “La reforma de la Salud en el País se orientó en tres direcciones: la desmonopolización de la seguridad social en salud para los trabajadores del sector privado al brindarle a todos los asalariados la opción de elegir la entidad que les preste el servicio de salud; la presencia del sector privado como opción adicional al Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la aparición de un sector subsidiado que se sustenta en la creación de un Fondo de Solidaridad y Garantía, y que brinda aseguramiento a la población pobre del País”¹⁵⁷.

Por supuesto, la descentralización y la privatización, no son realidades exclusivas de la seguridad social, sino que han irradiado toda la organización política en Colombia, de manera que, en general, se han incorporado reglas del mercado a la prestación de los servicios públicos esenciales.

La descentralización y privatización han constituido una tendencia mundial que responde a escenarios de apertura y globalización económica, y desde principios

¹⁵⁶ Yepes Delgado, Carlos. (2006: 106).

¹⁵⁷ Tafur, Luis Alberto. (1996: 44).

de la década de 1990 y hasta hoy, en Colombia, han tenido los siguientes caracteres¹⁵⁸:

- Económico. Ha aumentado paulatinamente la deuda externa, lo que se ha traducido en desviación de los recursos del Estado al servicio de los costos de la deuda, afectando las tasas de crecimiento económico de los países. Se han presentado políticas tendientes a la reducción del déficit fiscal y a la apertura al capital extranjero o políticas de transnacionalización. A escala comercial se realizó el programa de apertura económica y libre cambio, inserción de la economía colombiana a grupos y bloques económicos por medio de tratados de libre comercio, entrada de inversión extranjera, aumento de las importaciones y exportaciones, sin considerar la poca preparación y capacidad de la industria nacional para la competencia. Se ha acudido a la privatización de empresas del Estado encargadas de producción de bienes y a la privatización de la prestación de servicios públicos, incluidos los considerados esenciales como los domiciliarios y los de salud y seguridad social.
- Administrativo. Se han creado mecanismos dirigidos a modernizar el Estado, descentralizar las funciones hacia el poder local y fortalecer estructuras de administración pública descentralizada.
- Social. Existe una cultura del cambio permanente en el tipo de demanda de mano de obra, de manera que la inseguridad laboral y económica de la población, es una característica de la sociedad moderna, llevando a inestabilidades sociales, locales y familiares, y a un incremento de la economía informal, del empleo en tiempos parciales y de las formas temporales de contratación (flexibilización laboral).
- Político. Cambios en la configuración del mapa político y electoral, en función de situaciones pragmáticas más que a arraigos a antiguos partidos políticos, que tienden a difuminarse. Han surgido nuevos

¹⁵⁸ Restrepo, Darío I. (1991).

movimientos políticos mesiánicos, que sobreponen a los líderes sobre las ideas y conceptos de los partidos, y existe una compleja tendencia a fomentar y seguir corrientes altamente populistas.

En Colombia, el proceso de descentralización y privatización ha generado además los siguientes efectos:

- Reducciones en el gasto fiscal, principalmente a través de la disminución en el tamaño del Estado en algunos sectores de la administración y gobierno, lo que ha permitido mostrar cifras favorables o migrar gasto fiscal a otros sectores fortaleciendo su impacto.

- Descentralización territorial a los departamentos, distritos y municipios, por medio de mayores transferencias de recursos. Por supuesto, esos mayores recursos están acompañados de mayores funciones y responsabilidades, lo que en teoría reduce el déficit fiscal de la Nación, pero lo traslada a los niveles descentralizados. Adicionalmente, las condiciones políticas de la prestación de los servicios han sido asumidas localmente, lo que constituye una ventaja desde el punto de vista de la inmediatez del control con los prestadores de los servicios, pero una desventaja desde la óptica de los esquemas generales de prestación de servicios que, como la seguridad social en salud, requieren inevitablemente de una política de Estado, en toda su dimensión.

- Se han privatizado y descentralizado gran parte de las responsabilidades en servicios sensibles como la seguridad social en salud. Si bien formalmente existe todo un andamiaje de regulación estructural dirigida a la prestación y control de los servicios, en la práctica, la forma de prestarse el servicio carece de orden, control, información y articulación, de manera que los pocos recursos asignados, no reflejaron el bienestar de la población.

- En búsqueda de mayor eficiencia y transparencia, se incrementó significativamente la participación privada en la administración, en la

ejecución de funciones del Estado y en la prestación de servicios públicos esenciales, aún de aquellos como la salud, cuya garantía está constitucionalmente a cargo del Estado. Sin embargo, en la práctica, la participación privada no ha contagiado al Estado en su eficiencia, sino que, considerando la falta de información y las debilidades de las instituciones de control ha generado el enriquecimiento de los operadores privados, sin una significativa mejora en la prestación de los servicios.

La Constitución Política en Colombia evidencia en teoría un Estado supremamente garantista, pluralista, democrático, que defiende férreamente los derechos fundamentales, colectivos y sociales. Partiendo de ese esquema teórico, la Constitución definió el papel de las entidades territoriales y el sistema de planeación nacional haciendo obligatorios los planes de desarrollo; cambió la estructura de transferencias a las entidades territoriales, fortaleció la participación, generó reglas para la prestación de los servicios en un esquema de solidaridad, generó una función social y ecológica de la propiedad, y, en general, creó reglas e instituciones que se deberían volcar a la protección y garantía de los derechos de las personas.

No obstante, la intencionalidad de la Constitución se opaca en el entramado legal y en su aplicación posterior¹⁵⁹, al punto que pretendiendo un giro radical en la forma de administración y operación del Estado, han perdurado las siguientes debilidades:

- El orden territorial e institucional descentralizado no responde a las exigencias de las nuevas realidades administrativas, económicas y políticas, principalmente porque las entidades públicas descentralizadas no se han preparado para asumir nuevas funciones, ni cuentan con los recursos administrativos y financieros para hacerlo.

¹⁵⁹ Restrepo, Darío I. (1992).

- No existen herramientas prácticas, que permitan hacer entender a la ciudadanía la importancia de la descentralización y de la participación política, y mucho menos que permitan un verdadero cambio en los procesos políticos.

- La descentralización se diseñó en realidad atada a presiones de sectores y élites políticas y económicas, para acondicionarla al modelo de intereses de eficiencia y no sobre la búsqueda de una adecuada atención al ciudadano. Las normas dieron sostenimiento y base jurídica a intereses privados, desconociendo en muchos casos el interés público y habiendo nulatorio el efecto de la descentralización; se fortalecieron formalmente los Departamentos, Municipios y entidades descentralizadas, pero no se les asignaron mayores herramientas para su operatividad eficiente.

- A pesar de la fortaleza constitucional que se le pretendió dar al control, al crear una rama del poder público como parte del Estado, conformada por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contaduría, la Auditoría General de la Nación, entre otros órganos de control, en la práctica, la disminución del Estado y el ahorro en el gasto público, de manera equivocada se aplicó también a los órganos de control, minimizando su capacidad económica y operativa.

- Se reestructuraron, crearon y se siguen creando entidades de control, con amplias y fuertes funciones y herramientas jurídicas de inspección, vigilancia y control, como la Superintendencia Nacional de Salud y las Direcciones Seccionales de Salud pero sin fortaleza en sus estructuras operativas, de manera que no cuentan con recursos humanos, técnicos y económicos que les permitan ejercer las amplias funciones a su cargo, generando mayor frustración en la ciudadanía que ve como existen todas esas estructuras de control, sin que en la práctica funcionen.

4.2 Descentralización, Privatización y Control en el Sistema de Salud

La descentralización y privatización de los servicios de salud en Colombia obedece a un esquema de competencia regulada en salud, con participación privada y pública en el aseguramiento, procurando que a través de las Entidades Promotoras de Salud la población estuviera amparada por contingencias previstas en el plan de beneficios ya descrito en esta investigación.

Adicionalmente, se procuró mayor eficiencia en la prestación por medio de la competencia entre instituciones prestadoras de salud privadas y hospitales públicos denominados Empresas Sociales del Estado – ESE, dependientes de las entidades territoriales, en teoría autosuficientes y sometidos a reglas de mercado.

La descentralización y privatización en la prestación del servicio de seguridad social en salud en Colombia no proviene directamente de la Constitución Política de 1991. Dos antecedentes claros son el Decreto 77 de 1987 que otorgó competencias a los municipios para crear y manejar puestos, centros de salud y hospitales, y la Ley 10 de 1990 que asignó funciones de administradores de instituciones de salud de primer nivel a los municipios, y de segundo y tercer nivel a los departamentos.

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 viabilizó la creación y autorización entidades promotoras de salud en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado de salud que, junto con el Instituto de Seguros Sociales (hoy liquidado), funcionaran como entidades aseguradoras públicas y privadas. Al mismo tiempo, diseñó un sistema de prestación del servicio en el que se unían en una sola red las instituciones prestadoras privadas con los hospitales públicos del orden departamental y local, todos a instancias de los contratos y servicios que prestaran a las entidades promotoras de salud.

La descentralización también se manifestó en la administración y ejecución de los subsidios, de manera que “la Ley 100 de 1993, que reformó la seguridad social en salud, le delegó a los municipios y departamentos la administración del régimen subsidiado de salud y creo mecanismos para convertir los subsidios de oferta en subsidios a la demanda”¹⁶⁰.

En relación con la sostenibilidad del sistema, la obtención y flujo de recursos también se vio inmersa en la descentralización. Así, la obtención de recursos directos para el régimen subsidiado, a través de la operación de monopolios rentísticos cedidos a los subsidios de salud, constituidos por la operación de apuestas permanentes, juegos de suerte y azar, loterías y la producción y comercialización de licores se reafirmó en cabeza de los Departamentos, de manera que éstos pueden operar esos monopolios o entregarlos en concesión a privados. Todo lo anterior, con excepción de los juegos de suerte y azar novedosos y localizados (loto en línea, casinos, bingos, hípicos, etc.), que son administrados por una entidad descentralizada del orden nacional, hoy denominada Coljuegos.

Al mismo tiempo, con recursos propios y con recursos que les transfiriera la Nación, los Departamentos deben contratar a las entidades promotoras de salud para que afilien y aseguren los riesgos en salud de la población de los Departamentos. Estas aseguradoras en el régimen subsidiado, inicialmente eran públicas en su gran mayoría y estaban adscritas al mismo departamento o municipio; luego surgieron entidades privadas, la mayoría de economía solidaria y muy pocas con ánimo de lucro, pero todas, altamente cuestionadas por condiciones de poca transparencia, mora en los pagos a los prestadores y deficiencias en la garantía de prestación de servicios de salud a la población afiliada.

¹⁶⁰ Jaramillo Pérez, Iván (2001: 89).

Entre tanto el control se pretendió descentralizar en cabeza de los mismos departamentos, principalmente asignándoles la función de velar por la calidad de la prestación a través de la verificación de requisitos de habilitación de los prestadores, la responsabilidad de controlar los sistemas de información y la función de controlar el flujo de recursos. Ninguno de esos controles fue ni ha sido eficiente, evidenciándose un desangre en los recursos de la salud en el orden territorial, particularmente en el régimen subsidiado, con una casi absoluta impunidad.

Adicionalmente, existe una función de control descentralizada a cargo de las contralorías departamentales, sobre los recursos de la salud, que ha sido casi inexistente.

A nivel central, la Ley 100 de 1993 pretendió consolidar a la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano rector de la inspección, vigilancia y control en el sector.

La Superintendencia Nacional de Salud fue creada en el año 1975, inicialmente como herramienta de vigilancia del Instituto de Seguros Sociales, bajo el contenido del antiguo Sistema Nacional de Salud. Posteriormente se fortaleció con miras a ampliar el marco de sus vigilados en función de la descentralización y privatización, hasta llegar a la concepción de organismo rector de vigilancia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado por la Ley 100 de 1993. "Nuevas funciones se le asignaron cuando en 1990 se introdujo la competencia regulada para las entidades privadas (Empresas de Medicina Prepagada), y luego la Superintendencia Nacional de Salud entró a jugar un papel aún más importante en el nuevo escenario creado con la Reforma al Sistema de la Seguridad Social en Salud establecida en diciembre de 1993, mediante la aprobación de la Ley 100. Ambos procesos, descentralización y reforma, fueron enmarcados y exigidos

por la Reforma Constitucional de 1991 (Especialmente los Artículos 48 y 49) que consagró el carácter de Colombia como País descentralizado¹⁶¹.

En principio, dada la trascendencia de “los servicios públicos esenciales (incluidos los asistenciales), así definidos por el Legislador”, podría decirse que estos deberían “ser prestados por el sector público, sin menoscabo de las garantías del administrado”¹⁶². Sin embargo, en Colombia el aseguramiento y la prestación son mayoritariamente privados, lo que supone un fortalecimiento esencial en los órganos de control.

Con la Ley 100 de 1993, el legislador resolvió fortalecer la Superintendencia Nacional de Salud asignándole amplias facultades de intervención y fuertes poderes de inspección, vigilancia y control, reflejados en la posibilidad de cierres, intervenciones, liquidaciones y sanciones pecuniarias considerables. Sin embargo, al mismo tiempo que se promulgaban esas fortalezas, se desincentivaba el ejercicio real de las funciones debido a la filosofía de reducción del Estado, de manera que en el año 1994 la entidad pública se reestructuró quedando centralizada, sin regionales, con un presupuesto anual que oscilaba entre cuatro y siete millones de euros al año, conformada apenas por doscientos veinte funcionarios de los cuales ochenta tenían vocación misional y el resto cumplían papeles operativos.

Así las cosas, el organismo rector de la vigilancia sobre el sector salud, caracterizado por la descentralización y la privatización, que involucra a los cuarenta y siete millones de habitantes del territorio nacional, sector que tiene un presupuesto público anual seis mil quinientos millones de euros al año¹⁶³, se constituyó con amplísimas facultades pero sin recursos institucionales reales para ejecutarlas, lo que ha representado y representa un riesgo indiscutible para la operatividad transparente del sector. La debilidad de la Superintendencia es otras

¹⁶¹ Jaramillo Pérez, Iván (2000: 67).

¹⁶² Nevado-Batalla Moreno, P. (2010: 247).

¹⁶³ Presupuesto General de la Nación 2016, República de Colombia.

de las causas de una rampante corrupción característica del sistema, que se produce no sólo por la directa y descarada sustracción de recursos públicos por parte de funcionarios y particulares, sino además por la reiterada mala calidad de los servicios, a pesar de existir recursos específicos destinados a las prestaciones sanitarias.

Precisa señalar que la Superintendencia Nacional de Salud fue reestructurada supuestamente para su fortalecimiento por medio del Decreto 2018 de 2007, duplicando el presupuesto asignado y el número de servidores; aun así, ante la gran dimensión del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sigue siendo precaria su operatividad.

En líneas generales, algunas de las características de la descentralización y privatización en el sistema general de seguridad social en salud se resumen así:

- Especialización de los roles y responsabilidades entre el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y otros actores, como las entidades territoriales, los organismos descentralizados de vigilancia, los aseguradores, los prestadores públicos y privados, los generadores de recursos, y los Consejos Territoriales de Salud.
- Especialización del Ministerio de Salud y Protección Social como ente rector y regulador del sistema de salud.
- Especialización de la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano autónomo, rector y ejecutor de la política de inspección vigilancia y control.
- Separación (meramente formal) entre los organismos de Dirección, de vigilancia, de aseguramiento y de prestación de los servicios. El Ministerio de Salud y Protección Social, los departamentos, distritos y municipios, no son prestadores de servicios de salud y, por consiguiente, se les confirió autonomía administrativa a los hospitales públicos transformados en Empresas Sociales del Estado (ESE), se reafirmó la necesaria vigilancia previa y permanente sobre las instituciones prestadoras de servicios de

salud privadas (IPS) y se creó el aseguramiento en cabeza de entidades promotoras de salud del régimen contributivo y de régimen subsidiado, públicas y privadas.

- La autorización de funcionamiento y la vigilancia sobre la calidad, garantía de los derechos de los usuarios y pagos oportunos a los prestadores de los servicios por parte de las entidades promotoras de salud, son funciones de la Superintendencia Nacional de Salud. La vigilancia sobre habilitación y prestación efectiva del servicio por parte de los prestadores de servicios de salud es función de los Distritos y Departamentos.

- Descentralización de acciones de salud pública. Se hizo una separación de las acciones de salud pública, de manera que las acciones de impacto y cobertura general estarían principalmente a cargo de programas de la Nación y de los Departamentos, mientras que las acciones de salud pública individual, estarían a cargo de las entidades territoriales y de los responsables del aseguramiento.

- Sustitución de la financiación a la oferta por subsidio a la demanda, de manera que los pagos se hacen a las aseguradoras, para que estas a su vez paguen por la prestación efectiva de los servicios a sus afiliados, y no por la sola disponibilidad de instituciones de salud (artículo 195 de la Ley 100 de 1993).

- Descentralización en el funcionamiento de la red pública hospitalaria. En el nivel central se cumple con la regulación, la vigilancia y la modulación, y en el nivel departamental y municipal se centró la prestación de los tres niveles de complejidad en la atención (alta, media y baja). Para captar recursos extras se recomienda un mejor manejo de los recursos económicos (eficiencia y racionalidad), y una atención adecuada en el de primer nivel, que sirva de filtro para los otros dos primeros niveles de atención.

- Finalización de la financiación pública de fundaciones y hospitales privados sin ánimo de lucro. Esto supone abandonar el antiguo sistema en el que el Estado ayudaba al sostenimiento de estas instituciones,

particularmente a través de participación en el pago de nóminas o aporte de recurso humano.

- Descentralización de la financiación y del aseguramiento. Incremento de las transferencias para la salud provenientes del sistema general de participación. Distribución equitativa de los recursos locales y regionales con énfasis en la focalización del gasto hacia los pobres y vulnerables. Ejecución del gasto preferiblemente a través de pago de subsidios para el régimen subsidiado. En cuanto al aseguramiento, los departamentos y municipios deben identificar a la población objetivo de los subsidios a la demanda (SISBEN); gestionar, contratar y ampliar el régimen subsidiado; convertir a los hospitales en Empresas Sociales del Estado ESE; y reemplazar los subsidios a la oferta por subsidios a la demanda.

4.3 Efectos

El proceso de descentralización y privatización en el sistema de salud tiene varios efectos:

4.3.1 Efectos en la Cobertura y Atención en Salud

Existen resultados cuantitativos respecto de la ampliación progresiva de la cobertura y la accesibilidad en los servicios de salud para un mayor número de personas.

Conforme lo señaló el Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006, “entre 1992 y 1997, el sistema presentó una expansión notable, pasando de 8,9 millones a 22,0 millones de afiliados. La ampliación de los beneficios al grupo familiar y el acceso al régimen subsidiado fueron los factores determinantes del incremento en la afiliación. Los avances más significativos se dieron en términos de equidad: el 20% más pobre de la población amplió su cobertura de 4,2% al 43,1%(...)”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Departamento Nacional de Planeación (2002).

“Posteriormente, entre 1998 y 2000, el crecimiento en la cobertura disminuyó su dinamismo como resultado de varios factores: a) la caída en el número de afiliados cotizantes por efecto de la crisis económica; b) la caída del recaudo real del régimen contributivo que a su vez afectó los recursos de solidaridad del régimen subsidiado; c) la no inclusión en el Presupuesto General de la Nación de la totalidad de los recursos disponibles en la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA); d) la transformación, aún insuficiente, de los subsidios de oferta a demanda, ocasionada, en parte, por un gasto hospitalario creciente e ineficiente; y e) la evasión y elusión de aportes al sistema”¹⁶⁵.

Posteriormente, la cobertura en términos de afiliación a los regímenes de aseguramiento repuntó así:

Régimen de Aseguramiento en Salud	Población Afiliada 2006	Población Afiliada 2009	Población Afiliada 2014
Régimen Subsidiado	20.125.263	23.882.314	22.710.496
Régimen Contributivo	16.352.751	18.062.855	20.088.154
Regímenes exceptuados			385.687
Total de Afiliados:	36.478.014	41.945.169	43.184.337
Población Colombiana:	43.405.956	44.978.832	47.661.787
Porcentaje de afiliación:	84%	93,2%	90,6%

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social y Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE¹⁶⁶.

El porcentaje de población no afiliada resulta indeterminada y corresponde o a población flotante que se afilia o desafilia de los regímenes de aseguramiento, o a población pobre sin cobertura de aseguramiento, que sigue siendo atendida por la red pública hospitalaria.

Por supuesto, resulta insuficiente asumir que la cobertura en salud se mide solamente por la afiliación a los regímenes de aseguramiento. Según el Estado Colombiano la cobertura tiene tres dimensiones: “La primera dimensión hace

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE (2016).

referencia a la proporción de la población cubierta (afiliada), la segunda dimensión al conjunto de los servicios de salud cubiertos, y la tercera dimensión correspondiente a la protección financiera para que el gasto de bolsillo relacionado con la prestación de servicios de salud no ponga en riesgo la economía de las familias¹⁶⁷”.

Sin embargo, esa ampliación en los criterios de cobertura que actualmente hace el Estado se queda corta al no considerar la cobertura también en términos de oportunidad y calidad, de suerte que puede existir afiliación, el servicio demandado puede estar amparado en el plan de beneficios y pueden existir disponibilidad de recursos financieros, pero si el servicio no es oportuno y no cumple con los mínimos requerimientos de calidad, esa cobertura es formal y nugatoria del derecho a la salud de la población.

Por supuesto, en procura de hacer que el sistema sea sostenible y considerando que involucra actores privados que legítimamente puedan procurar utilidades o excedentes, el usuario ha visto restringido los servicios de salud con barreras de acceso que tampoco han sido objeto de vigilancia eficaz, por la falta de capacidad en el control.

Por otro lado, persisten deficiencias en los sistemas de información, que permiten la doble o múltiple afiliación de los usuarios o la afiliación de población inexistente (particularmente en el régimen subsidiado), con el consecuente e indebido giro de unidades de pago por capitación a las aseguradoras.

Respecto de los prestadores de servicios de salud, privados y particularmente los públicos, precisa advertir que la fortaleza en el aseguramiento y por lo mismo, el empoderamiento de las entidades promotoras de salud, ha mermado la capacidad de negociación de esos prestadores, muchas veces sometidos a los precios y condiciones que impongan las entidades aseguradoras. Adicionalmente,

¹⁶⁷ Departamento Nacional de Planeación (2014: 251).

existe una significativa demora en el pago de cuentas a los prestadores por parte de los aseguradores, amparada en supuestos ejercicios de auditoría, muchas veces por glosas formales y no sustantivas. Así mismo, la demora se da por cláusulas contractuales que prevén tiempos extensos para los pagos, que en la práctica suponen un financiamiento de los aseguradores, con cargo al retraso en el pago a los prestadores.

Ni la Nación, ni las entidades territoriales, ni las entidades descentralizadas de control han actuado decididamente, siendo permisivos de esa crítica situación de liquidez que afecta a los prestadores de servicios de salud.

Ahora bien, como se precisó en el Plan Nacional de Desarrollo vigente 2014 – 2018, la cobertura universal del aseguramiento en salud, “es fundamental para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de forma continua y sostenible. Para tal efecto, se requiere cerrar las brechas de cobertura para ciertos grupos de población que presentan dificultades para la afiliación en salud, avanzar en el fortalecimiento del aseguramiento en términos de la operación de la afiliación, la competencia entre aseguradores y las capacidades transaccionales y realizar los arreglos institucionales necesarios para eliminar la fragmentación del aseguramiento”¹⁶⁸.

Por medio estrategias de manejo de información de registro público, el Estado Colombiano tiene como propósito lograr la afiliación plena de la población, y eliminar las diferencias de atención y cobertura entre los dos regímenes de aseguramiento en salud.

En cuanto a salud pública, las cifras disponibles muestran dos tendencias contrapuestas. De una parte, la mortalidad infantil y la atención y el cuidado prenatal presentan progresos evidentes con posterioridad a la aprobación de la Ley 100 de 1993 y hasta el día de hoy, considerando una mayor inmediatez en

¹⁶⁸ *Ibidem*.

la prestación de los servicios a la población. Sin embargo, cayeron las coberturas de vacunación (en particular, las coberturas del programa ampliado de inmunización - PAI) y decreció la prevención de enfermedades propagadas por vectores.

Al respecto, sintetiza Carlos Yepes: "son muchos los indicadores que dan cuenta de la situación de salud actual. Por mencionar sólo algunos, se ha reportado un aumento en el número de casos de enfermedades transmitidas por vectores, un preocupante descenso en coberturas de vacunación, un aumento de la mortalidad materna, y el sistemático descenso en la programación y ejecución de acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. A lo anterior se suma el incumplimiento en las acciones de vigilancia epidemiológica y el gran deterioro del saneamiento básico, reflejado en coberturas insuficientes de acueducto y alcantarillado, además de la disposición inadecuada de los residuos sólidos"¹⁶⁹.

Es claro que una cobertura integral y universal, con una adecuada promoción de la salud, por medio de acciones individuales y de salud pública, permite un consistente ahorro en recursos públicos, que se destinarían a la atención de condiciones de salud crónicas y de alto costo; así mismo, redundaría en una mayor productividad de la población.

Por eso, una adecuada salud pública y el amparo eficiente del derecho a la salud por parte del Estado, son herramientas que permiten "alcanzar la equidad y el desarrollo humano sostenible, afectando positivamente los determinantes sociales de la salud y mitigando los impactos de la carga de enfermedad sobre los años de vida saludables"¹⁷⁰.

Por supuesto, ese objetivo requiere del compromiso de todos los organismos del Estado y de los particulares involucrados con la prestación del servicio público

¹⁶⁹ Ministerio de la Protección Social. (2004: 5-6). Citado por Yepes Delgado, Carlos. (2006: 102).

¹⁷⁰ Ministerio de Salud y Protección Social. (2013: 85).

esencial, seas cuales fuere las responsabilidades públicas asignadas. No obstante, para lograrlo, se requiere: "1) aumentar el acceso efectivo a los servicios y mejorar la calidad en la atención; 2) mejorar las condiciones de salud de la población y reducir las brechas de resultados en salud; 3) recuperar la confianza y la legitimidad en el sistema; y, 4) asegurar la sostenibilidad financiera del sistema de salud en condiciones de eficiencia"¹⁷¹.

4.3.2 Efectos Negativos en la Institucionalidad

El sistema de salud ha pretendido la autosuficiencia a través de la contribución de quienes tienen capacidad de pago, y del subsidio con cargo a los excedentes de la contribución, los recursos de monopolios rentísticos cedidos y los recursos de transferencias. No obstante, como ya se enunció, el costo social de esa autosuficiencia ha sido alto, por las barreras de acceso que se han generado a los usuarios cuando requieren servicios de salud, por las estrategias de evasión en los pagos parafiscales y por la corrupción, en gran parte coonestada por la complejidad del sistema, por las deficiencias en los sistemas de información y de control.

Desde una visión de sostenibilidad empresarial, especialmente de las aseguradoras y de los prestadores de naturaleza pública, el sistema ha evidenciado su ineficacia considerando que la gran mayoría de esas instituciones se han liquidado.

Entre otras, se liquidaron las siguientes aseguradoras públicas: EPS Barranquilla Sana, EPS Risaralda, EPS Caldas, Cajanal EPS, Fonprecon EPS, EPS Calisalud, EPS Capresoca (régimen contributivo), ARS Comcaja, Cajanal EPS, y las dos principales aseguradoras públicas, el Instituto de Seguros Sociales y Caprecom EPS. Entre otras, se liquidaron las siguientes EPS privadas: Unimec EPS y

¹⁷¹ Departamento Nacional de Planeación (2014: 251).

Saludcoop EPS, la mayor aseguradora del País, con más de cuatro millones de afiliados.

Tratándose de prestadores se liquidaron todas las Empresas Sociales del Estado del orden Nacional y, en el nivel territorial, la crisis financiera llevó al cierre o refundación (con cuantiosas pérdidas para el Estado) de los más grandes hospitales del Caribe (incluyendo el Hospital General de Barranquilla, el Hospital Universitario de Barranquilla y el Hospital Universitario de Cartagena) y de gran parte de hospitales del País (sobresalen por su gran dimensión y por el cuantioso giro de recursos que se requirieron para mantenerlos en operación, el Hospital Universitario del Valle, el Hospital General de Santander y los hospitales de los Departamentos de Boyacá, Cauca y Chocó, este último en liquidación).

Particular atención merece el Instituto de Seguros Sociales con más de sesenta años de existencia, al que ya nos hemos referido en esta investigación y que otrora fue el mayor asegurador público. El Instituto no pudo soportar la eficiencia y minimización de costos que demandaba el sistema, y alimentó un déficit permanente que para el año 2005 llegó a superar los seiscientos millones de euros. Para el año 2000 los pasivos superaban los activos en un 45% y para el 2005 los pasivos superaban los activos en un escandaloso 84.4%¹⁷².

Sobre el particular, la Presidencia de la República señaló: "El ISS presenta gastos insostenibles, así como insuficiencia en los sistemas de información y control que afectan el recaudo por afiliaciones y favorecen los sobrecostos en la prestación de los servicios de salud y en la facturación de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) propias y contratadas. Estos problemas no sólo hacen inviable la operación del ISS, sino que afectan el mercado de aseguramiento, la situación financiera de su red de prestadores y la garantía en la prestación de los servicios a los afiliados"¹⁷³.

¹⁷² Consejo Nacional de Política Económica y Social (2007).

¹⁷³ Presidencia de la República de Colombia. (2002).

En segundo lugar, el Instituto se liquidó debido a la creciente burocracia motivada por presiones clientelistas y a la presencia de fenómenos de corrupción.

A manera de ejemplo, un ex Presidente del Instituto de Seguros Sociales de nombre Guillermo Fino Serrano fue condenado por lavado de activos y además en el año 2002 recibió coimas por cuatro mil millones de pesos a cambio de la adjudicación de contratos por valores cercanos a los cuarenta mil millones de pesos, con el objeto de prestar servicios de diálisis a pacientes con enfermedades renales crónicas¹⁷⁴.

Esas dramáticas debilidades terminaron en la revocatoria de la autorización como Entidad Promotora de Salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud¹⁷⁵ y en su liquidación.

4.3.3 Efectos Económicos y Administrativos Negativos

Desde el punto de vista fiscal, el gasto en salud ha crecido de 3.5% del presupuesto general de la Nación en 1993, 4.5% en el año 2000, 6% en el 2007 y 9,63% en el 2016. Ese incremento no necesariamente se ha visto reflejado en mejor calidad del servicio para la población o en saneamiento fiscal de las instituciones y actores de la salud. Por el contrario, se siguen presentando problemas financieros en el régimen contributivo, en el subsidiado y en los prestadores de los servicios.

Concordante con esta aseveración, desde el año 2002 la Presidencia de la República viene advirtiendo sobre algo que aún está vigente: "Los principales problemas del régimen contributivo tienen que ver con los altos niveles de evasión y elusión (cercaos a 36%) y las deficiencias en los mecanismos de recaudo. Adicionalmente, la crisis económica ocasionó una caída en el número de cotizantes y un aumento en la densidad familiar. El régimen subsidiado

¹⁷⁴ Procuraduría General de la Nación (2006).

¹⁷⁵ Resoluciones 028 y 263 de 2007, Superintendencia Nacional de Salud.

también ha sido afectado por la crisis, lo que ha limitado la ampliación de la cobertura y puesto en peligro la sostenibilidad del mismo. Igualmente, la asignación del gasto, que muchas veces privilegia el gasto institucional de los hospitales públicos, ha afectado las metas de ampliación de cobertura”¹⁷⁶.

Existe un dilema relacionado con los recursos. Por una parte, se pretende la cobertura universal de la población, con servicios integrales y de óptima calidad. Por otra, cada día se requieren más recursos para lograr la cobertura universal, la integralidad y la calidad. Así, ante el permanente propósito de ajuste fiscal, la política de prestación de servicios parece analizar si prioriza la cobertura con unos servicios mínimos garantizados (sacrifica costos en los contenidos de la cobertura), o si prioriza los contenidos del plan de beneficios y aligera la cobertura universal de la población.

En Colombia, la Ley 100 de 1993 ordena el aseguramiento de toda la población, de manera que, en principio, está saldado el dilema en favor de la afiliación de la población, con unos mínimos de prestaciones asistenciales aseguradas.

Por supuesto, si bien hoy se ha logrado una afiliación cercana al ciento por ciento de la población, con la situación macroeconómica actual, no ha sido posible ajustar positivamente la calidad en los servicios y aumentar eficazmente los contenidos del plan obligatorio de salud, por lo que, se percibe un sistema decadente y en permanente crisis.

Adicionalmente, mientras que el régimen subsidiado crece no sucede lo mismo con el régimen contributivo, principalmente por las dificultades en la generación de empleo, lo que tiene relación directa con la tendencia de los procesos de reestructuración productiva de la economía, con el objeto de hacer frente a los retos y demandas de la globalización, y a la implementación de cambios tecnológicos intensivos en capital y ahorradores de mano de obra, especialmente

¹⁷⁶ Presidencia de la República (2002).

no calificada¹⁷⁷. Esa dificultad afecta grandemente el aseguramiento en salud, desincentiva la afiliación al régimen contributivo y genera mayor presión económica en el sistema de salud.

Especial atención merece el caso de los trabajadores informales, independientes o por cuenta propia, quienes no solo hacen un mayor esfuerzo financiero para afiliarse al sistema, sino que son obligados tributariamente a hacerlo, exponiéndose a sanciones por el no pago de aportes parafiscales en salud, pensiones y riesgos laborales. La situación para esta población es realmente preocupante y sobre ellos se han adoptado medidas arbitrarias como la fijación de un pago sobre un ingreso presunto mínimo, indistintamente del ingreso real¹⁷⁸; en la práctica, esa población trata de afiliarse por el ingreso mínimo o está por fuera del sistema de aseguramiento o se expone a permanentes sanciones tributarias, como lo acabamos de mencionar.

En el sistema en salud concurren agentes privados (con ánimo o sin ánimo de lucro) y agentes del Estado, que compiten y en teoría se someten a dinámica de competencia y mercado. Sin embargo, la falta de control no ha permitido resultados adecuados en la autorregulación del mercado y, por el contrario, el usuario no percibe mejoras en la calidad de la atención, mientras que las pérdidas de los agentes de salud públicos han crecido y existen datos certeros sobre administración inadecuada de los recursos públicos de la salud, por parte de los agentes privados.

En el balance de la descentralización y privatización los efectos más negativos para el sistema de salud los han soportado, en mayor medida, las entidades territoriales.

Los recursos de la salud han sido presa de los intereses políticos, la corrupción, el despilfarro, la ineficiencia y el clientelismo. Mario Hernández da cuenta de

¹⁷⁷ Ramírez, Juan M. (2000).

¹⁷⁸ Restrepo, Jairo y Salazar, Verónica. (2001).

algunas es estas consecuencias indeseadas para el sistema de salud, afirmando con razón que, "los líderes políticos regionales, han fortalecido sus bases políticas a través del clientelismo tradicional, gracias a los recursos del régimen subsidiado"¹⁷⁹.

Existen voces que defienden el esquema de aseguramiento y "con frecuencia acuden a la palabra 'intermediación' para referirse de manera despectiva a la EPS y ARS (EPS del régimen subsidiado), como si la palabra indicara que el hecho de ser intermediarios les restara importancia en la cadena de valor del sector salud"¹⁸⁰.

Desde el punto de vista de la privatización, particularmente del papel de intermediación de las entidades promotoras de salud, se dice que, particularmente en el régimen subsidiado, "el subsidio a la demanda puede ser más funcional a las antiguas prácticas clientelistas y a la corrupción administrativa que el viejo subsidio a la oferta"¹⁸¹. Lo anterior, en la medida que la afiliación y el manejo de la información están sometidas al poder de los dirigentes políticos territoriales, quienes en muchas oportunidades han adoptado decisiones orientadas por el clientelismo y la politiquería.

Otro resultado negativo de la mala descentralización del sistema de salud consiste en la respuesta ineficaz de las entidades territoriales, en relación con la participación de grupos armados ilegales en muchas zonas del territorio nacional que, como los paramilitares, la guerrilla y narcotraficantes, han manejado, asignado y usufructuado los recursos del régimen subsidiado, a través de entidades promotoras de salud que de manera voluntaria o forzosa han seguido sus intereses. "La guerrilla, los paramilitares y los narcotraficantes, mediante la conquista de los poderes locales usufructúan las funciones y recursos

¹⁷⁹ Hernández Álvarez, Mario. (2005 183-184).

¹⁸⁰ Castaño Yepes, Ramón. (2004 b: 44).

¹⁸¹ *Ibidem* (185).

descentralizados y se legitiman a través del manejo, presión y apropiación sobre tales recursos y funciones del Estado”¹⁸².

En el balance actual de la descentralización, se afirma todavía que el déficit fiscal es creciente por las siguientes razones primordiales:

- a. Los gastos para las funciones descentralizadas van en aumento y no generan ahorros en igual proporción que en el nivel nacional.
- b. Las transferencias se han mantenido y no disminuyen, por la poca generación de recursos de las entidades territoriales.
- c. El sostenimiento de múltiples instituciones que intermedian entre la generación del recurso hasta su ejecución, y la consecuente multiplicación de gastos de administración. Los recursos de salud pasan cuanto menos por la Nación, las entidades territoriales, los aseguradores y los prestadores, cada uno con una institucionalidad y una administración que demanda costos.
- d. Prácticas de corrupción en el aseguramiento y la prestación, y en el Sistema de Identificación de Beneficiarios de Subsidios Sociales (SISBEN).
- e. Con el régimen subsidiado se pretendió solucionar la falta de cobertura que tenían las entidades territoriales respecto de su población vulnerable, mediante un modelo de economía de escala, que permitiera disminuir los costos de la atención, en beneficio de la calidad. Sin embargo, debido a la falta de control sobre los contenidos reales de la atención que se brinda, un buen porcentaje de la población continúa con un acceso extremadamente limitado a los servicios más esenciales, aun estando afiliados al régimen subsidiado.

Es indispensable el mejoramiento en el control. Se ha evidenciado la escasa inspección periódica a los resultados financieros de las Entidades Promotoras de Salud y tanto los revisores fiscales como los contadores pareciera fueran los

¹⁸² Restrepo, Darío I. (2001: 372).

mismos que ofrecen sus servicios a gran parte de esas empresas. Así, la realidad financiera de estas entidades no es la mejor y la pérdida de recursos no se detecta y no se denuncia.

El caso de los hospitales públicos (ESE) no es muy distinto, teniendo en cuenta que se deben orientar por la racionalidad económica y la sostenibilidad. A estas instituciones les ha tocado gestionar su supervivencia, "con el agravante que su manejo puede ser influido por factores políticos o de conveniencia gubernamental más que por situaciones de necesidad institucional verdadera, si se tiene en cuenta que no hay fuentes financieras adicionales, la posibilidad de aumento de la cobertura disminuyendo la población vinculada, es poco factible"¹⁸³.

Por otro lado, el axioma de libre elección en salud no opera adecuadamente en Colombia, bien sea por los límites que el mismo Estado pone a esa libre elección o bien porque pareciera que no hubiera mejores opciones, y que todas las aseguradoras y prestadores fueran iguales.

4.3.4 Otros Efectos Negativos Relevantes

A pesar de los avances en el aseguramiento reflejados en una mayor cobertura y en el acceso a servicios individuales de salud por un mayor número de población, además de la ampliación de los recursos financieros y la disponibilidad de mayores recursos humanos y materiales en los prestadores, existe un contraste con los exiguos impactos en la calidad y en la salud pública.

"Al parecer el excesivo énfasis en el aseguramiento individual y en la descentralización hicieron perder al Ministerio de Salud el norte sobre su responsabilidad central a saber: la de mantener los programas de beneficio colectivo y salud pública"¹⁸⁴ y la de preservar la calidad.

¹⁸³ Tafur, Luis Alberto. (1996: 45).

¹⁸⁴ Jaramillo Pérez, Iván. (2001: 100).

Otra disfuncionalidad del sistema es la relativa al mejoramiento de las condiciones laborales y económicas de quienes fungen como administradores y aseguradores, y el paradójico detrimento de los salarios y pagos a los profesionales de la salud, quienes han sido absorbidos por las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud que prestan servicios en el sistema, lo que hizo prácticamente que desapareciera el ejercicio liberal de la profesión.

Por otro lado, de poco o nada ha servido la descentralización de las funciones de control a cargo de los niveles intermedios y territoriales de gobierno o en el propio nivel central. Las Direcciones y Consejos Territoriales (Departamentales y Municipales) de Seguridad Social en Salud son inoperantes en la práctica, lo que ha dado al traste con la mentada participación y democratización de la prestación del servicio.

Ahora bien, el sistema de salud creó múltiples instituciones en procura de diversificar las responsabilidades, pero no fortaleció realmente la vigilancia. "No es por carencia de una adecuada estructura institucional -entendida ésta como las entidades que la conforman y las disposiciones que las rigen- lo que impide su adecuado funcionamiento. Es en la administración, en los procedimientos, en el recaudo y en el uso de los recursos, en la paupérrima información y, desde luego en la indebida intromisión de la politiquería, donde se deben buscar las verdaderas causas del caos. La práctica de una buena gerencia pública, tantas veces presentada como la solución, no es la pauta de comportamiento dentro del sistema"¹⁸⁵.

La poca eficiencia de la Superintendencia Nacional de Salud y de los órganos de control territoriales en el control sobre los prestadores, aseguradores y sobre las mismas entidades territoriales, ha generado que existan mentados casos de corrupción, la mayoría de altísimas proporciones, pero paradójicamente sin

¹⁸⁵ Rosas Vega, Gabriel. (2004: 37).

consecuencias. No hay mejoras en el control y en la práctica se sigue presentando la deleznable corrupción; al mismo tiempo, no existen mecanismos coactivos reales que obliguen a adoptar las recomendaciones de mejora continua, control sobre procesos y programas de transparencia.

Mucho menos existen incentivos para que sobresalgan experiencias y ejemplos de correcto desempeño organizacional, condición que pueden tener unas cuantas instituciones prestadoras y aseguradoras.

La actuación en procura de mejores resultados debe ser propiciada por el diseño de un marco normativo ajustado a la realidad, con base en esquema de control *ex ante*, pero con solidez en el control posterior.

Ahora bien, el rol regulador del Estado en la prestación del servicio esencial de seguridad social en salud y el consecuente traspaso, ya sea de la administración, financiación, aseguramiento o prestación del servicio al sector privado, no se puede justificar con el dogma de que lo público es ineficiente *per se* y lo privado inmanentemente eficiente.

La Constitución Política de Colombia prescribió a la salud como un servicio público esencial al que tienen derecho todos los habitantes, siendo un deber del Estado proveer el servicio. Por consiguiente, no basta con regular el sistema y asignar funciones de control, sino que por cualquier medio es imperativo que el Estado garantice el servicio.

5. REFORMA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

El Sistema General de Seguridad Social en Colombia creado en el año 1993 generó una verdadera revolución en cobertura y, teóricamente, permitió mayor especialización en la atención en salud. Sin embargo, la descentralización que lo

caracterizó, la confianza en la administración privada y la complejidad en el manejo del sistema ha requerido de fortalezas en el control que desafortunadamente no han existido.

Por el contrario, al mismo tiempo que los actores de aseguramiento crecen en cobertura y en capacidad económica, y que se reorganizan las instituciones prestadoras de servicios de salud, han crecido exponencialmente los fenómenos de corrupción. Así, por ejemplo, en el régimen subsidiado la manipulación política se constituyó en un fenómeno recurrente, presentando selección indebida de los beneficiarios de los subsidios, pérdida de cuantiosos recursos de los subsidios, asignación de subsidios a personas inexistentes, creación y liquidación de aseguradores con mínima capacidad operativa y financiera y, por si fuera poco, inclusión de grupos armados al margen de la ley en la administración del aseguramiento¹⁸⁶.

Esa descripción somera es apenas un reflejo de la difícil realidad que ha pretendido conjurarse con una serie de reformas legales, particularmente relacionadas con mayor transparencia y eficacia en el flujo de información y recursos, evaluación y fortalecimiento del control, contenidas entre otras en las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011. De igual forma se han sancionado normas tendientes a desestimular la corrupción como la ley 1474 de 2011 y mejorar la eficiencia en los trámites en el sistema de salud como el Decreto-ley 019 de 2012. Por último, se promulgó la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud que, en desarrollo de las instrucciones proferidas por la Corte Constitucional, reguló el ahora derecho fundamental y la forma general como deben hacerse efectivas las prestaciones sanitarias.

¹⁸⁶ Durante el periodo 1998 a 2008 se liquidaron 118 aseguradoras del régimen subsidiado y se perdieron recursos por más de 1.5 billones de pesos. Al respecto, se pueden consultar los informes de gestión de la Superintendencia Nacional de Salud por los años 1998 a 2008, rendidos ante la Contraloría General de la República.

5.1 Principales Reformas

A continuación, enunciaremos algunas de las principales temáticas de las reformas al sistema general de seguridad social en salud en Colombia, contenidas en las Leyes 1122 de 2007 y en la Ley 1438 de 2011¹⁸⁷. La evaluación de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria de Salud, se hace en varios capítulos de la investigación, por tratarse de la regulación normativa superior al derecho fundamental.

5.1.1 Dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud

En cuanto a dirección y regulación las reformas se han centrado en lo siguiente:

a. Evaluación por resultados. El Estado define mecanismos, periodicidad y procedimientos a través de indicadores de gestión y resultados en salud y bienestar para los actores del sistema. Esa medición está dirigida a Entidades Territoriales, Direcciones Territoriales de Salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, incluidas las aseguradoras, e instituciones prestadoras de servicios de salud públicas y privadas.

b. Creación y posterior supresión de la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Se trató de una entidad creada por el legislador con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio Salud y Protección Social, a la que se le encargaron las siguientes funciones:

- Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
- Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

¹⁸⁷ Ley 1122 de 2007. Diario Oficial 46.506 de 9 de enero de 2007, y Ley 1438 de 2011, Diario Oficial 47.957 de 19 de enero de 2011. República de Colombia.

- Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no aprobaba un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementaría automáticamente en la inflación causada.
- Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.
- Definir los criterios para establecer los pagos moderadores.
- Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.
- Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.
- Presentar ante al Congreso de la República, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.
- Recomendar proyectos de ley o decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

La Comisión de Regulación en Salud (CRES) fue suprimida posteriormente, pero sus funciones persisten y fueron asumidas directamente por el Ministerio de Salud y Protección Social.

5.1.2 Financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud

En materia financiera, las reformas más relevantes han versado sobre los siguientes asuntos:

- Ampliación de la cobertura en salud. Propósito legal de lograr la cobertura universal de aseguramiento para las personas pobres y vulnerables, afiliándolas a todas al régimen subsidiado.
- Aumento de la solidaridad del régimen contributivo con destino al régimen subsidiado. Se incrementó en un 0.5% el monto de la cotización para el régimen contributivo a partir del primero de enero de 2007, quedando en 12.5% del Ingreso Base de Cotización (IBC), base que no puede ser inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (SMLMV). El aporte del empleador por trabajador debe ser del 8.5% y del empleado de 4%. Los trabajadores independientes deben cotizar el 12.5% del IBC. El incremento de 0.5% en el régimen contributivo está destinado a crecer el porcentaje de solidaridad a trasladar al FOSYGA que quedó en 1.5% de la cotización en el régimen contributivo.
- Recursos del régimen subsidiado. Transformación progresiva del 56% (2007) hasta el 65% (2009) de los recursos del sistema general de participación en salud. "El porcentaje restante se destinará, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública"¹⁸⁸.
- Inversión del 25% de las rentas cedidas a partir del 2009. Se asignará mínimo el 25% de las rentas cedidas o porcentaje mayor, para la salud del régimen subsidiado en los departamentos y el Distrito Capital.
- Saneamiento de cartera. Pago de deudas del Régimen Subsidiado con recursos no comprometidos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) y del Fondo Nacional de Regalías.
- Pago de deudas de atención a población pobre no asegurada. De los excedentes de la Subcuenta ECAT (FOSYGA), acumulados a diciembre 31 de 2005 y mecanismos de giro directo y pago de deudas posteriores.

¹⁸⁸ Ley 1438 de 2011. República de Colombia.

- Flujo de Recursos. Se señala la organización de fondos territoriales para la salud y la obligatoriedad de cuentas maestras para los recursos de régimen subsidiado, población pobre no asegurada y salud pública. Así mismo, se determinan los plazos de los siguientes desembolsos: pagos de entidades territoriales a EPS en bimestre anticipado, pagos del 100% anticipado en contratos por capitación, pago anticipado del 50% del valor de la factura en otras modalidades de pago y 50% restante dentro de los 30 días siguientes, si no se presentan glosas. Giro directo de recursos del sistema general de participación destinados a régimen subsidiado, población pobre no asegurada y salud pública, si algún actor del Sistema incumple con los tiempos.
- Organización del aseguramiento. Se incluyen aspectos de administración del riesgo financiero, gestión del riesgo de la salud, articulación de los servicios de salud para el acceso efectivo, calidad y cumplimiento del asegurador (EPS y EPS del régimen subsidiado) de las obligaciones dispuestas en el POS.
- Otros contenidos. Regulación de la integración vertical. Límites a la contratación de prestadores por parte de los aseguradores en el Régimen Subsidiado y contributivo y prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda.

5.1.3 Regulación en la Prestación de Servicios de Salud

Se señalan entre otras cosas, los requisitos y el procedimiento para la habilitación de IPS, las medidas para evitar la selección adversa, el diseño de un sistema de clasificación de IPS con base en los indicadores de un sistema obligatorio de garantía de calidad. Así mismo se contempla la posibilidad de certificar a los municipios capitales de departamentos, para el manejo autónomo de los recursos destinados a la salud y el tema de la telemedicina.

5.1. Plan Decenal de Salud Pública

Las normas evidencian una evolución inicialmente de un Plan de Atención Básica a un Plan Nacional de Salud Pública para cada cuatrienio (que formaba parte del Plan Nacional de Desarrollo) y finalmente al plan Decenal de Salud Pública. Este último, hoy vigente, debe contener las líneas estratégicas de Promoción de la salud y la calidad de vida, protección y prevención de los riesgos en salud pública, recuperación y mitigación de los daños en salud y fortalecimiento institucional para la gestión integral en salud pública.

5.1.5 Inspección, Vigilancia y Control

La Ley 100 de 1993 reasignó y estructuró las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, como máximo órgano de inspección, vigilancia y control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 1122 de 2007 creó el subsistema de inspección, vigilancia y control y reiteró que la Superintendencia Nacional de Salud es el órgano rector de ese subsistema. En desarrollo de la ley, el Decreto 1018 de 2007 modificó y fortaleció la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud¹⁸⁹ en tres asuntos cardinales, a saber:

5.1.5.1 Objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud

Conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, Son objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud:

- Fijar las políticas de inspección, vigilancia y control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud.

¹⁸⁹ Decreto 1018 de 2007. Diario Oficial 46.586 de 30 de marzo de 2007.

- Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo.
- Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud.
- Velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud.
- Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud.
- Evitar que se produzca el abuso de la posición dominante dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Promover la participación ciudadana y establecer mecanismos de rendición de cuentas a la comunidad, que deberá efectuarse por lo menos una vez al año, por parte de los actores del Sistema.

5.1.5.2 Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud

Conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, Son objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud:

- Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993.
- Inspeccionar, vigilar y controlar que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que rigen a las actuaciones de los funcionarios del Estado, e imponer las sanciones a que haya lugar. En virtud de la misma potestad

mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las entidades territoriales de salud, cuando se evidencia la vulneración de dichos principios.

- Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia.

- Introducir mecanismos de autorregulación y solución alternativa de conflictos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Ejercer la competencia preferente de la inspección, vigilancia y control frente a sus vigilados, en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen inspección, vigilancia y control dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el ejercicio de la ética profesional, la adecuada relación médico paciente y el respeto de los actores del sistema por la dignidad de los pacientes y de los profesionales de la salud.

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

- Vigilar, inspeccionar y controlar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y aplicación del gasto social en salud por parte de las Entidades Territoriales.

- Vigilar que las Instituciones aseguradoras y prestadoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud adopten y apliquen dentro de un término no superior a seis (6) meses, un Código de conducta y de buen gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo y asegure la realización de los fines de la presente ley.

- Autorizar la constitución y/o habilitación y expedir el certificado de funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado.

5.1.5.3 Defensor del Usuario

Se trata de una institución que depende directamente de la Superintendencia Nacional de Salud, en coordinación con la Defensoría del Pueblo, que tiene la función de “ser vocero de los afiliados ante las respectivas EPS en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud”¹⁹⁰.

5.1.6 Fortalecimiento de las Condiciones de Oportunidad y Atención

La Ley 1438 de 2011 pretendió fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de la ampliación de los planes de beneficios, en procura de mejorar la atención primaria en salud. “Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del País, en un marco de sostenibilidad financiera”¹⁹¹.

La norma formuló un plan decenal de salud pública, como componente primordial de la atención primaria, fortaleciendo comisiones intersectoriales y los Consejos Territoriales en Salud, figura ya señalada por la ley 100. Así mismo, se planteó la creación del Observatorio Nacional de Salud como dependencia del Instituto Nacional de Salud (INS). La función general del Observatorio Nacional de Salud es la de monitorear los indicadores de salud pública, tales como:

- a. Prevalencia e incidencia en morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil.

¹⁹⁰ Ley 1122 de 2007. República de Colombia.

¹⁹¹ Ley 1438 de 2011, artículo 1º. República de Colombia.

- b. Incidencia de enfermedades de interés en salud pública.
- c. Incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo.
- d. Incidencia de enfermedades prevalentes transmisibles incluyendo las inmunoprevenibles.

La Ley 1438 de 2011 incluyó reformas atinentes a la financiación de los programas de salud pública, promoción y prevención, en el marco de la estrategia de atención primaria en salud. Los recursos asignados para ese cometido son los mencionados por la ley 715 de 2001, la ley 100 de 1993, la ley 1122 de 2007 y demás que reglamentan los destinos de los dineros públicos para el sector primario en salud.

Se reiteró formalmente la desconcentración y coordinación de la inspección, vigilancia y control desde la Superintendencia Nacional de Salud hacia los niveles regionales y distrital, entidad a la que se le asignó la función de implementar “procedimientos participativos que permitan la operación del sistema de forma articulada, vinculando las personerías, la Defensoría del Pueblo, las contralorías y otras entidades u organismos que cumplan funciones de control”¹⁹².

Sin embargo, en la práctica esa articulación no existe, de manera que el control territorial es lejano respecto del nivel central de control y no existen políticas ni condiciones reales de articulación.

La Ley 1438 de 2011, en teoría, fortaleció el Sistema General de Seguridad Social en Salud en las condiciones de prestación y oportunidad, buscando prevenir que los recursos de la salud se destinaran a otras finalidades por parte de los aseguradores.

¹⁹² Ley 1438 de 2011, artículo 118. República de Colombia.

Así, además de ampliar a diez (10) años el espectro de la planeación en salud pública se previeron disposiciones dirigidas a mejorar la atención primaria, se promulgaron normas de protección a menores de edad y poblaciones desprotegidas, se establecieron límites a gastos administrativos de las EPS (máximo el 10%), se precisaron condiciones sobre "portabilidad en la afiliación", de suerte que las aseguradoras deberían garantizar la prestación en todo el territorio nacional y no sólo en lugares de domicilio; se precisaron reglas de contratación entre los aseguradores y las instituciones prestadoras, limitando la capitación para no trasladar el aseguramiento; y se establecieron normas de saneamiento y fortalecimiento de hospitales públicos.

5.1.7 Perspectivas actuales de reforma

A pesar de las disposiciones técnicas que han constituido y reformado el sistema de salud, en la práctica la prestación ha sido ineficiente y la percepción de desprotección de los ciudadanos llega a proporciones insospechadas.

A través de cientos de normas reglamentarias (Decretos, Resoluciones, Circulares, Instrucciones) se han tratado de superar las fisuras del ordenamiento legal, de suerte que hoy por hoy, nadie sabe a ciencia cierta cuales y cuantas normas reglamentarias están vigentes y reglamentan las disposiciones del sistema de salud.

Adicionalmente, los responsables del aseguramiento y de la prestación han adoptado formas y requisitos que entorpecen la oportunidad, por lo que resulta indolente la forma en que los ciudadanos tienen que someterse a filas, trabas documentales y esperas interminables, a veces de meses, a efectos de obtener una consulta inicial con un médico general, para luego someterse a las mismas vicisitudes respecto de especialistas o exámenes diagnósticos.

Ni que decir de la entrega de medicamentos, los procedimientos ambulatorios y las hospitalizaciones, cuya práctica está caracterizada por la falta de oportunidad y el alea de lograr su programación y realización.

La condición hospitalaria también es crítica, especialmente en la red pública y en las instituciones que prestan servicios a los afiliados al régimen contributivo y subsidiado, pues en gran cantidad de casos, no hay oportunidad, las condiciones de calidad son deficientes y la iliquidez es una constante.

Finalmente, se han evidenciado gravísimos casos de corrupción que denotan fisuras graves en la ética de los responsables del sistema. Se resalta que, por la relevancia del servicio, no es concebible que exista corrupción y pérdida de los sensibles y sagrados recursos destinados a la sanidad.

Por todo lo anterior, en la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, y en el Decreto Ley 019 de 2012, comúnmente denominado Ley Anti Trámites, se previeron disposiciones atinentes a la prestación de la salud, normas que constituyen herramientas legales pero que no han reflejado cambios sustantivos en el modo deficiente de prestación del servicio.

De forma sucinta, el objetivo de sendas normas se resume en los siguientes párrafos¹⁹³:

- Se reconoce normativamente que la corrupción es un hecho palmario en el funcionamiento del sistema de salud en Colombia, presente en la negligencia en la atención, en las argucias y demoras administrativas para lograr o aumentar utilidades, y en los desfalcos millonarios de los recursos destinados a los servicios sanitarios. De cualquier modo, la interrelación de las causas y consecuencias de la corrupción en salud, vulneran de manera diáfana el derecho y la prestación del servicio a cargo del Estado.

¹⁹³ Ministerio del Interior y de Justicia. (2011: 9-15).

- Se enumeran diferentes medidas tendientes al control preventivo, correctivo y sistemático en la Administración Pública y en la gestión de los recursos y funciones públicas que tiene algunos particulares.
- Con respecto al sistema de salud, el estatuto pretendió controlar los indebidos manejos de los recursos del FOSYGA, traducidos en los recobros de medicamentos con precios y cantidades muchos mayores a los de los laboratorios productores, así:
 - Se adopta un nuevo Sistema de Control y Vigilancia del Sector Salud. En este se obliga a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud a adoptar manuales de control para evitar fraudes; estos manuales deben contar con un capítulo especial orientado a regular la conducta de los directores, representantes legales o administradores de las mismas.
 - Se prohíbe que las entidades prestadoras del servicio de salud realicen donaciones a campañas políticas.
 - Los empleados o directores de entidades sometidas a la vigilancia de la Supersalud que omitan el cumplimiento de los mecanismos de control para ocultar actos de corrupción incurrirá en prisión de 38 a 128 meses.
 - Se crea el Sistema preventivo de prácticas riesgosas al sector salud, a través del cual se hará seguimiento a las conductas identificadas como corruptas, el cual emitirá alertas tempranas para actuar a tiempo.
 - Se establecen como causales de agravación punitiva que las conductas tengan relación con el sistema de seguridad social integral.
 - Se tipifican la especulación y el agiotaje sobre medicamentos o dispositivos médicos, la cual tendrá una pena entre 5 y 10 años de prisión y multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - Se establece como agravante punitivo el hecho de que el peculado se cometa frente a recursos de la salud”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

La Ley 1438 de 2011, en su artículo 138, previó la necesidad de simplificar los trámites para la atención en salud, ordenando al Gobierno a que, dentro de los doce (12) meses siguientes a la promulgación de la precitada Ley, adopte “un Sistema Único de Trámites en Salud que incluirá los procedimientos y formatos de la afiliación y el recaudo, así como de la autorización, registro, auditoría, facturación y pago de los servicios de salud”.

A partir de esta precondition legal, el Decreto-Ley 019 de 2012, comúnmente conocido como Ley anti trámites, profiere normas dirigidas a reducir y hacer más eficientes las gestiones, no sólo en el servicio de salud sino en todos los servicios a cargo del Estado; el objeto de esa norma “es hacer más expedita, amable y eficiente la prestación de servicios de trámites de los ciudadanos ante el estado y ante los particulares que cumplan funciones públicas”¹⁹⁵.

Los principios que rigen la ley anti trámites son la buena fe, la simplicidad y la celeridad en los procesos administrativos del Estado. Esta ley va dirigida a las instituciones públicas y entidades privadas que cumplan funciones públicas.

Respecto del servicio público esencial de seguridad social en salud, la norma anti trámites regula y limita algunas condiciones que, por lo general, entorpecen la normal y oportuna prestación.

Principalmente la norma pone un límite de tres (3) días para otorgar las citas de medicina general y de odontología; el trámite de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad lo debe realizar el empleador y no por el empleado; se suprime la exigencia de carnet, pudiéndose acceder a los servicios con el documento de identidad; se suprimen declaraciones extra juicio para tramites que se adelanten ante autoridades de seguridad social.

No obstante el esfuerzo del estatuto anticorrupción y de la norma anti trámites, la condición de la salud en Colombia es precaria y la corrupción no cede. Así,

¹⁹⁵ Decreto-Ley 019 de 2012. República de Colombia.

actualmente es absolutamente notorio el rechazo de toda la población en Colombia, a un sistema que se percibe favorable para los que hacen negocio con él, mas no para los usuarios.

TERCERA PARTE:
CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN
COLOMBIA

1. CONTEXTUALIZACIÓN Y FENÓMENOS DE CORRUPCIÓN

Como ya se ha mencionado, hasta antes del año 1991 en Colombia los servicios de salud se prestaban de manera directa a través del sistema hospitalario público. Adicionalmente existían un centenar de regímenes seguridad social organizados por los empleadores públicos y privados, un régimen de aseguramiento ilimitado en salud para trabajadores privados administrado por el instituto de seguros sociales, un subsistema de cajas de previsión social que cubrían las eventualidades en salud de diversos sectores públicos y finalmente, existían ofertas privadas de medicina prepagada y coberturas a través de seguros de vida.

La desagregación de formas de aseguramiento y prestación no compensaba la necesidad de cobertura de la población, al punto que para el año 1993, solamente un tercio de la población tenía un régimen de beneficios que garantizara su seguridad social en salud.

Bajo el enunciado de propender por una mejor prestación de los servicios de salud, en 1993 se propuso y estableció una reforma estructural al sistema de seguridad social integral, que incluye la prestación de los servicios de salud, seguridad social en pensiones y manejo de los riesgos profesionales.

Ya mencionamos que “actualmente, hay dos puntos de vista diferentes el anglosajón (de Beveridge), que pone más énfasis en la redistribución, cuyo objetivo principal es luchar contra la pobreza y garantizar cierto ingreso básico para la gente pobre; y el sistema continental (de Bismarck) cuyo objetivo principal es garantizar el mantenimiento del estándar de vida de los trabajadores que contribuyen al sistema, más en línea con un sistema de seguros”¹⁹⁶.

El sistema en Colombia tiene antecedentes en el enfoque continental o de Bismarck, en la medida que hace imperativa la afiliación de los trabajadores y de

¹⁹⁶ Etxezarreta, Miren (2004: 27).

quienes tengan capacidad de pago, pero al mismo tiempo es universal al obligarse la afiliación y cobertura para toda la población, aún de la que no tiene capacidad de pago por medio del régimen subsidiado, condición característica del enfoque de Beveridge.

En Colombia se entiende la seguridad social como un servicio público esencial de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, organización, coordinación, regulación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹⁹⁷.

Por referencia expresa del constituyente, el legislador estableció la organización integral de la seguridad social que involucra una afiliación y aseguramiento y que contiene el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos referidos a los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios¹⁹⁸.

Esta organización tiene el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de las personas con miras a obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan¹⁹⁹. En todo el desarrollo del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia es obligación del Estado procurar la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

Ya mencionamos a groso modo la estructura y el funcionamiento del sistema de salud colombiano.

¹⁹⁷ Constitución Política de Colombia, artículos 48, 49 y 365. Sentencias Corte Constitucional C- 616 de 2001 y C-130 de 2002.

¹⁹⁸ Ley 100 de 1993. República de Colombia.

¹⁹⁹ Ley 100 de 1993, artículos 1 y 2. República de Colombia.

Corresponde a este capítulo entender la génesis y el desarrollo de algunos fenómenos de corrupción que han afectado al sistema de salud, advirtiendo que el sistema es proclive a estas actividades ilícitas por los cuantiosos recursos que recauda y ejecuta, por las deficiencias en los sistemas de información, por la gran cantidad de disposiciones normativas (muchas contradictorias), por el considerable tipo y número de actores responsables de la administración, dirección, recaudo, aseguramiento y prestación del servicio en el sistema, y por la falta de control.

Como lo expresa el refrán: "hecha la ley, hecha la trampa". Los agentes de la corrupción, públicos y privados, presentes en la Administración Pública como servidores públicos, actores autorizados para desempeñarse en el sistema o contratistas privados se han acomodado a las estructuras de la regulación del sistema de salud, para defraudar los recursos de la sociedad, y simulando actuar legítimamente abren "boquetes" en las arterias por donde circulan los recursos públicos, y desangran los principales sectores a los que están dirigidos los fondos de la salud.

1.1 La Corrupción en Salud

La corrupción constituye un acontecimiento sensible en la estructura política, económica, jurídica, cultural, ética y sociológica actual.

El fenómeno de la corrupción toca todas las esferas de la acción humana, desde el ámbito público (instituciones públicas locales, regionales, nacionales, internacionales), pasando por el semipúblico o semiprivado (prestadores de servicios públicos, cooperativas, asociaciones, fundaciones y organizaciones civiles sin ánimo de lucro) hasta el privado (gremios, empresas, familias). La corrupción involucra una conducta y una valoración ética y normativa a efectos de concluir si la conducta se enmarca o no dentro de códigos sociales, culturales o normativos presentes en la sociedad, y si definitivamente causa un perjuicio.

Respecto del concepto, la palabra *corrupción* proviene de la acción de corromper, que significa "alterar o trastocar la forma de algo, echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo"²⁰⁰.

Ese significado general trasladado a conductas y comportamientos sociales, denota una acción tendiente a desnaturalizar el uso legítimo para el cual se han creado o diseñado algo, incluidas las instituciones públicas y privadas.

Tratándose de corrupción pública, implica comportamientos que se dirigen a desnaturalizar en beneficio de uno o unos cuantos, la destinación específica que se debe dar a los recursos e instituciones públicas.

Emmanuel Jiménez hace una síntesis de definiciones de corrupción que permiten una adecuada claridad en el concepto. En primer lugar, menciona que "la corrupción es el abuso del poder público en beneficio privado (Encyclopaedia of the Social Sciences)"²⁰¹. Posteriormente, cita al profesor Rivero Ortega, que define corrupción pública como aquella práctica irregular "de obtención de alguna ventaja económica para quien toma la decisión (o para otro sujeto vinculado a él) a costa del interés público y de la eficiencia administrativa"²⁰²; y a Sabán Godoy, quien define corrupción como la "utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido. En el caso de la corrupción pública, es sencillamente, la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional mencionado (art.103.1 CE)".²⁰³

Emmanuel Jiménez comparte la conclusión de Kjellberg, quien define la corrupción pública como "una quiebra de las normas legales (concepción jurídica) o de las normas éticas no escritas (concepción ética), pero con apoyo social

²⁰⁰ Definición, Real Academia Española. www.dle.rae.es.

²⁰¹ Jiménez Franco, Emmanuel. (2011: 202).

²⁰² Rivero Ortega, R. Instituciones Administrativas (62). Citado por Jiménez Franco, Emmanuel (2011: 202).

²⁰³ Sabán Godoy, A. (1991: 16).

generalizado (concepción sociológica), relativas a cómo se debe ejercer el servicio público, para proporcionar servicios o beneficios a ciertos grupos o ciudadanos de forma oculta (concepción política), con voluntad de ganancia directa o indirecta en mente (concepción económica)".²⁰⁴

En el trasfondo la corrupción tiene una marcada correlación entre la filosófica, la ética y lo jurídico, de manera que, en primer lugar, presupone un conocimiento de las cosas e instituciones mediante una identificación de su ser y de su naturaleza, para luego visualizar y exteriorizar un deber ser.

Tratándose de manejo de recursos públicos, se deben identificar cuáles son esos recursos públicos y qué los caracteriza (su ser y naturaleza), para luego, por medio de principios éticos (bases axiológicas generalmente aceptadas), concluir cómo deben manejarse esos recursos (deber ser).

Posteriormente opera lo jurídico, dimensión que se encarga de dar el carácter de bien jurídico o de interés público a esas cosas e instituciones, para luego hacer imperativo el cumplimiento de una acción positiva o negativa que los proteja (por ejemplo, cuidar, no robar, no dañar, etc.). Finalmente, en el marco de lo jurídico se generan consecuencias por el incumplimiento de ese principio positivo o negativo, en función del riesgo o daño causado, que pueden ser preventivas, sancionatorias o resarcitorias.

Por consiguiente, se presenta corrupción cuando hay acciones que desconocen y afectan la naturaleza del bien jurídico; o que incumplan la acción protectora, causando un riesgo o un daño. La corrupción es toda aquella conducta dirigida a desconocer o afectar la protección jurídica objetiva y general que se impone pública e imperativamente sobre un bien jurídico, causando riesgo o daño.

Desde el punto de vista psicológico y sociológico, lo anterior implica que el primer reflejo del comportamiento corrupto se produce en la psique del perpetrador que

²⁰⁴ Kjellberg, f. (2000).

obra gravemente contra natura; luego se afecta al colectivo que tarde o temprano percibe y vive las consecuencias de ese comportamiento, y finalmente hay (o por lo menos debe haber) una reacción jurídica que reproche la conducta, la prevenga y trate de remediarla.

Villoria hace un listado de cuatro tipos posibles de actividades corruptas, a saber: "Primero, aquellas que quiebran normas legales y cuyos resultados son beneficios directos para el político o burócrata correspondiente. Es este el supuesto más comúnmente entendido como corrupción: los sobornos y cohechos – bustarella en italiano, pot de vin en francés, kickback en inglés- o las malversaciones de fondos públicos. (...) segundo, aquellas que implican quiebra de normas legales, pero con beneficios indirectos para el corrupto" (apoyo a partidos políticos o a grupos de interés). "(...) Tercero, aquellas que implican quiebra de normas éticas socialmente aceptadas – al menos por las elites intelectuales-, con beneficio directo para el corrupto. Es el supuesto de ciertas informaciones no secretas, pero a las que se tiene acceso privilegiado, pasadas al amigo o utilizadas personalmente con beneficio tangible directo (...) Cuarto, aquellas que implican la quiebra de normas éticas socialmente aceptadas – al menos por ciertas élites-, pero con beneficio indirecto para el corrupto"²⁰⁵. Es el caso de la influencia en la promulgación normativa por parte de quienes financiaron campañas políticas o la influencia en la fijación de prioridades o formas de contratación, de manera que así los procesos contractuales se adjudiquen legítimamente, se benefician a grupos de interés.

En el sistema de salud colombiano, existen los cuatro tipos posibles de corrupción, en la medida que hay flagrantes desconocimientos normativos, con cuantiosas desviaciones de recursos en favor de unos particulares. También hay desconocimientos normativos en favor de intereses políticos; También hay uso legítimo (o abuso) de las normas de seguridad social y hay expedición de normas

²⁰⁵ Villoria M, Oset M. (2007: 22). Citado por Jiménez Franco, Emmanuel (2011: 202).

nuevas, que en realidad no representan beneficio para la prestación del servicio público, sino que generan un claro beneficio de intereses particulares

También hay corrupción cuando los recursos humanos, técnicos o financieros que hacen parte del sistema, se dedican a otras actividades o intereses distintos a la prestación del servicio. Por tanto, es corrupto un acto de apropiación de dineros públicos por parte de un funcionario, como también lo es la conducta pasiva del director de un centro de salud que, a pesar de contar con los recursos, tolera la ineficiencia del personal a su cargo o deja de prestar el servicio.

Suele pensarse que la corrupción es un fenómeno exclusivo de la Administración Pública y no de la gestión privada que, en muchos casos es tolerada y se suele identificar con "ventajas" mercantiles, civiles o contractuales. Cuando se trata de apropiaciones, hurtos, estafas o actos delictivos contra el patrimonio privado, se cree que, al margen de las consecuencias penales, su impacto es menor respecto de la corrupción pública, por afectar intereses privados que supuestamente no son tan relevantes para el interés público.

Quienes así piensan olvidan que la corrupción privada puede tener el mismo impacto que la corrupción pública, principalmente porque con mayor frecuencia los particulares asumen competencias que tradicionalmente estaban reservadas al Estado, porque se soslayan principios sociales relacionados con la transparencia que no pueden dejarse pasar por alto y porque los engaños, estafas, apropiaciones de recursos o actos delictivos en general que se cometen en contra de lo privado, en últimas afectan bienes jurídicamente protegidos por el Estado.

La corrupción privada afecta por lo general también suele afectar a muchos terceros; por ejemplo, corrupción en la administración y operación de productos financieros ilícitos por parte de particulares (pirámides, captación masiva ilegal de recursos, reventa de carteras individuales y colectivas, etc.), la manipulación de estados financieros y la pérdida de recursos de incautos inversionistas en

proyectos privados prometidos que nunca se ponen en marcha o que no se terminan.

Hay corrupción en el aseguramiento y prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud, aun tratándose de responsables de naturaleza privada, bien porque se apropian de los recursos públicos indebidamente, o bien porque para lograr utilidades, se contrae la oferta, oportunidad o calidad de los servicios afectando gravemente a los usuarios²⁰⁶.

La corrupción afecta dos pilares trascendentales de la prestación del servicio de salud; la eficiencia y la ética.

La eficiencia se relaciona directamente con el deber del Estado de administrar, proveer y regular el sistema de salud, usando los recursos disponibles para hacerlo. Es claro que la prestación del servicio de salud demanda un esfuerzo para obtener recursos, y que debe haber un ajuste racional del servicio a la disponibilidad de los recursos obtenidos, que definitivamente son escasos. Sin embargo, el Estado debe permitir a todas las personas el acceso a unos servicios de salud mínimos e integrales, con cargo a esos escasos recursos.

La eficiencia se debe reflejar en la administración y prestación del servicio de salud por parte de las instituciones que participan en el sistema, ya sean públicas, privadas o mixtas, y el Estado debe cumplir fidedignamente con su función reguladora y de control, a efectos de direccionar y vigilar la adecuada prestación del servicio, y el uso racional de los recursos limitados.

Ahora bien, la eficiencia parece chocar con la complejidad que tiene el sistema de salud en Colombia y con la gran cantidad de actores responsables. “Las

²⁰⁶ Por ejemplo, el llamado “paseo de la muerte”, que ocurre cuando un paciente en estado crítico, es remitido a varios centros asistenciales que se niegan a brindarle atención alegando supuestas falencias técnicas o logísticas, y el enfermo termina muriendo en la ambulancia o en uno de los pasillos de espera. Desafortunadamente no se cuenta a la fecha con una estadística de los casos, pero la práctica es de conocimiento común en toda la población Colombiana. Al respecto, se puede consultar:

http://www.cecilialopezcree.com/k_oldtopics/b_prensa/2006/b_febrero/d_paseo.html

<http://www.periodicoelpulso.com/html/jun06/general/general-10.htm>

funciones y responsabilidades en los sistemas de salud se reparten entre organismos reguladores, pagadores, prestadores de servicios de salud, proveedores y consumidores, de tal forma que se dificulta tomar buenas decisiones, aun cuando estos actores procedan con total honestidad. Cuando se incorporan a la ecuación personas con ánimo de aprovecharse del sistema, la situación se complica aún más”²⁰⁷.

Por supuesto esa compleja operación resulta útil para beneficiar a los aseguradores y prestadores, más que a los usuarios, y para incumplir con el servicio y desviar recursos de la salud en beneficio de intereses particulares.

Sea por condiciones estructurales del sistema, debido a su gran complejidad y a la difícil interacción de los múltiples actores que participan en el aseguramiento y la prestación, o sea por la condición deshonestas de muchos de esos actores, la prestación se torna ineficiente y por lo mismo corrupta, pues o no hay conciencia de los limitados recursos, o se gastan o malgastan sin cuidado, o se dejan de gastar y se omite prestar el servicio en procura de una utilidad, o simplemente se extravían los recursos en beneficio de intereses particulares.

Existe una directa relación entre la garantía del derecho a la salud y la ética. De acuerdo con Osorio Hoyos²⁰⁸, la salud, en su dimensión ética, se formula como un asunto relativo a varias consideraciones subjetivas: la autonomía del individuo para procurarse el bienestar físico, emocional y psíquico, la no maleficencia o no intención de hacerse daño o hacer daño a otros, la beneficencia o acción bondadosa con los demás y la justicia, que consiste en dar a cada uno lo que le corresponde.

A este respecto, precisan Vélez Correa y Maya Mejía:

²⁰⁷ Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2006: 8).

²⁰⁸ Osorio Hoyos, José Gilberto (2000: 1).

“El respeto por la autonomía abarca por lo menos dos consideraciones éticas importantes: a) Tratar a las personas como agentes autónomos, con capacidad de autodeterminación y derecho a decidir entre las opciones personales de que disponen y b) Proteger las personas con disminución de su autonomía. El principio de no maleficencia, enfatiza la obligación ética de no hacer daño, es decir, omitir actos que puedan causar un daño o perjuicio. Es la aplicación del principio que Hipócrates consignó como primordial en el ejercicio de la medicina con el *dictum* " *Primum non nocere*", es decir, "Primero no hacer daño".

El principio de beneficencia es la obligación ética que tiene todo ser humano de hacer bien a los demás. Se refiere a la obligación ética de aumentar al máximo los beneficios y reducir al mínimo los daños o perjuicios. Este deber prima facie nos llama la atención que el tratamiento ético de las personas no sólo depende de respetar sus decisiones autónomas, sino también de procurar su bienestar.

El principio de justicia afirma que todos los seres humanos tienen iguales derechos para alcanzar lo necesario para su pleno desarrollo. Si bien el principio de autonomía afirmaba la soberanía del ser humano, el de justicia establece la eticidad de la relación entre los seres humanos”²⁰⁹.

Entonces, la condición ética pasiva que mueve a no hacer daño al otro, aunada a la condición ética activa de hacerle bien al otro, debe tener una lógica respuesta de la organización del Estado. Los ciudadanos cediendo partes de nuestra autonomía en torno a unas reglas de comportamiento, que las hemos aceptado como generales e imperativas, para que, precisamente, exigir al Estado que haga efectivas esas condiciones éticas de no daño al otro y de cuidado.

La eficiencia y la ética deben complementarse de manera que se debe perseguir el mejor sistema en términos de costo beneficio, pero siempre procurando el cuidado de todos los ciudadanos. No obstante, en la práctica, existe una

²⁰⁹ Vélez Correa, Luis Alfonso y Maya Mejía, José M. (2003: 166-167).

contradicción entre la necesidad de contener costos en las prestaciones sanitarias y la necesidad de satisfacer íntegramente los requerimientos sanitarios de la población. Pareciera que se debe elegir entre la racionalización en el gasto para permitir mayor cobertura poblacional o la prestación de unos servicios universales y sin límites.

Al respecto, Vélez y Maya exponen:

“Para resolver el dilema se establecen dos conceptos: distribución y racionalización. Distribución es la planeación para utilizar los servicios y está íntimamente ligada a las políticas de salud. Es, pues, del ámbito de los salubristas, que al detectar las necesidades y trazar las prioridades, distribuyen los recursos.

La distribución no es sólo hecha por los que dirigen el sector de la salud. La mayoría de las veces se hace a nivel político. Cuando un parlamento aprueba el presupuesto de salud, está haciendo distribución y puede hacerlo o no éticamente. Es obligación de los que dirigen la salud en una sociedad, informar a los políticos sobre la importancia de este sector y procurar que la distribución se haga con criterios de justicia y no buscando intereses personales o de otra índole”²¹⁰.

Existen otras variables que actúan como “consecuencias indeseadas” o “externalidades” en los modelos de salud. “El sector salud es el único que cuenta con la combinación específica de incertidumbre, información asimétrica y gran número de actores dispersos. Estas características combinadas generan sistemáticamente oportunidades para conductas corruptas y, al mismo tiempo hacen difícil velar por la transparencia y las responsabilidades que inhibirían este fenómeno”²¹¹.

²¹⁰ *Ibíd*em (169).

²¹¹ Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2006: 4).

Así pues, hay funcionarios, políticos e intermediarios del sistema de salud, quienes aprovechan las circunstancias favorables para “echar mano” de los recursos destinados específicamente para los servicios sanitarios. “Con frecuencia se distribuyen los recursos de salud teniendo en cuenta beneficios políticos, económicos o personales. Se construyen hospitales, se hacen campañas que no tienen impacto en la salud de la población sólo porque favorecen a unos intereses determinados; la inmoralidad de dirigentes hace que los recursos sean aún más insuficientes por la corrupción administrativa. A veces con buena intención, pero sin fundamento científico, se invierten recursos que no benefician o que podrían ser mejor aprovechados en otras acciones. La incompetencia de algún funcionario de salud, quien tiene en su poder la decisión de distribuir los recursos, contribuye a la injusticia que vemos en muchos sistemas de salud”²¹².

Se abren un mar de posibilidades de corrupción en el sector salud por cuenta de todas sus complejidades. “La corrupción en el área de la salud puede manifestarse en forma sutil, por ejemplo, mediante el financiamiento de estudios supuestamente independientes para influir en las políticas del sector o, en forma más directa, mediante la contribución a campañas políticas, e incluso a través de medios espurios, como el pago de sobornos para imponer productos y servicios. Estos y otros casos implican la adopción de políticas de dudoso beneficio para la población con los consiguientes costos económicos asociados, que generan cargas difíciles de soportar, amplían la exclusión de los más necesitados y afectan al principio básico de igualdad”²¹³.

La dicotomía entre la prestación eficiente y la ética, se pretendió resolver con arreglo a la justicia distributiva y a la ética utilitaria (el mayor bien para el mayor número de personas), sin afectar los derechos adquiridos o la autonomía de las personas.

²¹² Vélez Correa, Luis Alfonso y Maya Mejía, José M. (2003: 169).

²¹³ Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2006: 15).

Sin embargo, esa pretendida respuesta resulta abiertamente inconstitucional y ajena a los modelos constitucionales democráticos actuales, que persiguen la universalidad en la prestación de los servicios sanitarios, garantizando derechos fundamentales directos o conexos con esos servicios. Además, si en gracia de discusión fuera posible excluir a un grupo de personas de todos o algunos servicios de salud, debería hacerse con la mayor optimización de los recursos disponibles, y no por criterios políticos o barreras de acceso que generen “favores a pagar o cuentas pendientes”, en favor de alguno o algunos actores políticos o económicos.

La corrupción constituye un óbice para el efectivo acceso a la salud, en tanto lesiona la ética y menoscaba la eficiencia del sistema sanitario. “En una sociedad donde se despilfarran los recursos, se hace malversación de ellos, no es aceptable que se suprima a alguien del servicio al cual tiene derecho. Por esto las exclusiones, los períodos de carencia que se dan en los sistemas de salud deben tenerse como algo temporal, pues es obligación de la sociedad atender a todos los asociados en sus necesidades de salud”²¹⁴.

Es aquí en donde cobran mayor relevancia las funciones de inspección, vigilancia y control del Estado dirigidas a atenuar y, ante todo, prevenir los eventos de corrupción ocurridos en todas las entidades que hacen parte del sistema de salud.

William D. Savedorff y Karen Hussmann, opinan que todos los sistemas de salud son vulnerables a la corrupción, sean públicos o privados, estén o no financiados, sean simples o complejos. Con acierto afirman:

“El grado de corrupción es, en parte, un reflejo de la sociedad en la que se manifiesta. La corrupción del sistema de salud es menos probable en aquellas sociedades donde existe un amplio respeto del Estado de derecho, mayor transparencia y confianza, y donde el sector público se rige por

²¹⁴ Vélez Correa, Luis Alfonso y Maya Mejía, José M. (2003: 170).

códigos eficaces de administración pública y mecanismos sólidos de rendición de cuentas.

Estos factores generales afectan el grado de corrupción en cualquier sector, pero el de la salud presenta múltiples dimensiones que lo hacen particularmente vulnerable a los abusos. Ningún otro sector cuenta con la combinación específica de incertidumbre, información asimétrica y gran número de actores dispersos que caracteriza a la salud. En consecuencia, la susceptibilidad a la corrupción es una característica sistémica y, para controlarla, es necesario formular políticas dirigidas al sector en su conjunto.

Cabe mencionar otros dos factores que contribuyen a la corrupción en la atención médica. En primer lugar, el grado de la corrupción en este sector puede ser mayor que en otros porque, a menudo, la sociedad confiere a actores privados de la salud importantes funciones públicas. Cuando las compañías farmacéuticas, los hospitales o las aseguradoras del sector privado actúan con deshonestidad en pos de su propio enriquecimiento, no se las puede acusar de abusar formalmente contra la Administración Pública para su propio beneficio. No obstante, sí abusan de la confianza del público porque se espera más de las personas y las organizaciones que prestan servicios de salud en lo referente a proteger el bienestar de la población. En la mayoría de los países, a la profesión médica se le permite, en particularidad, gran flexibilidad para autofiscalizarse a cambio de que asuma la responsabilidad profesional de actuar en beneficio de los pacientes.

En segundo lugar, el sector salud es blanco atractivo para la corrupción por el volumen de dinero público que maneja²¹⁵.

²¹⁵ Savedoff, William D. y Hussmann, Karen (2001). Artículo que hace parte del Informe Global de la Corrupción: Corrupción y Salud de Transparencia Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo (2006). William d. Savedoff es socio principal de Social Insight, ex economista principal de la Organización Mundial de la Salud - OMS y del Banco Interamericano de Desarrollo. Karen Hussmann es consultora de políticas públicas especializada en economía de la salud y gobierno.

Respecto de ese segundo factor, según datos del Banco Mundial²¹⁶, para el año 2015 el gasto en servicios de salud en el mundo fue de U\$7,2 billones, que equivalen al 9,9% del PIB mundial, recursos que en su mayor parte son financiados por los presupuestos públicos. Los Países que más gasto per cápita anual tienen en salud son Noruega (U\$9.075 per cápita y destina a salud el 10% de su PIB), Suiza (U\$8.979 per cápita y destina a salud el 11,7% de su PIB), y Estados Unidos (U\$8.805 per cápita y destina a salud U\$3,06 billones al año, que equivale al 17,1% de su PIB).

España tiene un gasto per cápita anual en salud de U\$2.658 y destina U\$107 mil millones al año a la sanidad, que equivale al 9% de su PIB. Esos datos del Banco Mundial coinciden con los suministrados por el Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad de España, que menciona gastos por \$101 mil millones de euros al año, de los cuales \$75 mil millones de euros corresponden a gasto sanitario público²¹⁷.

América Latina tiene un gasto anual promedio en salud de U\$714 per cápita y Colombia, tiene un gasto per cápita anual en salud de U\$569 y destina U\$21 mil millones al año, que equivale al 7,2% de su PIB anual²¹⁸.

Llama la atención la gigantesca diferencia entre el gasto per cápita y el gasto total en salud que tienen Estados Unidos y los Países Europeos, respecto de Países de América Latina. Colombia, por ejemplo, gasta en salud el equivale a una quinta parte de los recursos que se gastan en España, a pesar de contar con un volumen de población similar.

Esa diferencia se justifica parcialmente por la variación en los costos laborales en unos Países respecto de los otros (mientras en España el salario mínimo para el 2016 se fijó en \$655 euros, en Colombia el salario mínimo era de \$210

²¹⁶ Banco Mundial (2015).

²¹⁷ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2012: 41).

²¹⁸ Banco Mundial (2016).

euros, diferencia que se hace proporcional respecto de quienes devengan salarios superiores, como el personal médico y asistencial). Sin embargo, el gasto de personal equivale en promedio al 30% del gasto total en salud²¹⁹, mientras que los demás gastos deberían ser similares en la medida que las tecnologías en salud son usualmente universales, por lo que definitivamente resulta significativa la diferencia y muy baja la destinación de recursos para la atención sanitaria en los Países de América Latina.

Ahora bien, en Europa o en América Latina siguen siendo cuantiosas las cifras de dinero destinadas a la prestación de los servicios sanitarios, lo que despierta el interés económico particular y el ingenio para diseñar modalidades de corrupción, muchas veces, bajo el amparo de autoridades públicas complacientes, que engañan o prometen mejores prestaciones para una población con crecientes necesidades sanitarias.

1.2 La Corrupción en Salud en Colombia

El recuento evolutivo y descriptivo que se hizo en capítulos anteriores, sirve para sensibilizar acerca de la importancia que tiene la seguridad social en el funcionamiento del Estado, y representa además una referencia que enmarca la gravedad de los fenómenos de corrupción que acontecen en seguridad social, no sólo por la implicación que tiene la pérdida o indiferencia frente al manejo de recursos públicos sino, especialmente, por la afectación que se genera a la asistencia sanitaria, bien jurídico esencial de toda la población.

En el sistema de salud en Colombia se pueden identificar riesgos de corrupción que involucran a toda clase de participantes: entes reguladores, proveedores, prestadores, contribuyentes y usuarios. Estos riesgos, registrados por Transparencia Internacional, son:

²¹⁹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2012: 43).

“- Malversación y robo del presupuesto de salud o de las tarifas pagadas por los usuarios. Esto puede ocurrir a nivel del gobierno local o central, o bien cuando se asigna la responsabilidad a una autoridad sanitaria en particular o a un centro de servicio. Los medicamentos y los suministros o equipos médicos pueden sustraerse para uso personal, para uso en consultorios privados o para su reventa.

- Corrupción en las contrataciones públicas. La connivencia, los sobornos y las Comisiones ilegítimas en las compras generan sobrepagos de bienes y servicios contratados o incumplimiento de las normas contractuales de calidad. Además, los gastos hospitalarios pueden incluir grandes sumas para la construcción de edificios y la compra de costosas tecnologías, áreas de contratación pública que son particularmente susceptibles a la corrupción.

- Corrupción en los sistemas de pago. Las prácticas corruptas incluyen eximir del pago de tarifas, o falsificar documentos de seguros a pacientes particular, o utilizar presupuestos de hospitales para beneficiar a determinadas personas; facturar ilegalmente a las compañías de seguros, a los gobiernos o a los pacientes por servicios no cubiertos o no prestados a fin de aumentar al máximo los ingresos; falsificar registros de facturación, libros de recibos o registros de uso, o crear pacientes “fantasma”. Otras formas de corrupción relacionadas con las estructuras de pagos comprenden: la compra de médicos mediante incentivos financieros o comisiones por la derivación de pacientes, médicos que derivan pacientes del hospital público a su consultorio particular y la realización de intervenciones médicas innecesarias para incrementar los ingresos.

- Corrupción en la cadena de provisión farmacéutica. Los productos pueden ser desviados o bien sustraídos en varios puntos de la cadena de distribución; los funcionarios pueden exigir “tarifas” para aprobar productos, facilitar procedimientos de aduanas, o para fijar precios; la violación de las prácticas establecidas en los códigos de comercialización

de la industria puede distorsionar las prescripciones de los profesionales médicos; se pueden exigir favores a proveedores como condición para recetar sus medicamentos y se puede autorizar la circulación de medicamentos adulterados u otras formas de fármacos de calidad inferior a lo establecido.

- Corrupción en la prestación de servicios de salud. Puede adoptar muchas formas: extorsionar o aceptar pagos por debajo de la mesa por servicios que supuestamente deben brindarse de manera gratuita, pedir pagos a cambio de privilegios o tratamientos especiales y exigir o aceptar sobornos para influir en las decisiones de contratación, licencias, acreditación o certificación de las instalaciones²²⁰.

A continuación retomaremos algunas de las explicaciones que ya hicimos sobre la forma como opera el sistema de salud en Colombia, con el propósito de comprender los riesgos de corrupción existentes, de los cuales se valen quienes desangran los fondos y atentan contra el servicio.

Dijimos que para maximizar la eficiencia y procurar la afiliación y el aseguramiento universal, el legislador estableció reglas de competencia, en las que ya no sólo el Estado, sino también los particulares, entrarían a participar activamente como administradores de los servicios, aseguradores y prestadores. En materia de salud la prestación de servicios supuestamente se estandarizó sin que, frente al usuario, existieran diferencias entre el prestador público y el privado. Se ha pretendido una supuesta sana simbiosis en la que se exige mayor eficiencia y calidad por la dinámica de la competencia y, al mismo tiempo, todo prestador (público o privado) debe asumir los principios y las estrictas responsabilidades del servicio público.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la Ley 100 de 1993, estableció las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los

²²⁰ Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2006: 19-20).

habitantes del territorio nacional, con el ánimo de permitir la protección integral de las familias, a la maternidad y enfermedad general, en los ámbitos de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, en todos los niveles de atención²²¹.

La funcionalidad del sistema ha tenido como soporte los principios de universalidad y equidad, dirigidos a la protección integral en condiciones óptimas de calidad, cuidando en todo que los recursos se destinen efectivamente a la prestación de los servicios de salud²²². Para tal fin, como ya lo mencionamos, funciona el régimen contributivo y el régimen subsidiado²²³.

Se dijo que, como actores fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley ha previsto la existencia de personas jurídicas, públicas o privadas, reguladas por el mismo estatuto y autorizadas por el Estado a través de la Superintendencia Nacional de Salud. Esas entidades especializadas, concebidas como Entidades Promotoras de Salud, absolutamente cuestionadas por la población en Colombia, han tenido la trascendental responsabilidad de afiliar a la población al sistema, promover y asegurar sus contingencias en salud y administrar la efectiva afiliación mediante contratos con prestadores que garanticen las prestaciones básicas, responsabilidad que no han cumplido adecuadamente²²⁴.

El aseguramiento y la promoción, para la vinculación y la efectiva afiliación al sistema, también ha involucrado la gestión y coordinación de la oferta de servicios de salud, el establecimiento de procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios, y la administración del riesgo en salud, en procura de disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, entre otras actividades,

²²¹ Ley 100 de 1993, artículos 152 y 157. República de Colombia.

²²² Constitución Política de Colombia, artículo 49. Ley 100 de 1993, artículo 153. República de Colombia.

²²³ Constitución Política de Colombia, artículos 48 y 49. *ibíd.*, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 152, 153, 155, 156, 157, 174, 202 y 211. República de Colombia.

²²⁴ Ley 100 de 1993, artículos 178 y 205. República de Colombia.

que en la práctica son de muy poca efectividad²²⁵. Para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, se ha exigido a las Entidades Promotoras de Salud unos requisitos financieros mínimos.

El Estado reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC), definido periódicamente por el mismo Estado (hoy a través del Ministerio de Salud y Protección Social), en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería²²⁶; sin embargo, se evidencian situaciones de desfinanciación, mala prestación y mal manejo de los recursos dirigidos a la óptima prestación de los servicios sanitarios.

Si la eficiencia en los recursos es un factor determinante para las reformas integrales a la seguridad social, en procura de lograr con ello mayor cobertura y mejor atención, atentar contra esos recursos es una afrenta directa a la población, al impedir un mínimo de bienestar, que resulta esencial para la convivencia en la sociedad.

Precisa resaltar que los fenómenos de corrupción en salud, inciden con mayor agudeza en la población de mayor vulnerabilidad económica y social, en la medida que la posibilidad de pagar directamente la atención médica o de contratar seguros privados, con niveles óptimos de oportunidad, aplica a personas con capacidad de pago, quienes en general no dependen de las afectaciones que sufre el sistema de salud regulado por el Estado.

Entre tanto, los asalariados y trabajadores independientes con niveles de ingresos medios o bajos, y las personas sin capacidad de pago que requieren de subsidios, dependen ciento por ciento del sistema y de su adecuada operatividad y, por

²²⁵ Ley 100 de 1993, artículos 162, 178 y 205. Decreto 1485 de 1994 y Acuerdo 08 de 1994, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. República de Colombia.

²²⁶ Ley 100 de 1993, artículos 156, 172 y 182. República de Colombia.

supuesto, se ven afectados por la escases de recursos, por la mala atención del servicio público obligatorio y por la pérdida ilegítima de los recursos.

A pesar del giro estructural que implicó el sistema general de seguridad social en salud, la corrupción ha hecho presencia con una fuerza inusitada, sumiendo al sistema en una permanente crisis institucional.

A manera de ilustración, en la ciudad de Barranquilla (Departamento de Atlántico), durante los años 1998 a 2003, se detectaron pérdidas de recursos públicos y apropiación por parte de particulares, en cuantía superior a los dieciséis millones de euros, que deberían haber servido al régimen subsidiado en la atención de los más necesitados. Adicionalmente, se detectaron doscientos mil registros equivocados o inexistentes de supuestos afiliados al régimen subsidiado (que incluían personas fallecidas y personas doblemente afiliadas, entre otras), sobre las cuales se hacían pagos a las aseguradoras en salud, cercanos a los dos millones de euros al mes.

También se registraron pérdidas de soportes contables en la ejecución de los recursos de la salud, cuantiosas contrataciones dirigidas a promoción y prevención en salud sin ningún seguimiento sobre el impacto de los contratos, y destinación de recursos a otras finalidades ajenas a la salud.

Esa situación resultó y resulta similar en cada uno de los treinta y dos Departamentos del territorio de Colombia.

Aunado a lo anterior el control ha resultado inoperante. Las instituciones de control están descentralizadas y, salvo el caso de la Superintendencia Nacional de Salud, los controles administrativos están subordinados a las autoridades descentralizadas (departamentos y municipios) que, a su vez, ejecutan y administran los recursos del régimen subsidiado. Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud fue creada y fortalecida con un sin número de funciones y mecanismos administrativos, pero cuenta una estructura

centralizada y débil, con pocos recursos, con un número limitado de personal que no se compadece con la dimensión del sistema y sin presencia regional.

Dentro de las causas endógenas al sistema, que promueven la corrupción en Colombia, Flórez, Margareth, señaló:

“¿Cuáles son los elementos que hacen proclive al sector a la corrupción? Uno, el desequilibrio en la información que prevalece en los sistemas de salud. Suele ocurrir que los ciudadanos poseen menos información sobre sus derechos y deberes frente al aseguramiento y/o la prestación del servicio, que las autoridades y agentes del sector, los profesionales de la salud, poseen más información acerca de las enfermedades que los pacientes y que las compañías farmacéuticas saben más acerca de sus productos que los funcionarios públicos encargados de tomar las decisiones sobre gastos.

Dos, la complejidad del sistema de salud, en particular del gran número de actores involucrados, exacerba las dificultades para producir y analizar la información, promover la transparencia, detectar y prevenir la corrupción. Adicionalmente, la gran cantidad de trámites y la dispersión normativa en el sector también contribuyen a incrementar las posibilidades de corrupción.

Tres, el débil desarrollo institucional de los actores en distintos ámbitos del sistema, que se refleja en la falta de estructuras organizacionales ajustadas a las necesidades, definición, seguimiento y control de procesos y procedimientos, revisión sistemática de resultados, uso de herramientas sistematizadas de información para la gestión, entre otros aspectos.

Cuatro, el escaso desarrollo de los sistemas de control y vigilancia tanto al interior de cada organización que integra el sistema como de los organismos externos encargados de esta tarea, tanto a nivel público como privado”.²²⁷

²²⁷ Flórez, Margareth (2008: 2).

Tristemente la corrupción del sector salud en Colombia es un hecho notorio, situación que ha sido ampliamente documentada por organismos de control del Estado y por organizaciones no gubernamentales encargadas del análisis del fenómeno. Sobre el particular, la Corporación Transparencia por Colombia, refiriéndose a la situación en el País, señaló:

“El sector salud es un ámbito atractivo para los corruptos, dado el sustancioso flujo de recursos que mueve, y esto no es distinto en Colombia. La corrupción afecta de forma negativa las políticas de salud, distorsiona las prioridades de gastos, priva a las personas, especialmente a los más pobres del acceso a los servicios de salud y puede llevar al suministro de tratamientos equivocados. (...)

Ahora bien, las clases de corrupción identificadas en el sector salud, incluyen: Hurto y malversación de recursos derivados del presupuesto sectorial o de las tarifas pagadas por los usuarios; sustracción de medicamentos, suministros médicos-quirúrgicos para uso personal en consultorios privados, o para ser revendidos. (...) La corrupción en los sistemas de pago que incluye la omisión de pago de tarifas y la falsificación de documentos de cobertura para pacientes especiales, o bien la utilización de presupuestos de prestadores y aseguradores para beneficiar a ciertos individuos; la facturación ilegal a los aseguradores o prestadores de servicios, a los gobiernos o a los pacientes, por servicios no cubiertos para maximizar los ingresos; falsificación de registros de facturación, libros de recibos o uso de registros, o bien la creación de pacientes ‘fantasmas’.

Otras formas de corrupción relacionadas con los sistemas de pagos, incluyen compras a empresas de profesionales de la salud a través de incentivos financieros u ofrecimiento de retribuciones para ser referenciados; médicos que remiten a pacientes del sistema público a su

consultorio particular; y la realización de intervenciones médicas innecesarias para incrementar los ingresos.

Igualmente, la corrupción en la cadena de suministros farmacéuticos. Los productos pueden ser desviados o bien sustraídos en varios puntos de la cadena de distribución; los funcionarios del sector pueden pedir retribuciones financieras para aprobar productos o facilitar procedimientos de aduanas, o bien para establecer precios; es posible observar distorsiones en las prescripciones de los profesionales médicos, estimuladas por violaciones a las prácticas establecidas en los códigos de marketing de la industria; así mismo, verificar la solicitud de favores a proveedores como condición para recetar sus medicamentos; y constatar prácticas de incentivo perverso para el uso medicamentos adulterados o de calidad dudosa.

Por último, la corrupción en la provisión de servicios de la salud puede tomar muchas formas, como por ejemplo extorsión o aceptación de pagos indebidos por servicios a los cuáles el usuario tiene derecho; pedir pagos a cambio de privilegios o tratamientos especiales; y ejercer influencia indebida en las decisiones de contratación o licencia, acreditación o certificación de las instalaciones”²²⁸.

La corrupción en salud en Colombia afecta toda la geografía nacional, con algunos Departamentos que sobresalen por la cantidad de recursos que se siguen perdiendo y por la gran impunidad que se presenta²²⁹.

La corrupción en los servicios de salud en Colombia se puede clasificar en dos tipos: a) Corrupción estructural y b) Hechos de corrupción específicos. La primera reflejada en la inoperancia del sistema, pese al beneficio particular de quienes lo operan; y los segundos, corresponden a hechos específicos de corrupción.

²²⁸ *Ibíd*em (3).

²²⁹ Informes de gestión de las secretarías de salud de todos los Departamentos y ver también, Flórez, Margareth (2006).

Si bien existen abundantes y concretos casos de corrupción por destinación o apropiación indebida de los recursos públicos, lo que más afecta la credibilidad del sistema es lo que podríamos denominar corrupción estructural, promovida por la promoción al riguroso cumplimiento del enorme conjunto de procedimientos y disposiciones normativas que lejos de garantizar el servicio, lo dilatan o paralizan. A pesar de existir recursos (limitados pero cuantiosos) y múltiples instituciones organizadas, en realidad el Estado no responde a la necesidad de garantizar el derecho de salud y de prestar el servicio. Esa corrupción estructural afecta gravemente la legitimidad e institucionalidad del Estado.

En otras palabras, es corrupción la falta de prestación eficiente, oportuna y con calidad del servicio, aun tratándose de actuaciones en el marco de la legalidad.

La calificación de un sistema, de sus falencias y virtudes, no se puede hacer con criterios meramente presupuestales o procedimentales, sino que debe responder a la satisfacción real del derecho fundamental y a la correcta prestación del servicio público esencial, fundamento del Estado.

Las responsabilidades que tienen las Entidades Promotoras de Salud y la trascendental importancia de los recursos de la salud que manejan, exige un total cuidado en la destinación sobre esos recursos y una absoluta solidez institucional (administrativa, tecnológica y financiera), que permita no sólo cumplir con las normas que hacen operativo su funcionamiento, sino realmente garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados. Esa exigencia evidencia también la necesidad de fortalecer el sistema integrado de inspección, vigilancia y control.

1.3. Fenómenos de Corrupción Estructural

El sistema que propende por la prestación de la salud a los habitantes, al hacerse complejo e inoperante, es per se corrupto.

Son causas de esa corrupción las demoras y la negación de servicios por parte de las entidades promotoras de salud (EPS), la existencia de prestadores de servicios de salud (IPS) que no cuentan con condiciones idóneas de prestación, la lentitud y falta de auditoría de los pagadores, el abuso de los proveedores en los precios y la ineficiencia de los organismos de regulación y control, amparándose todos los anteriores actores en una aparente permisividad de las normas.

Si bien los procedimientos limitan y controlan el poder del Estado y garantizan las libertades individuales, la existencia de regulaciones, trámites, requisitos más allá de los razonablemente necesarios, es un ambiente propicio para la corrupción. “Las compañías farmacéuticas pueden sesgar los estudios de investigación, influir en los comités de revisión o simplemente sobornar a los organismos reguladores para que aprueben o aceleren la tramitación de sus solicitudes. Los prestadores de servicios de salud y los centros médicos pueden sentirse tentados de pagar a un funcionario regulador para que pase por alto algunos deslices en los requisitos de obtención de licencias. Como ocurre en cualquier sector, los inspectores del gobierno pueden sentir la tentación de aprovecharse de su cargo para exigir sobornos aun cuando los proveedores cumplan con las disposiciones”²³⁰.

Al final, sea por actuaciones ilícitas o por una exigente diligencia formal, todos los responsables del sistema (aseguradores y prestadores) pueden cumplir con todas sus documentaciones, y al mismo tiempo puede no garantizarse el servicio a la población.

Los artículos 2, 23, 48, 49 y 50 de la Constitución Política amparan el derecho a la atención en salud y precisan su obligatoriedad, y los jueces fallan permanente y favorablemente acciones de tutela que ordenan la protección al derecho

²³⁰ *Ibíd*em (8).

fundamental y obligan la atención en salud; sin embargo, muchas instituciones que hacen parte del sistema de salud se niegan recurrentemente a atender a los usuarios, aduciendo “falta de recursos”, prohibición de la Ley para prestar servicios no incluidos en los planes de cobertura (Plan obligatorio de Salud - POS), falta de pago por parte de los usuarios del régimen contributivo, falta de condiciones documentales, inactividad de sistemas de información y un sinnúmero de subterfugios para justificar la inatención.

Entre tanto, las empresas aseguradoras y prestadoras que manejan recursos públicos, están atadas a cientos de directrices y reglamentos que cumplen al pie de la letra, aplazando también la atención.

Una de las principales críticas al sistema, es que ha favorecido la primacía de las condiciones de mercado por sobre la real prestación de servicios de salud. Se ha dado el tránsito a un esquema de salud que no tiene como prelación la demanda de los servicios por parte de los pacientes, sino que tiene como premisa el interés de los aseguradores.

Lo adecuado es que toda persona sea atendida ante un síntoma, enfermedad o accidente, lo que supone la disponibilidad permanente de oferta de servicios. El modelo que se adoptó en Colombia, le da primacía al aseguramiento por encima de la propia disponibilidad de manera que el primer deber de los usuarios consiste en afiliarse y asegurarse en una Entidad Promotora de Salud, y gran parte de los recursos se quedan en el asegurador, que se constituye en un intermediario más que en un promotor, y que trata de no prestar el servicio para aumentar su margen.

La seguridad social en salud emerge como un negocio de cuantiosas proporciones, cuyas utilidades deben preservarse aun sacrificando la prestación del servicio. “La anterior afirmación se sustenta en las grandes sumas de dinero

que maneja el mercado de salud con un promedio de 19 billones de pesos (7.600 millones de dólares) por año²³¹.

Esa intermediación ha favorecido el crecimiento piramidal, la integración vertical y la utilización ilícita de cuantiosos recursos de la seguridad social en salud, para otros fines diferentes a la salud.

Adicionalmente, las sumas considerables de dinero, la falta de información y la dimensión del sistema, han permitido que el sistema se vea permeado por actores ilícitos que han pretendido lavar sus dineros turbios. La salud hace parte de “los negocios más corrompidos por el narcotráfico y el paramilitarismo, ya que la estructura del “modelo de aseguramiento” sin llenar los requisitos de verdaderas aseguradoras que cubren riesgos integrales de salud, permite que no solamente sea atractivo para el sector financiero nacional y transnacional, sino además para el narco-paramilitarismo, debido a que sus recursos se constituyen en una fuente expedita para el lavado de activos, la corrupción y el enriquecimiento ilícito”²³².

Estas afirmaciones son la antesala para la descripción de algunos casos de corrupción en el sistema de salud, que se citan a manera de ejemplo por su particular relevancia en Colombia.

1.4 Enunciado de Algunos Casos Específicos de Corrupción

1.4.1 Caso Saludcoop EPS

Un caso de corrupción muy sonado en Colombia es el ocurrido con la operación y ahora liquidación de Saludcoop Entidad Promotora de Salud, persona jurídica de derecho privado, constituida como una cooperativa sin ánimo de lucro, supuestamente caracterizada por el ánimo solidario de quienes la constituyeron.

²³¹ Camacho, Yesid H. (2009:1).

²³² *Ibíd*em (1).

Siendo una entidad creada para el aseguramiento en salud y para el consecuente recaudo y destinación específica de los recursos públicos de la seguridad social en salud, en realidad Saludcoop, con los recursos de la salud realizó inversiones en el sector financiero, en inmuebles, en infraestructura, en negocios de educación, en equipos de fútbol, en empresas de seguros generales, en empresas de suministros de todo tipo, en empresas en el exterior y, en general, en numerosas empresas del sector real, actuando como empresa privada con ánimo de lucro (que no lo es), y cómo si los recursos recibidos por el aseguramiento no fueran públicos y de destinación específica para la salud.

Al respecto la Superintendencia Nacional de Salud señaló:

“En el desarrollo de sus actividades, la persona jurídica debe considerar la naturaleza de los recursos que el Estado le ha entregado para su administración, y la rigurosa Destinación Específica de esos recursos, al punto que bajo ningún entendido, pueden ser destinados a fines diferentes al de garantizar la correcta prestación del POS a los habitantes del territorio Nacional, en cumplimiento imperioso del mandato contenido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, y siempre bajo los principios de la entidad cooperativa”. (...)

“La ejecución de inversiones que efectúe Saludcoop EPS, tales como la compra de cuotas, aportes o acciones en otras personas jurídicas, la participación en otras cooperativas y la constitución de nuevas personas jurídicas, la revalorización y amortización de los aportes, y la constitución de fondos y reservas de cualquier naturaleza, solamente pueden hacerse con los recursos que provengan del aumento en los aportes de los cooperados, de los réditos que genere la operación de planes complementarios y del excedente de las operaciones de la persona jurídica”²³³.

²³³ Superintendencia Nacional de Salud. Bogotá (2004).

Sin embargo, Saludcoop EPS administró y manejó por varios años los recursos públicos en su libre arbitrio, sin atender las prohibiciones de Ley ni la destinación específica de los recursos de la salud, so pretexto de estar cumpliendo con su espíritu cooperativo.

Con referencia a Saludcoop EPS, el periodista colombiano Daniel Coronel expuso:

“Mientras el gobierno expide decretos funerarios contra el ya deficiente servicio de salud que reciben los colombianos, los intermediarios se enriquecen astronómicamente. De las 100 empresas más grandes de Colombia, cinco son intermediarias de la salud. La más grande de ellas se llama Saludcoop EPS y ocupa el lugar número 18 en el ranking de las mayores empresas del País. Saludcoop EPS nació en 1994 con 2.500 millones de pesos de capital y de acuerdo con el informe publicado en mayo por SEMANA -basado en las cifras declaradas-, hoy cuenta con un patrimonio de 439.391 millones de pesos. Lo cual quiere decir que en estos 16 años "de crisis " ha multiplicado 176 veces su tamaño”²³⁴.

Las pesquisas de la Superintendencia permitieron aseverar que Saludcoop EPS se convirtió en un gran “grupo económico”, soportado en los recursos públicos destinados a la salud, escudando sus actuaciones en el propio sistema y en las normas del cooperativismo sin ánimo de lucro. La normatividad blindó a la entidad para operar bajo el axioma de la racionalidad económica, que reza “maximización de la utilidad y minimización del costo”, a través de la creación de personas jurídicas paralelas y la denominada “integración vertical” de sus empresas asociadas, supuestamente en aras de prestar un mejor servicio de salud.

Era tal el radio de acción de este emporio económico que hasta por una supuesta responsabilidad social, tuvo inversiones en el deporte y en el sector educativo.

²³⁴ Coronel, Daniel (2010).

“Para cumplir con la ley que establece que las cooperativas deben destinar parte de sus ingresos a la educación, Saludcoop EPS es dueño del Colegio Los Pinos de Bogotá y mantiene el no menos pedagógico Instituto Saludcoop de Golf que, desde su bonita sede en el norte de Bogotá, instruye a niños y adultos en la práctica de este popular deporte. Las ventas de Saludcoop EPS en el año 2008 se acercaron a tres billones de pesos. Su utilidad operacional aumentó un 184 por ciento en relación con el año anterior. Y seguramente podría haber tenido ganancias aún mejores si sus proveedores -que en buena parte son sus propias empresas- le hubieran cobrado un poquito más barato los numerosos suministros y servicios”²³⁵.

A pesar de las amplias funciones a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud²³⁶, resulta paradójico lo tarde que ha llegado la reacción del órgano de control.

En el año 2005 la Superintendencia finiquitó una investigación en contra de Saludcoop EPS, ordenó la devolución de cerca de \$500 mil millones de pesos que se desviaron a otras actividades ajenas a la salud e impuso otras medidas dirigidas a conminar el exclusivo y transparente uso de los recursos parafiscales que provienen de los aportes en el régimen contributivo, a sólo los servicios de la salud de los afiliados.

Estas órdenes no se cumplieron, bien sea por cambios “políticos” que llevaron al nombramiento de nuevos directores en la Superintendencia y por decisiones judiciales bastantes cuestionadas.

Entre tanto, Saludcoop EPS y sus empresas, como venas rotas sin intervención ni doliente, seguía lucrándose de sus actuaciones en contra de los recursos de la salud.

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ Principios rectores del sistema general de seguridad social en salud, previstos en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993. República de Colombia.

Solamente cinco años después, mediante la Resolución N°296 de 11 de febrero de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud volvió a exponer la condición de Saludcoop EPS, que resultó igual a la descrita un lustro atrás, de manera que nuevamente se llamó la atención sobre la realización de inversiones no permitidas, ajenas a la salud, con cargo a las Unidades de Pago por Capitación²³⁷.

La resolución de la Superintendencia aplicó el claro artículo 49 de la Constitución Política y el artículo 182 de la ley 100 de 1993, normas que reiteran que las UPC son recursos parafiscales destinados a la salud²³⁸, razón por la cual no pueden destinarse, por ejemplo, a financiar inversiones en infraestructura, en sociedades, en comercializadoras, en educación, en bienes en el exterior, etc.

Las evidencias en las visitas de inspección demostraron que el capital de trabajo de la cooperativa evolucionó negativamente en el periodo 2004 a 2008, y que con recursos del sistema de salud se enjugaron pérdidas o disminuciones patrimoniales, y se hicieron inversiones que deberían solventarse con recursos propios de Saludcoop EPS, tales como excedentes a distribuir, aportes sociales, etc.

La maniobra de usufructuar recursos parafiscales para atender deudas contraídas por la EPS, puso en riesgo la liquidez a largo plazo y el pago de acreencias de corto plazo en relación con los servicios de salud. Al respecto afirmó la Superintendencia:

“Además de que lo anterior implica la continuidad de un comportamiento contrario a la ley, comporta un riesgo permanente de suspender el pago de las obligaciones corrientes de la EPS y mantiene latente el peligro de

²³⁷ Artículo 182 de la Ley 100 de 1993, señala: “Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación -UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”. República de Colombia.

²³⁸ Ley 100 de 1993, art. 182. República de Colombia.

dejar de prestar el servicio o de suministrar inadecuadamente los medicamentos, procedimientos o intervenciones que conforman el POS.

Es decir, que su estructura financiera actual evidenciada por sus estados financieros es intrínsecamente vulnerable. De manera que Saludcoop EPS incurre en una forma no autorizada e insegura de manejar los negocios de la EPS que pone en permanente riesgo tanto la prestación del servicio de salud como la confianza pública en el sistema general de seguridad social en salud dada la preeminencia que Saludcoop ostenta entre las EPS en volumen de afiliaciones²³⁹.

Sobre el particular el Ministerio de Salud y Protección Social, precisó:

“De conformidad con los artículos 156, 177, 182, 183 y 185 de la ley 100, se desprende que el Estado ha delegado parte de la prestación del servicio público de salud en entidades privadas. Estas han entrado a ocupar su lugar para la prestación de un servicio público de carácter obligatorio y absolutamente irrenunciable. A este respecto ha sostenido la jurisprudencia que: “lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Salud”²⁴⁰.

“... el Sistema de Seguridad Social en Salud es reglado y en consecuencia quienes en él participan, no pueden hacer sino lo que expresamente ha determinado la Ley. A los particulares que administran recursos de la salud no les es aplicable el principio de que pueden hacer con ellos, todo lo que no esté prohibido por la Ley; para tales administradores, rige el

²³⁹ Resolución N°296 de 11 de febrero de 2010 (8). Superintendencia Nacional de Salud.

²⁴⁰ Ministerio de Salud y Protección Social (2001: 2). El Ministerio cita a su vez la Sentencia Unificada 480 de 1997 de la Corte Constitucional, que precisa la naturaleza pública de los recursos del sistema de salud y su específica destinación. El concepto del Ministerio ha sido ampliamente reafirmado por la Corte Constitucional Colombiana, entre otras, por medio de las Sentencias Sentencia C-824 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

principio de los funcionarios públicos, que únicamente pueden hacer lo que les esté expresamente permitido”²⁴¹.

En la Resolución 296 de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud precisó que las competencias de ese ente suponen funciones de policía administrativa y, por lo tanto, puede ordenar a la EPS recuperar y restablecer los dineros utilizados de manera indebida e ilegal, sanear las finanzas a su cargo y prevenir futuras actuaciones prohibidas por la Constitución y las normas vigentes. En consecuencia, la Superintendencia, cinco años después, volvió a ordenar a Saludcoop EPS que restituyera “a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas en los informes de visita y en las consideraciones de esta resolución, durante el periodo 2004 a 2008, suma que asciende a \$318.250 millones, curiosamente inferior a la que hace cinco años había ordenado devolver la misma Superintendencia Nacional de Salud.

Saludcoop EPS también debería “atender con sus propios recursos los pagos que por amortizaciones, intereses y otros costos implique la restitución”.

Por supuesto, la Superintendencia instruyó que, en lo sucesivo, Saludcoop EPS debería abstenerse “de consumir la liquidez generada por cualquier operación contable con los ingresos derivados de UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y en general en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de salud a la población afiliada”.

Y por último ordenó el “desmonte de las operaciones de préstamo, donación, leasing e inversión glosadas en los informes de visita de que tratan las consideraciones de este informe, si son financiadas con los ingresos derivados

²⁴¹ Ministerio de Salud y Protección Social (2001: 1).

de la UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales...²⁴².

Contra los actos administrativos proferidos luego de la visita de inspección que adelantó la Superintendencia²⁴³, Saludcoop EPS interpuso varios recursos²⁴⁴, muchos improcedentes que denotaron el ánimo de aplazar las órdenes del ente de control.

En el recurso de reposición interpuesto por Saludcoop EPS en contra de la Resolución 296 de 2010, se dice que la actuación administrativa es nula por presunta vulneración al debido proceso, inadecuada valoración de las pruebas por acudir a pruebas parciales, afectación al derecho a la confianza legítima, desconocimiento de la posibilidad legal y legítima de obtener "márgenes de ganancia" por parte de las EPS y supuesta interpretación errada del concepto de parafiscalidad.

Por medio de la resolución 983 de 21 de junio de 2010²⁴⁵, la Superintendencia Nacional de Salud negó los argumentos de Saludcoop EPS y ratificó la conclusión de apropiación y uso indebido de recursos parafiscales, para realización de inversiones en infraestructura física y tecnológica, pagos de acreencias e intereses de préstamos realizados por esta EPS, y otras operaciones financieras y contables que constituyen graves riesgos para los dineros del sistema de salud.

La Superintendencia concluyó que no eran ciertos los argumentos usados por Saludcoop EPS atinentes a faltas probatorias, en la medida que todas las conclusiones de la Superintendencia se fundamentaron en los estados financieros, concretamente "en el balance general y en el estado de resultados por los periodos 2003 a 2008, los cuales fueron preparados por la entidad,

²⁴² Superintendencia Nacional de Salud. Resolución N°296 de 11 de febrero de 2010 (46).

²⁴³ Superintendencia Nacional de Salud (2009).

²⁴⁴ Saludcoop EPS. (2009).

²⁴⁵ Superintendencia Nacional de Salud, Resolución N°983 de 21 de julio 2010. "Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS OC, contra la Resolución N°296 de 2010".

certificados por el contador general y el representante legal y dictaminados por el revisor fiscal de acuerdo con lo establecido en las normas contables vigentes, y no con estados financieros de prueba, ni mucho menos con estados financieros intermedios". Pero además, evidenció la Superintendencia que la contabilidad de Saludcoop EPS "no refleja una historia clara, completa y fidedigna de los registros por las operaciones que ha realizado la EPS por sus inversiones, como la determinación del monto real de las mismas"²⁴⁶.

Respecto de la parafiscalidad, la Superintendencia se remontó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al criterio interpretativo que deviene del artículo 48 de la Constitución Política, de manera que si bien se reconoce el carácter tributario especial de estas rentas (lo que implica su diferenciación con las rentas fiscales), también se reafirma el carácter público de esos recursos y el especial cuidado que debe predicarse respecto de su recaudo, administración y ejecución. En la medida que son cargas de imperativo cobro a los ciudadanos, en contraposición, se debe proteger la finalidad específica que se busca con esas rentas, sin que en manera alguna puedan destinarse a fines diferentes y mucho menos a usos que deliberada o libremente determine un particular.

En consecuencia, la Superintendencia resolvió confirmar la orden impartida en la resolución inicial, relativa a la restitución de la liquidez para la EPS de \$318.250 millones, los cuales fueron usados para compra de activos y otras inversiones ajenas a la salud. Así mismo, se le ordenó la EPS atender, con recursos diferentes a las contribuciones parafiscales, el pago de \$308.000 millones por deudas financieras contraídas, las cuales ponían en riesgo la inversión de los recursos percibidos por la UPC para la atención en salud de sus afiliados. Finalmente, se le concedió un plazo de dos (2) años para dar cumplimiento a las órdenes impartidas, con visitas mensuales para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas²⁴⁷.

²⁴⁶ *Ibidem* (55-56).

²⁴⁷ *Ibidem* (65).

Las resoluciones de la Superintendencia fueron demandadas por Saludcoop EPS por medio de acción de nulidad y restablecimiento interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, jurisdicción de lo contencioso administrativo, solicitando además indemnización de perjuicios superior a \$650 mil millones.

Pese a la fuerte argumentación constitucional y legal de la Superintendencia, y a la evidencia probatoria, en el año 2011, al inicio de la actuación jurisdiccional, se presentó un cambio de Superintendente y curiosamente el nuevo funcionario aceptó los argumentos de Saludcoop EPS y suscribió un acuerdo de conciliación, en el que revocaba las Resoluciones 296 y 983 de 2010, argumentando que "el Comité de Conciliación de la Superintendencia, la Oficina Jurídica de la misma y profesionales del derecho consultados han conceptuado, luego de estudiar las citadas resoluciones 296 y 980 de 2010, que presentan vicios que las hacen abiertamente ilegales y contrarias a derecho, tanto de forma como de fondo"²⁴⁸.

Supuestamente se pretendía conciliar para que la Nación, a través de la Superintendencia Nacional de Salud, no llegara a pagar los perjuicios reclamados judicialmente por Saludcoop EPS, dado que en criterio del nuevo Superintendente se iba a perder el proceso contencioso. Curiosa argumentación, cuando en realidad era el Estado el que estaba perdiendo miles de millones de pesos que cada día, por cuenta de los cambios burocráticos, se diluían más y más.

De manera sorpresiva, pese a que fue reiterada la pérdida de recursos de la salud con destino a fines particulares, la nueva administración de la Superintendencia evaluó como un "error" la imposición de las medidas de control por parte de sus antecesores, principalmente por una supuesta caducidad en las actuaciones de la Superintendencia, debido a que varias de las conductas censuradas habían sido cometidas con más de tres (3) años de anterioridad a la Resolución 296 de 2010, cuando en realidad la conducta era y es persistente pues los recursos de

²⁴⁸ Superintendencia Nacional de Salud (2011). En este documento se explica a la Contraloría General de la República el acuerdo conciliatorio suscrito con Saludcoop EPS OC, y sorprendentemente se indica que supuestamente no hay menoscabo del patrimonio público y que la sanción que había interpuesto la misma Superintendencia adoleció de vicios de nulidad.

la salud perdidos, aún hoy siguen sin ser devueltos lo que descarta cualquier caducidad.

En Colombia la conciliación en procesos contencioso administrativos requiere aprobación del Juez de conocimiento y, por supuesto, en coherencia con la lógica jurídica y probatoria, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por auto del 13 de abril de 2011, negó la conciliación pretendida entre la Superintendencia y Saludcoop EPS.

Pero sorprendentemente, a pesar de la claridad conceptual, del volumen probatorio, de la falta de consistencia en la argumentación de conciliación y de su rechazo por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las Resoluciones 296 y 983 de 2010 fueron revocadas directamente por la Superintendencia, con aceptación de Saludcoop EPS, entidad que desistió de la demanda de nulidad y restablecimiento, archivándose el respectivo proceso jurisdiccional.

No resulta posible ignorar los resultados infructuosos de las acciones dirigidas a recuperar los recursos públicos de la salud. Mucho menos resulta entendible cómo las decisiones contradictorias de la Superintendencia parecen proteger más al responsable, que a los limitados recursos destinados a la salud de la población, so pretexto de argucias procesales ancladas en caducidades inexistentes, que dejaron indemne a quienes ya usufructuaron los recursos de la salud en provecho particular, como reafirmando que sí se desviaron los recursos públicos, pero que, basta que el tiempo transcurra para sanear unas conductas delictivas, ilícitas y absolutamente reprochables.

Entre tanto, el esfuerzo fiscal crece para suplir esos faltantes de recursos y para poder amparar el derecho a la salud de los ciudadanos, cada día más desamparados.

Lo más curioso de todo es que, tan sólo cuarenta y cinco (45) días después de la revocatoria de los actos administrativos, el mismo Superintendente Nacional de Salud profirió la resolución N°801 del 11 de mayo de 2011²⁴⁹ y ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para administrar Saludcoop EPS, so pretexto de detectar datos falsos en los estados financieros presentados en el año 2010²⁵⁰, identificar una situación financiera muy delicada por la presencia de ocho mil cheques sobregirados por \$270 mil millones, y la realización de inversiones en actividades distintas a la prestación de los servicios de salud, en montos que excedían en más de \$5.000 millones el valor permitido, que además no aparecían registrados en la contabilidad.

Esta toma de posesión de Saludcoop EPS se hizo en un momento especialmente neurálgico para el sistema de salud colombiano, poco después de que el gobierno nacional sacara a la luz pública el mayor escándalo de corrupción de la historia en el sistema de seguridad social, y quizá, uno de los más cuantiosos que se hubieren documentado, escándalo conocido como el “Carrusel de la Salud”, y en él que participaron agentes del gobierno, administradores de EPS y falsos contratistas, quienes durante varios años desangraron el Sistema y desviaron gran cantidad de recursos hacia sus bolsillos.

Paradójicamente, la medida de intervención forzosa administrativa de Saludcoop EPS, tuvo como una de sus principales consecuencias la de retirar de la administración a los gestores de la intervenida, y asumir esa administración directamente por medio de agentes nombrados por el Estado, para procurar adelantar actuaciones que supuestamente reorientaran a la gigantesca cooperativa.

²⁴⁹ Por medio de dicha resolución, se nombró en calidad de agente especial de Saludcoop a Edgar Pabón Carvajal, quien para todos los efectos será el representante legal; además, se ordenó la separación del cargo de Carlos Gustavo Palacino Antía, quien ejercía como representante legal de la EPS.

²⁵⁰ Una de las falsedades consistió en reportar una cartera vencida por \$109.000 millones, cuando en la contabilidad real de la EPS, se registraban \$370.000 millones de cartera.

Por supuesto, los malos manejos que durante años caracterizaron a Saludcoop EPS, la pérdida de recursos, las grotescas fallas en la información contable y las enormes deudas a prestadores y proveedores de salud por cuenta de la inexistencia de recursos, no tenían otro final que la liquidación de la EPS.

Por medio de Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la liquidación de Saludcoop EPS²⁵¹, dando fin a todo un ciclo de irregularidades cometidas por los directivos y responsables de la que era la EPS más grande del País, con más de cuatro millones de afiliados, bajo la indiferencia de funcionarios extrañamente cambiantes, que no estuvieron a la altura de sus responsabilidades.

Curiosamente, como “guinda del pastel”, el acto administrativo que ordenó la liquidación de la Saludcoop EPS, dispuso el traslado de todos los afiliados a Cafesalud EPS (junto con el obvio y gigantesco pago mensual de UPC por cada afiliado), entidad que pertenecía a Saludcoop EPS y que tenía y tiene los mismos vicios de financiamiento, transparencia, destinación de recursos públicos y operación.

Es evidente que no solamente se dejó al Estado sin los recursos públicos que fueron destinados a otras finalidades por Saludcoop EPS, que jamás se recuperaron, sino que quienes hicieron el daño dejaron de tener el imperioso deber, siquiera ético, de reparar sus equivocadas decisiones, causándose un grave perjuicio al sistema de salud.

Valga decir que en marzo de 2012 y hasta marzo de 2016, fue designado Fiscal General de la Nación y, por tanto, máximo responsable de la investigación penal en Colombia, el abogado Luis Eduardo Montealegre, quien fuera asesor externo reconocido de Saludcoop EPS.

²⁵¹ Superintendencia Nacional de Salud, Resolución N°2414 de 24 de noviembre de 2015.

Entre tanto, Sandra Morelli Rico, Contralora General de la República en agosto de 2010 y hasta agosto de 2014, máxima responsable del control fiscal en Colombia, abrió y concluyó investigación fiscal ordenando medidas cautelares y la devolución de los recursos públicos extraviados por parte de los máximos responsables de Saludcoop EPS. No obstante, una vez finalizado el periodo de la abogada Morelli, sorprendentemente los procesos de Saludcoop EPS y de sus responsables, se archivaron o dejaron de impulsarse.

A la fecha no hay un sólo peso recuperado y no existen personas sancionadas o indagadas disciplinaria o penalmente, y todo apunta a que no se van a recuperar los dineros de la salud extraviados y las conductas van a quedar en la absoluta impunidad.

Por supuesto, ante la absoluta inoperancia del ejecutivo, de la Superintendencia, de las autoridades penales y de los órganos de control, el mensaje que envía el Estado, no es propiamente el de instar a que los particulares cumplan con cuidado y dedicación las funciones públicas que les son encomendadas, mucho menos que haya eficiencia en el control y menos que se preserve el patrimonio público, sino que se envía el triste mensaje del poder usar los bienes e instituciones del Estado, para beneficio particular, con la garantía de impunidad.

Mientras tanto, el ciudadano común asume con impotencia uno de los capítulos más sombríos de la indiferencia del Estado, y sufre la precariedad de un sistema de salud que niega reiteradamente las prestaciones esenciales, muchas veces por una supuesta falta de recursos, que en realidad están invertidos en campos de golf, equipos de futbol, clubes, colegios privados e inversiones en el exterior.

1.4.2 Carrusel de la Salud

El llamado “Carrusel de la Salud” es un escándalo dado a conocer el 2 de mayo de 2011 por la Presidencia de la República, evidenciándose cómo algunos aseguradores y prestadores del sistema, con la ayuda de funcionarios públicos,

se coludieron para defraudar dineros destinados a la salud y finalmente apropiarse de ellos.

En efecto, en rueda de prensa, se anunció que el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Comisión de Regulación en Salud (CRES) (hoy absorbida por el Ministerio), a partir de las visitas regulares de control efectuadas a las EPS, IPS y actores del Sistema, detectaron graves modalidades de corrupción con los recursos de la salud, así:

- a. Pagos no permitidos. Bajo esta modalidad, funcionarios de la Dirección de Financiamiento del Ministerio de Protección Social, a cuya cabeza estaba una funcionaria (Claudia Patricia Rojas), autorizaban giros de pagos a las EPS que debían ser retenidos y, posteriormente se repartían parte de esos dineros entre los funcionarios, las directivas de las EPS y falsos asesores, a través de los cuales se tramitaba el cobro.
- b. Pacientes fallecidos o inexistentes. Se incluía a personas muertas como beneficiarias de servicios de salud, y respecto de ellas se generaba recobros al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA²⁵²). También se hacían recobros por tratamientos o procedimientos a favor de personas que jamás recibieron la atención médica.
- c. Múltiples beneficios. En ocasiones una sola persona aparecía recibiendo múltiples beneficios por diferentes canales, en razón de una sola causa.
- d. Sobrecostos en medicamentos. Las EPS facturaban sobrecostos en los medicamentos, respecto de su valor real de compra a los laboratorios farmacéuticos proveedores, con el objeto de aumentar la UPC promedio y así percibir mayores recursos del Estado y del Sistema.

²⁵² El FOSYGA es un fondo cuenta sin personería jurídica, creado por la Ley 100 de 1993, encargado de financiar al sistema general de seguridad social en salud; con cargo a los recursos del FOSYGA, usualmente por orden de los jueces de tutela, se asumen pagos de servicios médicos de población vulnerable, sin capacidad de pago.

Podríamos entender la dinámica de actuación de este cartel, en los términos claramente descritos por el diario El Espectador, así:

“Todo arrancaba cuando un paciente llegaba a una clínica (IPS) para pedir algún medicamento o ser atendido por una enfermedad que no está incluida en el Plan Obligatorio de Salud (No POS). En ese momento la IPS debe pedir autorización a la EPS (que es la que le paga). Ante la negativa, el ciudadano presentaba tutela, momento justo en el que se abría el primer boquete, pues esto era aprovechado por los corruptos para presentar pacientes y generar gastos falsos.

Causado el gasto, iniciaban el recobro ante el FOSYGA, donde ya estaba la maquinaria que decidía sobre los pagos. El truco estaba en negarlos para dar paso a una empresa fachada, que simulando una asesoría gratuita, les cobraba a las EPS una comisión entre el 6 y el 8% por agilizar el pago ante el Ministerio de Protección y el FOSYGA. La comisión era sobre lo que alcanzaran a recuperar.

La corrupción estaba enquistada en algunas de las grandes EPS del País y en el propio Ministerio de Protección Social, desde donde se gestó el carrusel de la salud²⁵³”.

La primera causa de corrupción está determinada por la excesiva regulación en el sistema de salud, por su complejidad y por su difícil comprensión. Como ya lo hemos expuesto, el Plan Obligatorio de Salud (POS) contiene un conjunto de tratamientos, procedimientos y medicamentos definidos por el gobierno Nacional como básicos, de acuerdo con las principales enfermedades y factores de riesgo que atacan a la población del País.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta antes del año 2015, el POS no había presentado actualizaciones significativas por lo que se volvió común que muchos tratamientos, procedimientos y medicamentos no

²⁵³ Diario El Espectador (2011).

incluidos, solamente resultaran y resulten cubiertos por medio de órdenes judiciales en interposición de acciones de tutela, que ordenan pagos al FOSYGA, tras haber sido negados los servicios por las EPS.

La cantidad de demandas de Tutela que en su inmensa mayoría se fallaron en favor de los accionantes estimuló que las EPS buscaran trasladar varios costos de la atención al FOSYGA, aun cuando se tratara de prestaciones a su cargo, como una manera de conservar para sí los recursos que debían destinar a la atención médica. Esa conducta constituye un “doble cobro” por los servicios, que podía tener como finalidad entendible aumentar las utilidades de la EPS²⁵⁴ o trasladar esos recursos para otras finalidades, usualmente particulares y ajenas a la salud, como se evidenció en el caso Saludcoop EPS.

Respecto de sobrecostos en la atención, por ejemplo, tratándose de medicamentos, en estudios realizados por la Universidad Nacional de Colombia²⁵⁵ se concluyó que el incremento en el precio de medicamentos incluidos en el POS era hasta del 300% respecto de su valor real. Por este concepto se perdieron recursos por \$825.760 millones de pesos²⁵⁶, lo que además generaba que el Estado debiera aumentar el valor de la UPC en beneficio de las EPS, supuestamente por el encarecimiento de los servicios de salud. (Por esta modalidad de fraude por sobrecostos existen serios indicios de mayor responsabilidad, curiosamente a cargo de Saludcoop EPS en Liquidación, y de sus otras dos EPS, Cafesalud EPS y Cruz Blanca EPS).

En general, bajo todas las modalidades de corrupción enunciadas por el Gobierno Nacional, se calculó que sólo entre los años 2006 y 2010 se pudieron

²⁵⁴ ¿Será el motivo del sorprendente e inusitado crecimiento de saludcoop y sus filiales? Es una de las preguntas que aún se encuentra *sub júdice*.

²⁵⁵ Universidad Nacional de Colombia. (2011).

²⁵⁶ Se pueden mencionar los dos principales medicamentos que fueron usados por las EPS para generar sobrecostos. El primero es Rituximab (medicamento contra el cáncer), que presentó sobrecostos por \$70 mil millones., y el segundo es Antihemofílico (coagulante) que estaba incluido dentro del plan obligatorio de salud, pero era cobrado como “no pos”, y tuvo un sobrecosto de \$21.700 millones.

extraer 4,5 billones de pesos al sistema de salud²⁵⁷; considerando que las condiciones de transparencia mejoraron en el año 2006 con la implementación de sistemas de información más robustos y de condiciones de recaudo unificado de recursos en el régimen contributivo, la perspectiva de corrupción de años anteriores es aterradora, máxime cuando hasta antes del año 2006 se liquidaron más de cien entidades promotoras de salud principalmente del régimen subsidiado²⁵⁸, con cuantiosas deudas insolutas con los prestadores, se ordenaron innumerables visitas a entidades territoriales detectando fallas contables y de transparencia, y no existen datos fidedignos de cuantos recursos realmente se recaudaron para la salud en el régimen contributivo.

Pero lo más preocupante es que al día de hoy, son casi inexistentes los recursos que se han recuperado y muy pocos los responsables que han sido identificados²⁵⁹, muchos menos los que han sido sancionados o condenados, y aún hoy, las autoridades disciplinarias, fiscales y penales competentes no presentan resultados finales sobre las denuncias presentadas por el Presidente de la República²⁶⁰.

Así, nuevamente se envía un mensaje crítico y lamentable de incentivo a la corrupción, pues parece que son los recursos que se pierden los que se blindan y no los recursos públicos, de manera que la impunidad es la constante.

²⁵⁷ Equivalente a 2 mil millones de euros, monto que corresponde al 7% del presupuesto anual del sistema de salud en Colombia. Cifras presentadas en rueda de prensa de denuncia del Ministro de Salud y el Presidente de la República, del 2 de mayo de 2011.

²⁵⁸ Superintendencia Nacional de Salud, base de datos de procesos de intervención para liquidar finalizados.

²⁵⁹ En los días siguientes a la publicación del escándalo, a veinticinco personas se les formuló imputación penal y seis de ellas fueron detenidas: Luis Andrés Ruiz, Edgar Millán, John Carlos Lamus, Mauricio Durán Poveda, Luis Martínez y Claudia Patricia Rojas, coordinadora de análisis y recobro del FOSYGA de la Dirección de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social.

²⁶⁰ Sorprende que a la fecha, después de varios años de dado a conocer este escándalo, las autoridades no hayan presentado subsiguientes informes de resultados de las investigaciones, máxime si se considera que los hechos fueron presentados a la opinión pública por el jefe de estado el 2 de mayo de 2011 como evidencias de graves ilícitos, y no como probables irregularidades.

1.4.3 Caso Empresas Solidarias en Salud

Otro ejemplo de corrupción ha sido la operación de gran parte de las denominadas Empresas Solidarias en Salud, cuya creación fue prevista en la Ley 100 de 1993, como cooperativas que prestaran servicios como entidades promotoras de salud en el régimen subsidiado, supuestamente promoviendo la participación, la transparencia y la inclusión propia del sector solidario.

Las Empresas Solidarias de Salud han sido las principales promotoras del aseguramiento en el régimen subsidiado de salud, generando una supuesta simbiosis entre lo solidario y lo asistencial; pero la realidad ha reflejado otra cosa. Es clara la permeabilidad de estas cooperativas por los intereses económicos de quienes ostentan el gobierno cooperativo, por intereses políticos e incluso por intereses de grupos armados al margen de la Ley.

La situación es idéntica a la que evidenciamos respecto de la cooperativa Saludcoop EPS en Liquidación, y consiste en la ejecución de operaciones de inversión y ganancia privada con dineros públicos. Por supuesto, no existe información histórica sobre la forma indebida como se han ejecutado y apropiado los recursos públicos, ni su cuantía.

Sin embargo, hay un indicador objetivo cual es la liquidación de más de cien entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, la mayoría cooperativas, entre el año 1998 y el 2006²⁶¹, todas con condiciones de información lamentable, contabilidad prácticamente inexistente, crítica iliquidez y cuantiosas deudas a los prestadores, a pesar de haber recibido los recursos de la UPC para destinarlos a la seguridad social en salud. Por supuesto, no se pagaron esas deudas y se desfinanció todo el sistema en el régimen subsidiado, sin que existan responsables, ni recuperación de recursos públicos.

²⁶¹ Superintendencia Nacional de Salud, base de datos de procesos de intervención para liquidar finalizados.

Entre tanto, existe una percepción insostenible en la población sobre la muy mala prestación del servicio en el régimen subsidiado, lo que evidencia que los recursos escasos, no son manejados con eficiencia y se pierden en el amplio camino de la intermediación, que conduce a una prestación en salud muy limitada.

2. RESPONSABILIDAD DE ACTORES DEL SISTEMA DE SALUD

En el ejercicio del interés y las funciones públicas que involucra el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto las instituciones públicas como los particulares que participan en el sistema se encargan de gestionar, coordinar, contratar y controlar los recursos destinados a la atención sanitaria, y de prestar el servicio público esencial de seguridad social en salud a toda la población, servicio que debe garantizar el Estado.

Los servidores públicos tienen un mayor grado de responsabilidad, respecto de los particulares. Esa responsabilidad tiene soporte en el esfuerzo público y general que demanda la obtención de los recursos fiscales y parafiscales, en la necesaria regulación atinente a la destinación de esos recursos, en el carácter público y general de los servicios que con esos recursos se prestan, y en el impacto sensible, necesario y general de esa prestación, en toda la sociedad.

En el ejercicio de la actividad administrativa, las autoridades son las llamadas a velar por el cumplimiento de la legalidad, salvaguardando las libertades y los derechos que tienen los particulares, y deben cumplir con su naturaleza esencialmente reglada respecto de las funciones a su cargo.

El principio de legalidad es sin duda el fundamento del Estado, definido en Colombia como social y democrático de derecho, en el que las garantías de los ciudadanos se circunscriben a la libertad de poder hacer todo aquello que no esté legalmente restringido, incluyendo el libre desarrollo de la personalidad, el libre desarrollo de actividades económicas y la libre iniciativa privada, por supuesto, en función del bien común y de la solidaridad social. Entre otros, los artículos 6,

14, 16, 82, 83, 121, 122, 209 y 333 de la Constitución Política representan el marco institucional de las libertades de los particulares y del mandato imperativo a las autoridades para que no impongan restricciones que no estén previstas en la Ley.

Por el contrario, "el sector público a diferencia del sector privado se rige por el principio de legalidad de los actos públicos, lo cual significa que los servidores públicos sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. (...) El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6º (...) Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares puedan hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y eso opera por medio de autorización legal"²⁶².

La Constitución Política establece que "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad"²⁶³, y que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"²⁶⁴, noción de responsabilidad que "significa, básicamente, la obligación de responder, esto es, la obligación de todo cargo público de rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de su cargo"²⁶⁵, o del desempeño de las funciones que les han sido asignadas.

Ahora bien, por mandato del artículo 49 de la Constitución Política y de la estructura creada por la Ley 100 de 1993, en el sistema de salud colombiano

²⁶²Corte Constitucional Sentencia C-337 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶³ Constitución Política de Colombia, artículo 123, inciso 1. República de Colombia.

²⁶⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 123. República de Colombia.

²⁶⁵ Bustos Gisbert (2004: 73).

actúan particulares en cada una de sus distintos componentes, principalmente en la financiación, en el aseguramiento y en la prestación misma del servicio.

Esos particulares ejercen funciones públicas transitorias y responden en la misma forma que los funcionarios públicos, por el desempeño en esas funciones, particularmente respecto del adecuado recaudo, guarda y destinación de los recursos públicos que administran, y de la prestación misma del servicio de salud, con cargo a esos recursos.

A continuación se hace un recuento sucinto de diversas clases de responsabilidad, que afectan a los actores del sistema general de seguridad social en salud.

2.1. *Responsabilidad Política.* La responsabilidad política tiene que ver con los funcionarios elegidos por voto popular (el Presidente, los Congresistas, Diputados, Concejales, Gobernadores, Alcaldes, Ediles) y con los funcionarios nombrados por los poderes públicos para ejercer un cargo de dirección y confianza (ministros y servidores de la rama ejecutiva principalmente). Los funcionarios electos afrontan esta responsabilidad por medio del denominado "control político", que aplican normalmente la rama legislativa o los órganos colegiados de elección popular (Asambleas, Concejos Municipales, Juntas Locales, etc.); y los funcionarios nombrados en cargos de dirección y confianza, se enfrentan a decisiones de permanencia, destitución o sustitución en el cargo.

La responsabilidad política permite, por una parte, "prevenir comportamientos inadecuados en el seno de los estratos dirigentes de la Administración Pública, pues ningún ministro desea ser sustituido y establecerá sistemas internos de control que prevengan o corrijan a tiempo las desviaciones de poder. Por la otra, permite el establecimiento de sanciones políticas para comportamientos políticos en tanto se produzcan errores graves en la gestión pública; obviamente la mayor sanción será la desaparición política del responsable. Una vez producida ésta se da por terminado el proceso de responsabilidad en la medida en que el

comportamiento no fuera excesivamente grave, si lo fuere se pasaría a la segunda de las formas de represión: la judicial”²⁶⁶.

Considerando la transversalidad del sistema de salud, que toca todas casi todas las áreas de la Administración Pública y de la gestión legislativa, en el sistema de salud asumen responsabilidad política todos los servidores elegidos democráticamente, bien sea por omisión al no establecer políticas normativas y administrativas que propendan por el mejoramiento del sistema, y todos los funcionarios de la rama ejecutiva que tengan relación directa e indirecta con el sector salud, principalmente el Ministro de Salud, los Viceministros, el Superintendente Nacional de Salud, el Director del INVIMA, el Director el Instituto Nacional de Salud, los directores o secretarios locales de salud, entre otros, funcionarios que son de dirección, confianza y manejo, que en su designación suelen responder a intereses políticos.

En cambio, no asumen responsabilidad política los cargos ejecutivos ni operativos de las entidades públicas del Sistema, ni tampoco los cargos directivos de las entidades privadas, como serían los gerentes o presidentes de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o los directores o responsables de las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud (IPS).

2.2. Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos. Ante la responsabilidad de un funcionario o servidor público en materia penal, existen tres esquemas genéricos de sanción, de acuerdo con Bustos Gisbert:

“ a) El sistema legislativo en el que el juicio al gobernante, sea miembro del Ejecutivo o del Legislativo, es realizado por las cámaras Legislativas, siendo el caso más conocido el del impeachment presidencial norteamericano.

²⁶⁶ Bustos Gisbert, Rafael (2000: 25).

b) El sistema judicial puro en el que el enjuiciamiento corresponde a un órgano jurisdiccional ordinario de acuerdo con las normas procesales generales tal y como ocurría, por ejemplo, en la Constitución de Cádiz.

c) El sistema judicial especial en el que se atribuye el conocimiento del caso a un órgano que siendo jurisdiccional no sería el competente en virtud de las normas procesales generales. Aquí encontraríamos dos posibilidades: la atribución de estos casos al Tribunal Constitucional o aun órgano específico del poder judicial”.

En síntesis, la responsabilidad Jurídico-Penal de un servidor Público, sea este elegido por voto popular o nombrado por parte de la autoridad competente o particular que ejerce funciones públicas, debe analizarse a la luz de las particularidades del caso. “Pero ello además de encontrarse sometido a una profunda revisión, no impide de modo alguno que los gobernantes, sean del nivel que sean, puedan ser enjuiciados y condenados por la comisión de los delitos relacionados con la corrupción”²⁶⁷.

En lo atinente al sector salud de Colombia, los bienes jurídicos y las conductas penales en las que pueden caer los servidores públicos y privados del Sistema General de Salud, son principalmente los siguientes:

- Los delitos contra la Administración Pública, contenidos en el Título XV del Código Penal, artículos 397 a 403-A del Código Penal, especialmente los tipos penales del capítulo I, que se refieren al peculado, toda vez que los recursos del sistema son de naturaleza fiscal o parafiscal, no pueden destinarse a fines diferentes a la adecuada prestación del servicio, y son gestionados por servidores públicos o por particulares que tienen el régimen de los servidores públicos.

- En los delitos contra el patrimonio económico, contenidos en el Título VII, especialmente los capítulos I, V y VI que corresponden al hurto,

²⁶⁷ Bustos Gisbert, Rafael (2000: 76-77).

al abuso de confianza y a las defraudaciones, como también deben incluirse la utilización indebida de información privilegiada (artículo 258) y la gestión indebida de recursos sociales (artículo 260).

- Delitos contra la fe pública, previstos en el capítulo III del código penal.

- Los delitos de lavado de activos previstos en el capítulo V del Título X, que protegen el bien jurídico del orden económico social. Durante muchos años, el sistema de salud se ha afectado por la permeabilidad de actores de grupos ha estado Los delitos de lavado de activos, desafortunadamente son de reiterada comisión en nuestro mundo de hoy, tienen una particular incidencia en Países como Colombia, que vive una permanente amenaza de grupos terroristas como las FARC, disidencias de las FARC, el ELN y las bandas criminales, activas o desmovilizadas, que han utilizado a empresas y personas que se encuentran de la economía legal, entre ellas las instituciones del sistema de salud, para darle apariencia de legalidad a sus fortunas mal habidas. Este tipo penal es omnicompreensivo, pues existen innumerables condiciones de modo, tiempo y lugar para su comisión.

- Por último, está en juego el bien jurídico de "La Salud Pública", contenido en el título XIII del Estatuto Punitivo Colombiano. Los sujetos o instituciones del Sistema pueden infringir los tipos penales del capítulo I que se titula "de las afectaciones a la salud pública".

Una precisión importante es que el derecho penal colombiano únicamente contempla la responsabilidad penal de las personas naturales. A diferencia de otras legislaciones²⁶⁸ en Colombia se aplica el principio *societas delinquere non*

²⁶⁸ La Ley Orgánica 5 de 2010, por la cual se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995, Código Penal. El artículo único de la sección tercera, consagra: "Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus efectos de evitar que las personas naturales se escuden s representantes legales y administradores de hecho o de derecho". La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, también consagrada en otras legislaciones europeas y en Estados Unidos, constituye una herramienta importante en la lucha contra el delito evitando que las personas naturales se escuden detrás de una institucionalidad. Se prevén delitos tales como fraude fiscal, cohecho, estafa, descubrimiento y revelación de secretos, delitos contra el medio ambiente, la propiedad intelectual, etc, con penas de suspensión, multa o disolución, entre otras.

potest, de manera que de cometerse una conducta punible al interior de una institución de la Salud, la acción penal irá encaminada únicamente contra el responsable o empleado que haya intervenido, como autor o partícipe, aun cuando la conducta haya obedecido a una estructura criminal orquestada en las directivas de la organización o para su provecho.

2.3. *Responsabilidad Administrativa o Disciplinaria.* Queda por nombrar allende la responsabilidad disciplinaria del servidor público, atada al cumplimiento de la norma legal y reglamentaria.

Pedro T. Nevado-Batalla sostiene: “Evidentemente el correcto proceder del servidor público se nuclea en torno al ya varias veces reiterado respeto y sujeción al principio de legalidad, actitud que descendiendo al haz obligacional de dicho personal supone genéricamente que éste ha de realizar las funciones que le han sido encomendadas, desempeñando dichas funciones en la forma normativamente determinada y de acuerdo a las instrucciones de sus superiores jerárquicos. Por tanto el propio contenido de la actividad define los deberes del cumplimiento”²⁶⁹.

En resumen, los encargos que deben cumplir los funcionarios públicos se describen en la siguiente tabla:

Obligaciones de los Servidores Públicos

Tipo	Obligaciones
Constitucionales	<ul style="list-style-type: none"> - Neutralidad e independencia política. - Respeto a la dignidad de la Administración Pública. - Respeto del principio de igualdad y no discriminación. - Respeto a los particulares en el ejercicio de sus derechos y libertades públicas.
Profesionales	<ul style="list-style-type: none"> - Adecuación a la legalidad en el desempeño de sus funciones. - Cumplimiento de su jornada laboral. - Prestación ordinaria de su servicio. - Rendimiento y diligencia en las tareas y funciones encomendadas. - Cumplimiento de los plazos establecidos. - Respeto y deferencia a los compañeros y superiores.

²⁶⁹ Nevado-Batalla Moreno (2000: 37).

	<ul style="list-style-type: none"> - Confidencialidad. - Cooperación. - Cumplimiento del régimen de incompatibilidades. - Abstención del ejercicio de actividades o derechos sindicales fuera de lo establecido por la Ley. - Respeto y cuidado de los recursos materiales puestos a disposición para una óptima prestación de servicios.
De Eficacia Administrativa	<ul style="list-style-type: none"> - Deber de economía y suficiencia. - Adecuación estricta de los medios con los fines institucionales. - Diligencia y celeridad en la gestión de los procesos y asuntos de la gestión pública.
Con los Ciudadanos	<ul style="list-style-type: none"> - Deber de proximidad con el ciudadano. - Deber de servicio, tornando accesibles los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. - Deber de identificación ante el ciudadano. - Deber de trato respetuoso y amable.

Fuente: Nevado-Batalla Moreno²⁷⁰.

En Colombia, los servidores públicos están sometidos al Código Disciplinario Único. Los particulares, que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución Política cumplen funciones públicas, también están sometidos a la potestad disciplinaria del Estado. Para los efectos del Sistema de Salud, los particulares que son sujetos pasivos de la acción disciplinaria son aquellos que ejercen funciones públicas, de manera permanente o transitoria, “en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales”²⁷¹. Según esto, quedan comprendidos todos los responsables de las instituciones privadas, como lo serían los laboratorios farmacéuticos, las EPS, las IPS y el personal médico y administrativo, a excepción de los trabajadores que cumplan funciones simplemente operativas.

Son titulares de la acción disciplinaria dos entidades. Por una parte, el Ministerio Público, específicamente la Procuraduría General de la Nación, cuando se trata de servidores de la Administración Pública, que es el caso que nos ocupa a propósito del Sistema de Salud; y, por otra, el Consejo Superior de la Judicatura, para el caso de los funcionarios de la rama judicial. Estas dos entidades podrán imponer sanciones levísimas, leves o graves dependiendo de la conducta.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ Código Disciplinario Único Colombiano, Ley 734 de 2002, artículo 53. República de Colombia.

Sanciones que podrán ir, desde una simple amonestación hasta la destitución e inhabilidad por veinte años para ejercer funciones y cargos públicos.

2.4. *Responsabilidad Fiscal o Patrimonial.* En Colombia, la ley 610 de 2000 regula la “responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”²⁷².

La misma ley define la gestión fiscal como el “conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos. En orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de... eficiencia, economía, eficacia...”²⁷³.

El objeto por el cual el Estado realiza control fiscal es la necesidad de buscar el “resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”²⁷⁴.

La titular de la acción fiscal es la Contraloría General de la República, la cual puede delegar la función en las Contralorías Regionales, y se hará efectiva cuando se produzca un daño patrimonial al Estado o la pérdida, deterioro o daño de bienes públicos o fiscales cuyo presunto responsable pueda ser un servidor público o un particular en ejercicio de la gestión fiscal. Esta responsabilidad es complementaria de la disciplinaria, en la medida que no basta con sancionar al servidor o al particular, sino que también es necesario para el Estado recuperar el detrimento a su patrimonio o a sus bienes que le pudo causar la infracción del agente disciplinable.

²⁷² Ley 610 de 2000, artículo 1. El subrayado y la negrilla son del autor de este trabajo. República de Colombia.

²⁷³ Ley 610 de 2000, artículo 3. República de Colombia.

²⁷⁴ *Ibidem*.

Por último, aunque el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal por regla general corresponde a la Contraloría, como órgano de control independiente de las ramas del poder público, hay un caso excepcional en que la acción fiscal puede ser ejercida judicialmente por la propia entidad pública afectada, que corresponde a la acción de repetición, regulada en el artículo 90 de la Constitución Política y desarrollada en la Ley 678 de 2001.

La primera de estas normas contempla que, en "el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"²⁷⁵.

Finalmente, es importante concluir que tanto la responsabilidad derivada del control interno, como las que surgen a consecuencia del control externo, coexisten y se contraponen unas a otras. De manera que al desatarse una de ellas, por ejemplo la penal como consecuencia de la comisión de un delito, ello no impide que simultáneamente se ejerza la disciplinaria o la fiscal, sin que pueda alegarse que se está vulnerando el "non bis in ídem". Esto es así, pues se trata, no sólo de entes distintos que realizan el control, sino de responsabilidades de naturaleza y objeto sustancialmente diferentes. Así la acción penal busca la represión punitiva a un ciudadano por la violación de bienes jurídicos de la sociedad, mientras que con la disciplinaria la administración busca defender la dignidad de su recurso humano; y con la fiscal recuperar los dineros perdidos por la actuación antijurídica o imprudente del funcionario.

La única excepción es el control interno, que no podría coexistir con el disciplinario ni con el fiscal, debido a que la naturaleza de éste es igual al de aquellos y su función es la de ser un control previo y, por lo tanto, se agota, bien cuando sus sanciones que hayan sido impuestas y ejecutoriadas, o cuando una autoridad externa (como el Ministerio Público o la Contraloría) avocan

²⁷⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 90, inciso 2.

conocimiento de los hechos, pues la competencia de estas entidades externas es preferente y desplaza al control interno.

Por su parte, del concepto de responsabilidad se despliegan diversas responsabilidades en los ámbitos jurídico y político, enmarcadas en dos tipologías: 1). Responsabilidad objetiva y 2) Responsabilidad subjetiva.

2.5. *Responsabilidad Objetiva.* Según Javier Tamayo Jaramillo, la Responsabilidad Objetiva "es aquella en la cual el agente generador del daño está llamado a indemnizar los perjuicios ocasionados por la mera ocurrencia del resultado dañoso, sin consideración a la conducta prudente e imprudente del agente"²⁷⁶.

Es decir, la responsabilidad objetiva acaece cuando hay afectación o daño, y en la valoración de ésta no se tiene en cuenta si el perjuicio ocasionado por el agente fue por una conducta procedente o improcedente, sino por el hecho evidente de afectación, así no se haya querido perjudicar en alguna forma. Es relevante acotar que en la responsabilidad objetiva no se tienen en cuenta elementos subjetivos del agente ocasionador de la afectación.

Según Tamayo, "en la responsabilidad objetiva se prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño. Circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probado el vínculo causal entre agente y daño se produce la responsabilidad. Simplemente se procura equilibrar los patrimonios de víctima y agente responsable"²⁷⁷.

2.6. *Responsabilidad Subjetiva.* Para comprender el alcance del concepto, hay que remitirse al principio de culpabilidad, el cual constituye, un elemento esencial de la responsabilidad civil y es el que fundamenta la responsabilidad subjetiva.

²⁷⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. (2002: 9).

²⁷⁷ *Ibidem* (19).

Iván Velázquez Gómez precisa que “el principio de culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva, se traduce en el aforismo *‘null poena sine culpa’*, el cual supone que un servidor público sólo podrá ser sancionado si actúa con culpabilidad”²⁷⁸.

La culpabilidad o responsabilidad plena se escenifica cuando el agente ha estado o pudo estar en capacidad de dirigir su comportamiento de acuerdo con los lineamientos jurídicos y no lo hizo (principio de legalidad). Por ello, la responsabilidad subjetiva requiere la existencia de un dolo o de una culpa probada o presunta, con el fin de configurarse la obligación de reparar el perjuicio.

Existen eventos respecto de los cuales, por su trascendental importancia o por el riesgo de una conducta, el legislador determina unos regímenes excepcionales en la culpa o en la forma de probarse, de los cuales se citan los siguientes:

- Supresión de la culpa de entre los elementos de la responsabilidad civil, (lo cual significa acoger el régimen de la responsabilidad objetiva para determinadas actividades). Un ejemplo de la responsabilidad objetiva se presenta en la llamada “responsabilidad por riesgo creado”, que se da cuando alguien inserta a la sociedad un riesgo que no existía (por ejemplo, cavar un pozo en un lugar donde alguna persona pueda pasar y caer en él). La única exoneración posible es el rompimiento del curso causal de la acción (culpa exclusiva de la víctima o de un tercero), o una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito)

En palabras de Jorge Suescún Melo, la supresión de la culpa traslada la responsabilidad subjetiva hacia la objetiva, lo cual “da lugar a la denominada responsabilidad objetiva, en la que sólo se requiere un vínculo causal mecánico entre el hecho o la omisión del agente y el daño generado, sin que deba

²⁷⁸ Velázquez Gómez, Iván. (1999: 78).

hacerse ninguna valoración de conducta, pues se deduce la existencia de responsabilidad con base en meros elementos objetivos²⁷⁹.

- Presunción de la culpa. Esto implica invertir la carga de la prueba de la culpa, que en principio corresponde al afectado, para imponerla sobre el perpetrador del daño, quien deberá probar su diligencia y prudencia. Si esta persona no logra desvirtuar la presunción de culpabilidad, se le considerará responsable y deberá pagar los perjuicios. La culpa se presume por la dificultad en que se encuentra el afectado para probarla en determinadas actividades, por la especialización de la actividad, por ejemplo en actividad médica, en la cual el paciente, en la inmensa mayoría de los casos, ignora los protocolos y la *lex artis* de la ciencia para demostrar que una conducta de su médico ha sido culposa, por lo cual se invierte la carga de la prueba y le corresponderá al médico demostrar que el procedimiento se desarrolló correctamente y el daño se produjo por otra causa. Otro ejemplo de la presunción de culpa es el llamado "hecho de las cosas", esto es, contra el poseedor de máquinas o animales potencialmente peligrosos. En este caso se presume que el daño se ha causado por descuido o negligencia de su dueño o amo, y es éste quien debe demostrar que fue diligente.

A diferencia de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva requiere la existencia de una culpa probada o presunta, con el fin de configurarse la obligación de reparación. Vale la pena aclarar, sin embargo, que no en muchos de los casos el legislador suprime la culpa como elemento que configura la responsabilidad civil. Cuando así lo hace se requiere de una norma específica que lo establezca.

Enunciadas brevemente las anteriores clases de responsabilidad, debemos advertir que, respecto de los servidores involucrados en la prestación de servicios en el sistema de salud se debe probar la causalidad entre el hecho o conducta generadora del daño y el perjuicio generado o la afectación a un bien jurídico

²⁷⁹ Suescún Melo, Jorge. (2003: 390).

superior, como la correcta disponibilidad y prestación del servicio; adicionalmente, no existe en Colombia una disposición normativa que prevea responsabilidad objetiva para efectos de los bienes, funciones o servicios de los sistemas sanitarios, por lo que se predica una responsabilidad subjetiva y debe probarse la culpa.

CUARTA PARTE:
EFFECTIVIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

1. ENUNCIADO

La efectiva satisfacción de las necesidades básicas y el respeto a los derechos de cada persona, constituyen una adecuada forma de identificar el correcto funcionamiento del Estado. Si las personas tienen real acceso a los servicios que satisfacen sus necesidades, ese acceso es el indicador por excelencia del cumplimiento de todas las responsabilidades a cargo al Estado.

Por el contrario, si a pesar de existir instituciones, recursos y condiciones normativas creadas para suplir las necesidades y garantizar la efectividad de los derechos, éstos no se garantizan, o no hay acceso a los servicios, o el acceso existente es restrictivo e insuficiente se evidencia la fatiga en la estructura del Estado y se hace latente una pérdida crítica de esfuerzos y de recursos públicos, muchas veces, en beneficio de finalidades particulares, ajenas al interés público.

La estructura del Estado y las instituciones creadas para la satisfacción de las necesidades de la población deben estar concebidos para funcionar dentro de parámetros normativos. Pero si a pesar de verificarse el cumplimiento de las normas, esa operatividad no se ve reflejada en la satisfacción mínima de los derechos, estamos en presencia de una estructura e instituciones implícitamente corruptas.

Lejos de responder al esfuerzo de la población, que delega responsabilidades en sus gobernantes y aporta recursos para lograr que el Estado cumpla con sus fines, el Estado evidencia pérdidas estructurales, económicas, políticas y de orden público al darle vida y hacer funcionar su compleja institucionalidad, sin corresponderse con los servicios realmente requeridos por la población.

Un Estado en crecimiento permanente, que impone obligaciones y cargas cada vez más complejas, pero que no resuelve las necesidades básicas alimenta la frustración de su población, presiona cambios estructurales o siembra su propia

autodestrucción. Así ha ocurrido a lo largo de la historia en diferentes estructuras políticas y en distintos modelos de Estado.

La estructura política de la antigua Grecia, los modelos monárquicos, republicanos e imperiales de la antigua Roma, la organización feudal de la edad media, los modelos monárquicos del renacimiento, el surgimiento del estado liberal, la refundación democrática y republicana de las revoluciones e independencia de las Américas, los gobiernos totalitaristas, fascistas, comunistas y socialistas del siglo XX, la estructura del Estado Bienestar, el Estado Social de Derecho y las actuales visiones de la democracia participativa, que se promueven por una fuerte intervención de tecnologías de información, fueron y han sido afectados por la falta de efectividad en la satisfacción de las necesidades de la población y han generado transformaciones históricas inevitables.

Resulta esencial constatar si el Estado responde de manera eficaz a las necesidades y derechos de la población, para verificar la viabilidad de las instituciones y propender por su sostenibilidad. O por el contrario, impulsar los necesarios cambios estructurales que requiera el Estado, previendo que se sucedan reacciones no democráticas, forzosas o muchas veces antijurídicas por parte de la población.

Esta investigación se ha centrado en el modelo político, normativo e institucional que en Colombia se creó para proteger el derecho a la salud, a efectos de poner en evidencia la grave contradicción entre las normas constitucionales y legales que amparan el derecho (con sus amplias instituciones, recursos y estructura) y la precaria realidad de la prestación del servicio, caracterizada por la inequidad, la falta de oportunidad y el uso ineficaz e indebido de los recursos públicos.

El sistema de seguridad social en salud que promueve principios y fundamentos dirigidos a la salvaguarda de la vida y de la salud en condiciones dignas, con amplios recursos técnicos, lleno de instituciones y actores teóricamente especializados, y con controles legales ampliamente regulados, es corrupto *per*

se, no sólo por el extravío persistente de recursos públicos del que ha sido víctima, sino principalmente por su poca efectividad. Siendo teóricamente universal y de acceso general, y aun cumpliéndose con todos los formalismos de las normas legales y reglamentos que lo rigen, en realidad el sistema presta un servicio al que pocos logran acceso de manera eficaz, oportuna e integral.

En otras palabras, el gasto de cuantiosos recursos obtenidos por tributos o rentas parafiscales, de forzoso pago por parte de la población, la existencia de todo un entramado de responsables del aseguramiento, la coexistencia de una red de prestadores de servicios en todos los niveles de complejidad, la suposición de que todos los actores cumplen con sus responsabilidades normativas y técnicas, y la existencia de una gran estructura pública de regulación y control se muestran de manera contradictoria frente a la realidad de la mayoría de la población, que no recibe los adecuados y oportunos servicios sanitarios. Se percibe un derroche de esfuerzos y dinero por parte del Estado, que parece beneficiar lícitamente a diversos actores del sistema y no a una población que sigue enferma y adolece de suficiente atención.

En capítulos anteriores de esta investigación se dijo que el concepto de corrupción no solamente aplica cuando hay una flagrante ilegalidad manifiesta, sino que también está presente cuando los recursos públicos y las instituciones legalmente creadas, cumplen con las condiciones que demandan las normas pero no responden a la finalidad para las que se crearon. Por lo mismo, no satisfacen la necesidad vital de la población, que requiere acceso real y efectivo a los servicios de salud.

En tal sentido, corresponde advertir sobre la necesidad de encontrar fórmulas que impacten positivamente en el sistema de salud, precaviendo la primacía del derecho por sobre la formalidad de la norma positiva, y la búsqueda de un sentido trascendente que oriente una adecuada estructuración o reforma del sistema.

2. EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

A lo largo de esta investigación, se ha mencionado que el acceso a los servicios de salud se reconoce como derecho en los sistemas constitucionales occidentales, cuya prestación es responsabilidad del Estado. Adicionalmente, en Colombia los servicios de salud son considerados como un componente de la seguridad social integral.

Resulta ilustrativo retomar parte del contexto histórico expuesto brevemente en los primeros capítulos de este trabajo, para recordar las observaciones hechas al Estado Liberal en el siglo XIX, principalmente por Leon Duigut y la escuela francesa del derecho administrativo, que evidenciaban la necesaria evolución del Estado gendarme, a un Estado prestador de servicios públicos. Esa evolución condujo a la consecuente concepción del Estado Social de Derecho, que ha propendido por el reconocimiento y garantía a toda la población de unas garantías sociales esenciales que mejoraran la calidad de vida, y a un reconocimiento y fortalecimiento de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

A partir del reconocimiento de estos derechos, la seguridad social y el acceso a los servicios esenciales que la constituyen (que incluyen los servicios de salud, protección a la vejez, amparo al desempleo y servicios sociales complementarios), empiezan a ser reconocidos por los sistemas constitucionales entre ellos el colombiano. Su prestación y protección resulta cada vez más determinantes para el desarrollo y viabilidad de los Estados contemporáneos, al punto que esos derechos son representativos de los indicadores más sensibles del bienestar general de la población, y su no prestación o su inadecuada protección, generan hoy graves reacciones de la población, que ya percibe estos derechos como razón esencial de la existencia misma del Estado.

Por tanto, frente al reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, la disyuntiva que se presentó en el ordenamiento jurídico colombiano, es si concretamente la seguridad social en salud, objeto de la presente investigación, se enmarca únicamente dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, o si, dada su naturaleza jurídica, va más allá hasta considerarse un derecho fundamental.

Bajo la primera categorización, como derecho económico, social y cultural, su protección obedece a la ejecución de políticas públicas y a actuaciones de control administrativo, de manera que sólo sería susceptible de protección de tutela o amparo, por conexión con el derecho a la vida o con otros derechos fundamentales. Bajo la segunda categorización, el derecho a la salud es fundamental y autónomo, lo que lo hace susceptible de protección por medio de la acción de tutela, al mismo nivel de derechos fundamentales como la vida.

En Colombia, inicialmente, la Iglesia Católica y organizaciones privadas sin ánimo de lucro, eran las principales encargadas de la prestación de los servicios de salud, movidas por la caridad o la filantropía. Sólo a partir del Siglo XX, surgen y se consolidan hospitales públicos ligados a entidades territoriales, se crean instituciones públicas de beneficencia y nacen las primeras instituciones públicas de aseguramiento, como el Instituto de Seguros Sociales y las cajas de previsión de organismos públicos especializados.

La prestación sanitaria estaba caracterizada por la oferta de servicios, esto es, por la creación, financiación y disponibilidad Estatal de hospitales y centros públicos de atención, junto con una red no coordinada de hospitales privados sin ánimo de lucro, a los que acudían las personas cuando adolecían de alguna enfermedad o dolencia en salud.

Ese modelo conocido como *subsidio a la oferta*, daba prioridad a la capacidad hospitalaria por encima de la atención concreta a las personas, de manera que se construían y financiaban hospitales y centros de salud, para que

permanecieran en espera de atender a los pacientes que así lo requirieran. La capacidad hospitalaria era el centro del sistema, más no las personas y sus dolencias, de suerte que existían muchos centros de atención sin demanda de servicios, pero con altos gastos de funcionamiento, y por el contrario, existían otros centros de atención con una altísima demanda, pero sin capacidad de respuesta por saturación o dificultades económicas.

En el año 1991, la Constitución Política definió a Colombia como un Estado Social de Derecho²⁸⁰, y bajo la amplitud que involucra ese concepto, hizo todo un desarrollo ideológico de esa caracterización. Así, en el artículo 2º superior se determinan como fines esenciales del Estado, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigilancia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”²⁸¹.

Ramón Eduardo Madriñán señala que “Colombia como Estado Social de Derecho, es un Estado que bajo los aspectos propios del Estado de Derecho, (rechazo al absolutismo y totalitarismo, mediante el imperio de la ley, la división de poderes, el principio de legalidad y la defensa de los derechos fundamentales) y, desarrollando los principios del Estado Social (la procura del mínimo existencial,

²⁸⁰ Constitución Política de Colombia de 1991. Preámbulo: “En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la asamblea nacional constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a su integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga lo siguiente”. Artículo 1º. “Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

²⁸¹ Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 2º.

la igualdad de oportunidades y la procura de un orden económico y social), se encuentra en función la dignidad de la persona y el interés general, lo que en consecuencia constituye su ser y establece su esencia”²⁸².

Con arreglo a la lógica del Estado Social de Derecho, la Constitución Política de Colombia prevé un capítulo dirigido a precisar la “Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos”²⁸³, que contiene los artículos 365 (Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado); 366 (El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como fines sociales del Estado); 367 (Fijación legal de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios); 368 (Los niveles de gobierno y las entidades descentralizadas deben conceder subsidios a personas con bajos ingresos); 369 (Deberes y derechos de los usuarios, protección, participación y fiscalización); y 370 (Competencia del Presidente de la República para diseñar políticas de administración, inspección, control y vigilancia de las entidades a cargo de los servicios públicos).

En los artículos 48, 49 y 50 de la Constitución Política, se contempló a la seguridad social en salud como un derecho irrenunciable de segunda generación, al mismo tiempo que se estableció el deber del Estado, de proveer el servicio de salud a todos los ciudadanos, así:

Artículo 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

²⁸² Madriñán, Ramón Eduardo. (1997: 93).

²⁸³ *Ibidem*.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. (...) ²⁸⁴.

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 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 ²⁸⁵.

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

En principio, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, cambia la forma como se han de visualizar y prestar los servicios de salud, considerando que ahora la persona es el centro del sistema y ya no la sola disponibilidad de instituciones hospitalarias.

²⁸⁴ No se incluye el texto adicionado por el acto legislativo N°01 de 2005, en tanto se refiere a prestaciones de seguridad social relacionadas con pensiones.

²⁸⁵ Modificado por el acto legislativo N°02 de 2009.

El reconocimiento constitucional de la salud como derecho de toda persona, genera la expresa responsabilidad de prestación del servicio a cargo del Estado, que además debe organizar, dirigir y reglamentar el servicio público de seguridad social en salud, por lo que, en síntesis, constitucionalmente ahora importa garantizar a las personas su derecho a la salud.

Como consecuencia directa de la norma constitucional, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 contentiva del sistema general de seguridad social en salud, y previó un giro radical en la forma de garantía de la prestación. Del subsidio a la oferta que se centraba en la financiación para la construcción y disponibilidad de hospitales, en Colombia se migró a un subsidio a la demanda, que procura el aseguramiento y cobertura de la población, indistintamente de la cantidad de prestadores existentes, y que ampara las contingencias en salud en sus componentes de promoción, prevención y atención.

El sistema creó las denominadas Entidades Promotoras de Salud – EPS, encargadas de administrar la afiliación en salud de la población y asegurar, promover y gestionar la prestación de servicios en salud a sus afiliados, en teoría, ofreciéndoles una red de prestadores (hospitales y centros de atención) propia o contratada, que puede variar, que debería propender por los mejores niveles de prevención, calidad y oportunidad, a cambio de un pago per cápita reconocido por el Estado.

No obstante, lejos de esa pretendida finalidad, las Entidades Promotoras de Salud – EPS funcionaron y funcionan como verdaderos filtros de costos, en procura de su propia sostenibilidad financiera y de la sostenibilidad del mismo sistema, de manera que se volvió costumbre ofrecer la menor cantidad posible de alternativas de servicios, por supuesto, afectando dramáticamente la prevención, calidad y oportunidad de la atención en salud.

Así las cosas, el avance jurídico previsto en la Constitución Política de 1991 y, posteriormente, en la Ley 100 de 1993, normas que propenden por una

prestación de servicios que garantice el derecho constitucional a la salud de cada persona, no se refleja en el mejoramiento del servicio, evidenciándose un sistema de contención de costos y de búsqueda de utilidades.

Las EPS lejos de ser promotoras de la salud de sus afiliados, operan dispuestas siempre a la negación reiterada de servicios que se dicen no estar incluidos en el plan de beneficios, o a la demora o contención de los servicios incluidos, a efectos de propender por la eficiencia en el gasto y la consecución de excedentes o utilidades.

Parte del problema es que “paralelamente a la expedición del texto constitucional se incrementó el modelo económico neoliberal y esto planteó una tremenda contradicción entre la norma jurídica y la estructura económica, llegándose a algo insólito: el ejecutivo y el legislativo dan preferencia a respuestas neoliberales y los jueces, mediante la acción de tutela, son los únicos que le ponen el hombro al Estado Social de Derecho”²⁸⁶.

Ante esta disyuntiva hay que afirmar que, tanto el Estado Social de Derecho como los principios y valores constitucionales, señalados en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, se instituyen como la fórmula axiológica y ontológica del Estado, sea cual fuere el modelo económico vigente.

Los presupuestos de las funciones y deberes del Estado deben inspirar todo el ordenamiento jurídico, especialmente en lo atinente a los derechos y deberes de las personas, lo que debe primar sobre los intereses económicos particulares y el sistema económico que se adopte. Cualquier otra consideración institucional que haga letra muerta de los fines constitucionales, desconoce el carácter mandatorio superior.

Así, a pesar de la existencia de un sistema de salud que dice corresponderse con los fines esenciales del Estado y del cumplimiento de las normas legales y

²⁸⁶ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 4).

reglamentarias que lo rigen, se atenta contra la Constitución Política si, en la práctica, hay desconocimiento de las prestaciones asistenciales y del derecho básico que tienen los ciudadanos de acceder a los servicios de salud.

Para garantizar la efectividad de los servicios de salud, no resulta suficiente prever en la Constitución y en las normas legales un catálogo amplio de derechos y un régimen económico que permita la intervención del Estado. Es necesario hacer operativos esos derechos en la población, como principio esencial de la existencia misma del Estado.

Al respecto, en la Sentencia C-449 de 1992, la Corte Constitucional señaló:

“La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad, se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido, el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia”²⁸⁷.

En la Sentencia C-566 de 1995, la Corte Constitucional precisó:

“En esa medida, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del ‘Estado’ y la ‘sociedad’, la cual se

²⁸⁷ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además Sentencias T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-571 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto –según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico-, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real”²⁸⁸.

En el caso concreto de la intrínseca relación de la cláusula del Estado Social de Derecho, y la garantía del derecho a la salud y su prestación en tanto servicio público, la Sentencia T-760 de 2008 sustenta:

“La Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho”²⁸⁹.

En ese sentido, el artículo 48 de la Constitución Política ordena al Estado que cree una institucionalidad que garantice la prestación de los servicios públicos esenciales de seguridad social en salud.

Así, en lógica constitucional, el sistema de seguridad social en salud, creado por el legislador y reglamentado por el gobierno nacional, debe responder a la real efectividad del derecho a la salud, y no a una intención o un mero intento de prestación. Si los ciudadanos no ven satisfecho su derecho, a pesar de la existencia del sistema y de todas las institucionales que lo constituyen, en realidad ese sistema es sustancialmente inconstitucional, además de ser

²⁸⁸ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-566 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, Magistrado ponente.

²⁸⁹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente.

representativo de un esfuerzo inerte, con un altísimo costo social, económico y político.

Otra de las herramientas dispuestas para pretender esa operatividad real, consiste en la consagración de acciones judiciales constitucionales preferentes, sumarias y excepcionales, siendo la acción de tutela la más usada en Colombia²⁹⁰. Prevista en el artículo 86 de la Constitución como medio de amparo ante el riesgo o afectación de los derechos fundamentales, la acción de tutela se puede tramitar ante cualquier juez en Colombia y hace parte de la jurisdicción constitucional, que es autónoma y superior, y a la que se le ha confiado la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución Política y la protección de los derechos fundamentales²⁹¹.

En Colombia, desde 1910, cuando se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se empezó a ejercer un control de constitucionalidad judicial, pero sólo sobre el ejercicio legislativo del estado y sobre normas con fuerza material de ley, sin que se permitiera que los ciudadanos procuraran la protección sumaria de sus derechos fundamentales, por cuenta actuaciones que los pusieran en riesgo o los afectaran.

Fue la Constitución Política del año 1991 la que generó un cambio sustancial en la protección de los imperativos constitucionales, al crear la Corte Constitucional, autoridad judicial suprema y autónoma de la jurisdicción constitucional, que ya no sólo está dirigida al control normativo constitucional, sino principalmente, a conocer y fallar acciones de tutela que constituyen una definitiva aproximación entre el ciudadano, sus derechos fundamentales y la Constitución Política que ordena su garantía.

²⁹⁰ Que tiene como unos de sus antecedentes a la Constitución Española de 1978, conforme consta en las Actas y Antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.- Así mismo, la acción de tutela en Colombia ha inspirado modelos de protección ciudadana como el previsto en el artículo 43 de la Constitución Argentina de 1994, y estudios de reforma a la protección de amparo prevista en la Constitución Mexicana. Se puede consultar a Vivas Barrera, Tania Giovanna (2012).

²⁹¹ Así lo define el artículo 242 de la Constitución Política de Colombia.

El artículo 86 de la Constitución Política, que creó la acción de tutela, señala:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción únicamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La carta superior señala claramente que la acción de tutela es un mecanismo *excepcional*, que procede cuando se afecten o se pongan en riesgo derechos fundamentales y *no existan otros mecanismos de defensa*.

En relación con el derecho a la salud, la acción de tutela ha desempeñado un rol protagónico en el servicio público esencial, considerando el altísimo volumen de negaciones de servicios, tratamientos o procedimientos, y las deficiencias en la oportunidad. El siguiente cuadro contiene los datos consolidados por la Defensoría del Pueblo en Colombia, y evidencia la incidencia y crecimiento de las

acciones de tutela interpuestas por afectación al derecho a la salud, desde el año 1999 hasta el año 2014²⁹²:

Cuadro consolidado de acciones de tutela – Derecho a la salud

Año	Total acciones de tutela	Tutelas en Salud	% de participación	Tasa de crecimiento anual
1999	86.313	21.301	24,68%	
2000	131.764	24.843	18,85%	16,63%
2001	133.272	34.319	25,75%	38,14%
2002	143.887	42.734	29,70%	24,52%
2003	149.439	51.944	34,76%	21,55%
2004	198.125	72.033	36,36%	38,67%
2005	224.270	81.017	36,12%	12,47%
2006	256.166	96.226	37,56%	18,77%
2007	283.637	107.238	37,81%	11,44%
2008	344.468	142.957	41,50%	33,31%
2009	370.640	100.490	27,11%	-29,71%
2010	403.380	94.502	23,43%	-5,96%
2011	405.359	105.947	26,14	12,11%
2012	424.400	114.313	26,94	7,9
2013	454.500	115.147	25,33	0,73
2014	498.240	118.281	23,74	2,72
TOTAL	4.507.860	1.323.292	29,36%	

Fuente: Corte Constitucional - Consolidado: Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014.

Ante la reiterada negación o demora en la prestación de los servicios, y ante la indefensión y urgencia que reviste la negación del acceso real a las prestaciones asistenciales, la población ha acudido masivamente a la protección constitucional por vía de tutela, como mecanismo expedito de protección y resolución jurídica.

Las siguientes son algunas de las conclusiones a las que ha llegado la Defensoría del Pueblo en Colombia, luego del análisis de la frecuencia y volumen de acciones de tutela interpuestas en Colombia²⁹³:

- Cada cuatro minutos se interpone en Colombia una tutela para reclamar servicios de salud.
- De un total de 1123 municipios que existen en Colombia (incluyendo el distrito capital y los distritos capitales de departamentos), para el año 2014, en 874 municipios se interpusieron acciones de tutela

²⁹² Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 88).

²⁹³ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 170)

relacionadas con el derecho a la salud y en 506 de ellos, se constituyó como el derecho más reclamado en acción de tutela.

- El 83,16% de las decisiones judiciales en primera instancia fue fallado a favor de los tutelantes en salud, lo que indica una altísima afectación al derecho y la consecuente necesidad de protección.

- Las órdenes más frecuentes impartidas por los jueces tienen que ver con tratamientos (23,90%), medicamentos (16,11%), citas médicas especializadas (12,44%), prótesis, órtesis e insumos médicos (10,24%) y cirugías (9,55%).

- Los cinco diagnósticos más frecuentes en las tutelas fueron los tumores o neoplasias (10,95%), enfermedades del sistema circulatorio (9,23%), enfermedades del aparato genitourinario (8,43%), enfermedades del sistema nervioso (8,31%) y trastornos mentales y de comportamiento (8,22%).

Resulta evidente la dicotomía entre el sistema de salud creado legalmente y su ineficacia, siendo los jueces quienes han asumido la determinación de procurar la oportunidad y calidad en la atención, y no las instituciones del mismo sistema de salud, como debería ser.

Valga decir que esa dicotomía se acrecentó por muchos años, curiosamente, por cuenta de la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, que no permitía la tutela constitucional directa sobre el derecho a la salud, por considerar que se trataba de un derecho social, económico y cultural, al no estar incluido en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución Política.

La jurisprudencia constitucional protegía los derechos a la seguridad social, por vía de tutela, únicamente en los eventos en que existiera conexión con derechos fundamentales tales como la vida, el derecho al mínimo vital o el derecho de petición (por citar algunos). Por tanto, el ciudadano desprotegido, ante la urgencia de recibir una oportuna atención en salud, debería asumir los costos de la atención o acudir a la tutela con una posibilidad parcial de prosperidad,

debiendo demostrar una afectación a otros derechos considerados como fundamentales, y no sólo afectación a su derecho a la salud.

Ya mencionamos cómo se profirieron miles de sentencias amparando el derecho a la salud, sin embargo, con anterioridad al año 2008, esas sentencias sólo contenían fallos favorables por conexidad con derechos fundamentales. Para el año 2006, la Corte Constitucional habían proferido más de cinco mil sentencias de tutela por revisión de fallos relacionados con derechos fundamentales conexos a la salud²⁹⁴.

Esa forma indirecta de amparo puso en evidencia una contradicción en la jurisprudencia constitucional, pues formalmente el acceso a los servicios de salud no era un derecho fundamental y no era objeto directo de acción de tutela, pero en la práctica, era objeto de una altísima reclamación a través de la misma acción, demostrándose casi siempre la conexidad con derechos como la vida y la dignidad.

Al respecto, expuso Dueñas Ruíz: "¿Por qué esta paradoja consistente en que pese a que la acción de tutela está establecida para garantizar los derechos fundamentales, se dice que los derechos a la seguridad social no son fundamentales y sin embargo se protegen masivamente?. Una de las explicaciones, no la única, es la siguiente: en el año de 1994 se presentó una demanda contra la ley 100 de 1993. Los demandantes argumentaron que a la ley 100 de 1993 se le dio por el Parlamento un tratamiento de ley ordinaria, cuando debiera habersele dado el trámite de ley estatutaria puesto que los derechos a la seguridad social son fundamentales, luego la ley había sido irregularmente expedida y por lo tanto debía declararse inexecutable. La argumentación era perfecta, pero los magistrados de la Corte Constitucional, por unanimidad, en sentencia C-408 de 2004, basada en algunos precedentes jurisprudenciales, le dieron mucha importancia a la discutible teoría genética de los derechos,

²⁹⁴ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 9-10).

dividiéndolos en primera, segunda y tercera generación. Afirmó la Corte que la seguridad social está dentro de los derechos de segunda generación y que los derechos fundamentales son únicamente los de primera generación. Esa tesis le permitió a la Corte Constitucional declarar que se había expedido correctamente la ley 100 de 1993, sobre seguridad social. Pero para salvaguardar la garantía a los derechos a la seguridad social, se los ha venido protegiendo con la teoría de la conexidad con otros derechos que no admiten duda sobre su carácter jusfundamental". (...)

Sigue precisando Dueñas Ruíz: "En contra de la opinión de la Corte Constitucional hay que decir que la teoría de los derechos a la seguridad social califica a éstos como derechos fundamentales. Garantizar los derechos fundamentales hace parte del constitucionalismo de la postguerra, es la expresión del constitucionalismo dogmático (mejor sería decir antropocéntrico), es el cumplimiento del compromiso adquirido por los Países de la región a raíz de la Carta de San José de Costa Rica, es una proyección del nuevo contrato social, porque han ingresado a la Constitución los derechos, los principios y los valores y dentro de los primeros los derechos laborales y de la seguridad social²⁹⁵.

No considerar a la salud como un derecho fundamental resulta contrario al reconocimiento amplio en el mundo de la salud como derecho fundamental. Por ejemplo, el artículo 1º del Código Iberoamericano de Seguridad Social, que cataloga a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano (artículo 1º), y el Proyecto de Constitución de la Unión Europea, que también considera a la seguridad social como uno de los derechos fundamentales, señalan:

"Parte II, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión artículo II-34.

²⁹⁵ *Ibidem* (10).

Seguridad Social y Ayuda Social:

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

"2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales.

"3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales".

La norma anteriormente transcrita armoniza con los artículos: II-21, sobre no discriminación, II-24 sobre derechos del menor, II-25 sobre derechos de las personas mayores, II-26 sobre integración de las personas discapacitadas, II-35 sobre protección a la salud"²⁹⁶.

Por muchos años, existió en Colombia una increíble negación de la necesaria protección directa del derecho a la salud, por vía de tutela.

Inicialmente, la Corte Constitucional asumió que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, a pesar de estar íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física. Al respecto señalaba la Corte:

²⁹⁶ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 10).

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”²⁹⁷

La misma Corte que predicó la trascendencia y esencialidad del derecho a la salud, durante muchos años reiteró también el carácter prestacional y no fundamental del derecho, en una interpretación, así:

²⁹⁷ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-494 de 1993. Vladimiro Naranjo Mesa, Magistrado Ponente. Ver también Sentencias T-597 de 1993, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-447 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, y SU-256 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia.

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no sólo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”²⁹⁸

Ahora bien, la intrínseca relación con el derecho a la vida, generó que el derecho a la salud fuera objeto de protección indirecta, por medio de la acción de tutela. “La fundamentalidad dependía entonces de su vínculo con un derecho

²⁹⁸ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-395 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Bogotá D.C., Colombia. Ver también Sentencia SU-819 de 1999, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis, Bogotá D.C., Colombia. 1999.

fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal²⁹⁹. Por consiguiente, si no existe riesgo para la vida, por sí sólo el derecho a la salud no sería tutelable.

En el año 2001, la Corte Constitucional modificó su posición jurisprudencial y precisó que, tratándose de población vulnerable es deber del Estado promover la especial protección de todos sus derechos, particularmente de aquellos que tengan relación directa con el derecho a la vida y la dignidad. En tal sentido, concluyó la Corte que respecto de población vulnerable (adultos mayores, población infantil y personas discapacitadas), la salud debería considerarse derecho fundamental autónomo, susceptible de protección por vía de la acción de tutela.³⁰⁰

En la sentencia T-859 de 2003, por primera vez la Corte Constitucional afirmó que el derecho a la salud podía considerarse un derecho fundamental, indistintamente de los destinatarios, advirtiendo que existen derechos superiores que están en el texto constitucional y otros no, pero que por su carácter esencial deben considerarse como fundamentales. Sin embargo, esa tesis no fue de plena acogida por la Corte y muchos fallos posteriores fueron contradictorios, pues seguían exigiendo conexidad para el amparo del derecho a la salud³⁰¹.

Únicamente hasta el año 2008, por medio de la Sentencia T-760³⁰², la Corte Constitucional Colombiana reconoció de manera unánime y permanente lo

²⁹⁹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-845 de 2011. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Magistrado Ponente.

³⁰⁰ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1081 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-858 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-935 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-1026 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-1138 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-490 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-662 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-1035 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-060 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-073 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-148 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-770 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C.

³⁰¹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-859 de 2003. Eduardo Montealegre Lynett, Magistrado Ponente.

³⁰² Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente. Esa posición jurisprudencial se consolidó como consta, entre otros, en los siguientes pronunciamientos: Sentencia T-073 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-

innegable. Que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, susceptible de protección constitucional directa, sin necesidad de conexión con otros derechos señalados en la Constitución Política como fundamentales. La Corte no desconoce el texto constitucional, sino que acude a una interpretación extensiva y sustantiva del texto superior, de manera que la mención de los derechos en la Constitución los hace fundamentales, no por su ubicación en uno u otro capítulo, sino por la esencialidad que tienen para la vida misma de las personas y su especial relación con la vida y la dignidad humana.

Adicionalmente, la Corte menciona la trascendencia y obligatoriedad del denominado *bloque de constitucionalidad*, para reafirmar que la fundamentalidad de los derechos también se predica por su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional, particularmente en principios esenciales que han sido incorporados al ordenamiento jurídico en Colombia.

Entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos expresamente se reconoce que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la *salud* y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la *asistencia médica* y los servicios sociales necesarios. (...) La maternidad y la infancia tienen derecho a *cuidados y asistencia especiales*.”³⁰³.

Así mismo, en los principios de la constitución de la Organización Mundial de la Salud, se define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los *derechos*

1178 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. Sentencia T-471 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-689 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-744 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto. Sentencia T-022 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-955 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-057 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-344 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-355 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-024 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-268 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-613 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-012 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-043 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁰³ Organización de las Naciones Unidas – ONU (1948).

fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”³⁰⁴.

Esa citación de algunas normas supranacionales, reafirma la fundamentalidad del derecho y su necesaria protección superior.

Ahora bien, la Sentencia T-760 de 2008 constituye el pronunciamiento jurisprudencial más representativo del derecho a la salud en vigencia de la Constitución Política de 1991, sentencia en la que la Corte Constitucional concluyó³⁰⁵:

3.2.1. La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud. (...)

Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no estén enunciados en la Carta.

La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ es el concepto de ‘dignidad humana’, el cual ha de ser apreciado en el contexto

³⁰⁴ Organización Mundial de la Salud. (2016).

³⁰⁵ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente.

en que se encuentra cada persona, como lo dijo el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. (...)

Este concepto, ha señalado la Corte, guarda relación con la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y con "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad".

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", (...)

La Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. (...)

El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...).³⁰⁶

En la misma sentencia, se aclara que la consideración fundamental del derecho a la salud y la posibilidad de ser objeto de acción de tutela, no implica que toda solicitud asociada al derecho sea procedente o que pueda ser objeto sin límites de la acción constitucional preferente. "Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad

³⁰⁶ *Ibidem*.

con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables”³⁰⁷.

En ese sentido precisa que “el derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles”³⁰⁸.

Respecto de esa restricción en los recursos, la Corte cita otro de sus fallos para afirmar que “en un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.”³⁰⁹

Como expresión del bienestar del ser humano, el derecho a la salud ha resultado cardinal en la eficacia de todos los derechos fundamentales, de manera que las instituciones jurídicas, económicas y socio políticas, han entendido la necesidad de hacer real y prioritaria su protección.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-016 de 2007. Antonio Humberto Sierra Porto, Magistrado Ponente.

Luego de años de discusiones jurídicas, finalmente la Corte Constitucional, que antes advertía que el derecho a la salud no era fundamental, ahora le reconoce esa condición y ordena su protección, sin necesidad de conexión con otros derechos fundamentales.

Ese cambio jurisprudencial no fue gratuito. La población en Colombia tuvo que pagar el precio de miles de acciones de tutela sin procedencia y de infinidad de padecimientos de salud causados por negaciones en la atención, fundadas en formalismos y argumentos jurídico normativos.

La consecuencia directa del cambio jurisprudencial fue el necesario cambio de regulación normativa, de manera que, siendo un derecho fundamental, la salud debería estar regulada por leyes estatutarias, superiores a las leyes ordinarias.

Por los mismo, el 16 de febrero de 2015 fue sancionada la Ley Estatutaria 1751, conocida como Ley Estatutaria de Salud, que fue objeto de control previo favorable de constitucionalidad, por medio de la Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Con esta norma de superior jerarquía se pretendían solucionar problemas estructurales del sistema de salud en Colombia, en principio, modificando el aseguramiento al invertir el concepto de las coberturas. Así, el plan de beneficios ya no debería contener límites en la prestación con máximos de atención cubiertos, sino que los pacientes tienen derecho a todas las tecnologías de salud existentes y disponibles, excepto aquellas que estuvieran expresamente excluidas.

No obstante, la norma estatutaria ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar la implementación progresivamente de la norma, lo que aún no ha ocurrido.

La Ley Estatutaria de Salud también reafirmó la autonomía médica bajo los principios de autorregulación, ética, racionalidad y evidencia científica.

Aunque parezca una premisa obvia, los médicos son quienes deben tomar las decisiones sobre los diagnósticos y tratamientos de sus pacientes, y no como sucede hoy por cuenta de prohibiciones, restricciones o incentivos que implementan los aseguradores para presionar a los profesionales de la salud, a efectos de que no ordenen exámenes de diagnóstico o procedimientos.

El artículo 14 de la Ley Estatutaria también reitera la obligatoriedad de la prestación de los servicios de salud y la trascendencia de la atención de urgencias, cuya prestación no requiere autorización alguna. Esos mandatos no son novedosos pues estaban previstos desde la Ley 100 de 1993. No obstante, la atención de urgencias ha sido y es crítica en Colombia, principalmente por la concentración de la atención en unas pocas instituciones contratadas por las EPS, por la negación permanente de los servicios por parte de los aseguradores y por la mora en el pago de los servicios a los prestadores, condición que no ha cambiado y no ha de cambiar con la expedición de la Ley Estatutaria.

A partir de la Ley Estatutaria el control a los precios de los principios activos de medicamentos se convierte en una política de Estado. Los precios de los medicamentos controlados, no podrán superar el precio internacional de referencia, de acuerdo con la metodología definida por el Gobierno (artículo 23).

Sin embargo la regulación y aplicación de esta disposición representa grandes retos, en la medida que deben considerarse los tratados de libre comercio y los convenios que protegen la propiedad intelectual.

La norma estatutaria reitera los principios que desde la Ley 100 de 1993 caracterizan al sistema de salud en Colombia, y adiciona el principio de

continuidad, que implica que el derecho a la salud y los servicios que lo garantizan no se pueden interrumpir por razones administrativas o económicas.

En teoría, pretende poner fin a la nefasta práctica actual consistente en el aplazamiento o interrupción de servicios de salud por parte de los aseguradores, con la intención soterrada de contener costos, usualmente argumentando fallas en los pagos, errores en las afiliaciones o en las autorizaciones, o deficiencias administrativas para demorar o para no prestar el servicio y, entre tanto, se agrava la condición del paciente.

Además del principio de continuidad, la ley Estatutaria reafirma los siguientes principios y derechos:

- *Universalidad.* La universalidad no sólo significa que toda la población esté afiliada al sistema, sino también que tenga real acceso a los servicios sanitarios requeridos. Debe entenderse como una amplitud de la protección hacia necesidades primarias de atención, bajo el concepto integral de salud y tomando en cuenta las variables demográficas y epidemiológicas concretas. "Si bien, la Ley 100 de 1993 y la Constitución Política son claras en darle prioridad al principio de universalidad, este no se ve reflejado en el desarrollo legislativo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ni en la implementación de la política pública"³¹⁰, pues actualmente, si bien se ha logrado un aseguramiento de casi toda la población en Colombia, en realidad, hay grandes deficiencias en el acceso real a los servicios, principalmente para la población afiliada más pobre.

- *Interdependencia e indivisibilidad.* Significa que existe una interrelación de derechos, como por ejemplo la salud y la vida, de manera que el reconocimiento de uno de estos derechos no significa el desconocimiento de otros. Así mismo, en la efectividad del derecho, se debe

³¹⁰ Parédez Hernández, Natalia (2003: 55).

entender la atención como un todo, sin que puedan menoscabarse la salud por cuenta de atenciones parcializadas o incompletas.

- *Carácter individual y social.* Los derechos individuales y colectivos también son interdependientes y recíprocos, en tanto la incidencia en unos afecta a los otros, dentro de una visión sistémica. Por ejemplo, la dimensión curativa, no excluye las campañas de promoción y prevención, y viceversa.

- *Progresividad e irreversibilidad.* Tiene que ver con la vigencia de los derechos en todo tiempo y lugar y con la mejora progresiva de indicadores cualitativos y cuantitativos en salud. Así mismo, se relaciona con mejores índices de cobertura cualitativa y cuantitativa. "Frente a todas estas obligaciones mínimas, el Estado colombiano ha incumplido, pues únicamente se ha encargado de resaltar los logros del nuevo sistema en la ampliación de la cobertura del aseguramiento y el aumento del gasto social en el sector de salud"³¹¹, sin considerar que la progresividad debe reflejarse también en el mejoramiento continuo en la calidad.

- *Imposibilidad de renuncia y enajenación del derecho.* El derecho a la salud no se puede enajenar, es innegociable y es irrenunciable. La claridad del principio no merece una definición, siendo necesario advertir que tratándose de un derecho fundamental, debe haber una absoluta independencia entre el ánimo de lucro de los aseguradores y prestadores y la prestación misma del servicio, de manera que indistintamente de quien deba pagar por los servicios, éstos se deben prestar.

En la práctica, la prestación de los servicios en Colombia involucra conceptos de competencia entre aseguradores y prestadores, además de evidenciarse una contención de costos en los servicios en procura de una utilidad. Estas condiciones del sistema de salud, hacen que el carácter económico adquiera relevancia sobre la salud misma de la población, bajo la mentada sostenibilidad del sistema. So pretexto de la sostenibilidad o de

³¹¹ *Ibidem* (61).

la eficiencia financiera se está afectando al más débil, al usuario, haciendo contención de costos por medio de restricción de servicios.

- *Igualdad.* Significa la no discriminación de las personas y el consecuente acceso a la salud en igualdad de condiciones. En Colombia existen "discriminaciones múltiples, empezando por la fragmentación en los diferentes tipos de afiliación, planes de servicios y niveles de tecnología, hasta la disparidad en el desarrollo del sistema por componentes, por regiones, en el interior de las mismas y entre las zonas rural y urbana"³¹².

- *Accesibilidad.* Es la oportunidad que tienen las personas de acceder a todos los servicios de salud y niveles de atención, independiente de la localización geográfica que tenga cada individuo y de las restricciones económicas, ambientales, de género y de edad.

En Colombia se supone que los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, sea en el régimen subsidiado o en el régimen contributivo, pueden acceder a un plan de beneficios en salud. En realidad, bajo el concepto de exclusiones al plan de beneficios, cualquiera sea el concepto de cobertura que se tenga (incluir lo que se presta como lo prevé la Ley 100 de 1993 o mencionar expresamente lo que no como lo ordena la Ley Estatutaria), so pretexto de interpretaciones médicas, de auditoría o jurídicas, se niegan a diario cientos de procedimientos que suelen ser atenciones complejas y costosas, en su mayoría necesarias para preservar la salud de los pacientes.

En Colombia también existen problemas de accesibilidad respecto de la disponibilidad y capacidad de los prestadores de servicios de salud, de manera que hay regiones privilegiadas como los grandes centros urbanos, que cuentan con instituciones prestadoras de servicios en todos los niveles de complejidad, mientras que hay ciudades intermedias y municipios de poca población, que sufren por la debida oferta de red de prestadores.

³¹² *Ibíd*em (64).

Respecto de la accesibilidad, vale decir que el no afiliado o asegurado al régimen contributivo o subsidiado, conocido en Colombia como "vinculado", que valga decir no supera el 5% de la población, en la práctica no tiene garantía de acceso al servicio, salvo por una atención pública hospitalaria directa, cada día de más difícil acceso.

- *Gratuidad.* En Colombia el sistema es solidario, de manera que los que tienen capacidad de pago deben afiliarse al régimen contributivo y hacer aportes que permiten la sostenibilidad de su atención y la de quienes no tengan recursos, afiliados al régimen subsidiado. En realidad, considerando el perfil de los cotizantes en el régimen contributivo, que en su mayoría son personas de medios y bajos recursos, que reciben un promedio entre uno y tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (entre U\$220 y U\$660 al mes), no existe una balanza adecuada en el ejercicio de la solidaridad.

Ese desbalance se ha pretendido corregir con la precariedad en el monto mensual per cápita que paga el Estado a las EPS por el aseguramiento (Unidad de Pago por Capitación), que francamente resulta insuficiente, de manera que los aseguradores practican una sistemática y a veces inhumana contención de costos en la prestación del servicio, sacrificando atenciones preventivas, exámenes de diagnóstico y atenciones esenciales primarias a la población, en procura de hacer alcanzar el dinero y obtener un excedente o utilidad.

Otro punto a tener en cuenta es que los hogares en Colombia, principalmente de medianos o bajos recursos, no contemplan el gasto en salud, sea directo o por el pago de un aseguramiento, como una prioridad dentro de sus gastos primarios, pues por las limitantes en los ingresos satisfacen primero sus otras necesidades básicas inmediatas como alimentación, vivienda, vestido y transporte, y apuestan a que la salud no se les afectará.

- *Equidad.* Es la oportunidad que tienen todas las personas de acceder a los servicios de salud en condiciones similares, atendiendo a una

distribución equitativa de los recursos entre los aseguradores y prestadores. “Esto implica que el acceso a recursos y servicios de salud atienda no a criterios neutros de cuotas igualitarias, sino a consideraciones de diferenciación que respondan a las necesidades especiales de los distintos grupos”³¹³.

- *Libre Elección.* Este principio está previsto en el artículo 7º de la Ley Estatutaria, es una reiteración de los artículos 153, 156 y 159 de la Ley 100 de 1993, y consiste, por un lado, en el deber del Estado de fomentar y permitir que diversas personas jurídicas sean autorizadas para operar como Entidades Promotoras de Salud responsables de la afiliación y el aseguramiento, y que existan múltiples instituciones prestadoras de servicios de salud habilitadas y contratadas, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado. Por otro lado, la libre elección consiste en el derecho que tienen todos los usuarios de escoger entre esas varias Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

- La Corte Constitucional ha señalado que la libre elección es también un derecho de doble vía respecto de los aseguradores, de manera que además de referirse a “la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios, representa la potestad que tiene las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”³¹⁴.

En el modelo de salud de Colombia, que se ha caracterizado por la privatización del aseguramiento, sería natural que se apostara por las condiciones de mercado como reguladoras de la calidad, de manera que, en teoría, el riesgo de un mal servicio o de restricciones administrativas que impidiera el acceso al servicio, se mitigaría por la posibilidad que tendrían los afiliados de migrar a otras entidades promotoras de salud, en un ejercicio de mercado y libre competencia.

³¹³ *Ibíd*em (70).

³¹⁴ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-171 de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Magistrado Ponente.

Las aseguradoras deberían hacer todo lo que esté a su alcance para evitar que sus asegurados se trasladen, precaviendo que persista el recaudo de la prima mensual de aseguramiento o unidad de pago por capitación. Ese ejercicio de buscar la estabilidad y permanencia de sus afiliados, en el marco del principio de libre escogencia, se supone que debe darse en el marco de la ética del buen servicio y de la satisfacción al cliente.

No obstante, en la práctica ha ocurrido otra cosa y el principio de libre escogencia no ha sido regulador de la calidad, principalmente por la indebida reglamentación prevista en el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 y ahora en el artículo 2.1.7.2. del Decreto de 780 de 2016, tal como lo analizaremos en el capítulo quinto del presente título.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental y la promulgación de la Ley Estatutaria, con la reiteración de los principios que rigen los servicios sanitarios, fortalecen la posición de la persona respecto del amparo constitucional y son una herramienta superior dirigida a permitir mayor eficacia del derecho junto con una mayor satisfacción de las necesidades en salud, en todos los niveles de atención y para todos los habitantes del territorio nacional.

En teoría, la Ley Estatutaria al prescribir la inmediatez de la atención, la preferencia y el carácter primario y fundamental del derecho a la salud, pretende corregir gran parte de las conductas inclementes que se presentan en contra de los usuarios por cuenta de los trámites, restricciones, requisitos y límites que impone el mismo sistema de salud, y que conducen a demorar o negar servicios.

Sin embargo, las entidades promotoras de salud siguen negando o aplazando la prestación de los servicios. El Estado no puede ignorar la condición excepcional del amparo de tutela y seguir desconociendo que los jueces no son los responsables de la calidad, integralidad y oportunidad del servicio, sino que, en realidad, debe ser el mismo sistema de salud el llamado a responder.

En Colombia los principios, deberes, normas constitucionales, legales y reglamentarias del sistema parecen ir por un camino, mientras la realidad económica y operativa del aseguramiento y de los servicios de salud, van por otro.

Por eso, más que nuevas normas, se requiere voluntad en toda la institucionalidad y en toda la sociedad, que permita un pacto intrínseco de correcto servicio, transparencia y primacía de la vida y de la salud, por encima de los intereses de particulares y políticos, y de las utilidades financieras. Se requiere una lectura adecuada y apenas obvia por parte del legislador y de los gobernantes, respecto del histórico crecimiento de la acción de tutela en Colombia, que refleja el desespero de una población que padece el muy mal estado de su sistema sanitario, y demanda un esencial ajuste que responda a una efectiva oportunidad, calidad y pertinencia en la atención. Mientras el sistema no se haga verdaderamente efectivo, y sigan siendo los jueces los protagonistas y no los profesionales de la salud, podremos afirmar que el sistema de seguridad social en salud de Colombia no es el adecuado.

Largo es el camino que debe transcurrirse entre la promulgación de la Ley Estatutaria, junto con el ajuste de las disposiciones reglamentarias actualmente vigentes, y el oportuno, eficiente e integral amparo del derecho a la salud.

3. LA SALUD COMO BIEN PÚBLICO

En el desarrollo constitucional actual, la seguridad social en salud es un servicio público a cargo del Estado, que se debe proveer, financiar, administrar, supervisar y prestar mediante instituciones públicas, privadas o mixtas.

Bien sea por la ineludible protección al derecho o bien por la responsabilidad del Estado en la provisión de los servicios de salud, la lógica búsqueda de progreso y de bienestar general que procura el Estado, indistintamente de la tendencia

política o del sistema de gobierno que lo oriente, requiere de una eficiente y eficaz organización de los servicios de seguridad social en salud, y de una garantía en su adecuada prestación y cobertura.

La salud es un servicio o bien público a cargo del Estado.

La teoría económica y política actual hace que el Estado preste o garantice la prestación de los servicios públicos, para cubrir el déficit que pueda tener el mercado en proveerlos. Tyler Cowen hace un listado de los servicios o bienes públicos, así: "Los programas de sanidad pública y de bienestar, educación, carreteras, investigación y desarrollo, y un entorno limpio, han sido todos etiquetados como bienes públicos"³¹⁵.

En la estructura economía y política del Estado, la caracterización de los bienes públicos está relacionada con la utilización de los mismos, indistintamente de su propiedad o dominio, sea esta privada o pública.

En este orden de ideas, lo que les otorga el carácter público, no es si el Estado o los particulares administran o son propietarios de los bienes sino su finalidad de servicio, la satisfacción de necesidades universales y su utilidad para todos.

Partiendo del anterior presupuesto, la noción de bien público tiene dos dimensiones conceptuales: no rivalidad en el consumo y no exclusión.

La primera de ellas implica que el costo marginal de suministrar el bien a un consumidor adicional, es igual a cero, independiente del nivel de producción. Esto quiere decir que la existencia de consumidores adicionales, no debe afectar el costo de suministro del bien y, por tanto, puede ser accesible a todo el mundo sin afectar la oportunidad de nadie de consumirlo. La segunda característica, la no exclusión, significa que no existe la posibilidad de "dejar por fuera" del goce del bien o servicio, a algún consumidor.

³¹⁵ Cowen, Tyler (1996: 20).

Tyler Cowen aclara la cuestión de los bienes públicos, así:

“Los bienes públicos tienen dos aspectos distintos: no exclusión y consumo no competitivo. No exclusión significa que quienes no pagan no pueden ser excluidos de los beneficios del bien o servicio. Si un empresario prepara un espectáculo de fuegos artificiales, por ejemplo, la gente puede ver el espectáculo desde su ventana o desde su patio de atrás. Puesto que el empresario no puede cobrar una entrada por el espectáculo, puede que los fuegos artificiales no lleguen a celebrarse nunca, aunque la demanda del show sea grande.

El segundo aspecto de los bienes públicos es lo que los economistas llaman consumo no competitivo. Supongamos que el empresario consigue excluir a los no contribuyentes de contemplar el espectáculo (quizás el espectáculo sólo pueda verse desde un campo privado). Se cobrará un precio por entrar en el campo, y la gente que no está dispuesta a pagar ese precio será excluida. Si el campo es lo suficientemente grande, sin embargo, la exclusión será ineficaz puesto que incluso aquellos que no paguen podrán contemplar el espectáculo sin incrementar el coste del mismo, ni disminuir la diversión de los demás. Esto es el consumo no competitivo para ver el espectáculo”³¹⁶.

Si bien en la actualidad la mayoría de los bienes son de consumo competitivo, siguen existiendo bienes públicos, caracterizados por tener un carácter no excluyente.

Bajo la explicación anterior, cabe preguntarse si la salud o la prestación de los servicios sanitarios, constituyen bienes públicos.

³¹⁶ Cowen, Tyler (1996: 20)

Al respecto, baste con señalar que en un mundo globalizado, interrelacionado, caracterizado por la convivencia urbana y por la alta densidad poblacional, la salud de la población es de interés de todo el colectivo, pues aunque un adecuado o inadecuado estado de salud se predica de cada persona, las consecuencias y causas de ese estado de salud devienen en condiciones de salud pública (prevención, promoción, contención, contagios, epidemias, costos, etc.), que son de interés para toda la población.

Por consiguiente, debería existir acceso al servicio para todos, sin discriminación y en condiciones de igualdad, considerándose que la afectación de la salud de una persona, tiene el potencial de afectarnos a todos.

Respecto de la provisión de los servicios públicos, Joseph Stiglitz considera que los gobiernos tienen la responsabilidad de crear la adecuada infraestructura, para que los mercados logren su cometido de asignar eficientemente los recursos y prestar los servicios requeridos. Joseph Stiglitz enumera seis funciones esenciales del Estado³¹⁷: "1) Promoción de la educación, 2) Infraestructura tecnológica, 3) Apoyo al sector financiero, 4) Inversión en infraestructura física, 5) Prevención de la degradación medioambiental y, 6) Creación y mantenimiento de la red de seguridad social, incluidos los servicios de salud esenciales". Ante esta última función gubernamental, Stiglitz afirma: "Hay un sentido fundamental en el que la mejora de las condiciones sanitarias, para poner un ejemplo, representa una mejora en los estándares de vida, aunque esa mejora no se refleje en el PIB"³¹⁸.

Acorde con este discurso José Vida Soria señala que "el goce del bien *salud* no es algo que pueda garantizar el Derecho, porque depende de muchas variables que escapan a su control; de ahí que no pueda existir en sentido propio *un derecho a la salud*. Pero la *protección de la salud* de las personas que están presentes en una determinada comunidad sí es hoy un auténtico *valor superior*,

³¹⁷ Stiglitz, Joseph E. (1999: 347-366).

³¹⁸ *Ibidem* (354).

propugnado por todo Estado que se tenga por moderno y civilizado. Queda claro que el valor de la salud se ha de realizar a través de diferentes ámbitos de actuación, que a su vez conforman diversos (sub) ordenamientos jurídicos – salud pública, salud laboral, medio ambiente, consumo...-, pero también es indiscutible que no puede entenderse la protección de la salud sin el reconocimiento y garantía efectiva de un derecho subjetivo de las personas a un adecuado sistema de prestaciones de asistencia sanitaria. En consecuencia, no es posible separar el derecho reconocido ex artículo 41 de la CE –derecho a la Seguridad Social- del reconocido ex artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud-“.³¹⁹

Acorde con esta racionalidad, al finalizar el Siglo XX, se originaron las llamadas reestructuraciones o modernizaciones de los Estados, bajo intervención y supervisión de instituciones multilaterales de crédito (principalmente el Banco Mundial y el Fondo Monetario internacional), que promovieron la reforma al papel del Estado en la economía y la reducción del déficit fiscal de los gobiernos.

Bajo esa oleada reformista, en América Latina, los sistemas de seguro social adoptados, se concentraron en tener cobertura para las personas con empleo formal, apuntando a la disminución del desempleo como premisa, pero se dejaron por fuera a independientes (trabajadores no empleados), a las personas en condiciones de subempleo (trabajo informal con remuneraciones inferiores a los mínimos legales) y, por supuesto, a los desempleados.

Respecto de esa visión económica, Natalia Parédez afirma que “en lugar de aceptar la ciudadanía como una condición política y social, los conservadores modernos han intentado reafirmar el rol del mercado y han rechazado la idea de que la ciudadanía confiere un estatus independiente respecto del nivel económico”³²⁰.

³¹⁹ Vida Soria, José, et al (2008: 439-440).

³²⁰ Parédez Hernández, Natalia (2003: 19).

También se permeó la visión de la Organización Mundial de la Salud (OMS), respecto de los sistemas de salud, de manera que estos deberían obedecer a un esquema de competencia, bajo el axioma de "libre elección de servicios de salud".

La nueva universalidad pone el énfasis en la focalización del gasto, en la sostenibilidad fiscal y en el cumplimiento de indicadores de calidad de la prestación mínima de servicios de salud. La "modernización del Estado" desvirtúa la responsabilidad directa de éste en el diseño de políticas públicas como la salud, la garantía de los derechos y el control más allá de lo financiero.

Los efectos negativos de someter la salud a las reglas del mercado, se reflejan en el descuido de la investigación y avances en materia de salud pública, en retrocesos en indicadores básicos de salud y en la desfinanciación del sistema de salud, por cuenta de intereses particulares. Esa concepción económica también genera que en principio se considere a la salud como un derecho social y no fundamental, aunque conexo y complementario a derechos fundamentales como la vida.

A estas alturas, luego de la crisis por la que atraviesa el sistema de salud en Colombia, permeado por intereses privados y por la corrupción, las reformas y la solución a la deficiente prestación y a la desfinanciación, no se puede confiar únicamente en los particulares, sino que el Estado debe ser protagonista y garante real de los servicios de salud. Lo anterior, principalmente por dos razones: 1) El derecho a la salud es un derecho de rango constitucional, reconocido, cierto e irrenunciable y, 2) El Estado debe asumir la responsabilidad histórica por no haber aplicado las reformas estructurales a su debido tiempo, pues el Estado no sólo controla y vigila los sistemas regulados, sino que también es garante de los derechos reiteradamente afectados. Claramente los servicios sanitarios pasaron de ser caritativos, para ser servicios sociales públicos, bienes públicos y derecho de todas las personas.

Junto con la tendencia de procurar que la sostenibilidad financiera del mercado y del sistema sean el centro cardinal de los servicios de salud, en los regímenes sanitarios se debe reconocer el papel del Estado como garante de la prestación, de la solidaridad, de la universalidad y de la integralidad.

Al tenor de esta lógica, Álvaro Franco afirma: "Es necesario reconocer la posición opuesta que defiende el papel del Estado, para regular y garantizar un sistema con transferencias intergeneracionales; para estos últimos, en términos de solidaridad, el Estado es garante de unos derechos sociales y no sólo regulador de un mercado"³²¹.

Se debe afirmar, como lo dice Oscar Dueñas³²², que la desfinanciación de algunos sistemas de salud latinoamericanos como el de Colombia, en la práctica se pretende mitigar con más privatizaciones, a efectos de supuestamente trasladar a los particulares ese déficit. En realidad el Estado de alguna u otra manera, por una u otra razón, ha terminado y terminará prestando los servicios de manera directa a la población o pagando por esos servicios, y finalmente responderá por la salud de todos, por lo que en el mejor de los casos, el Estado aplazará su obligación de asumir el déficit y terminará subsidiando a los particulares que pierdan sus inversiones.

En síntesis, podemos afirmar que si bien los servicios a cargo del Estado requieren un análisis de responsabilidad y sostenibilidad fiscal, ese análisis debe hacerse a nivel macro en toda la dimensión del Estado, y no sólo centrarse por separado en uno u otro sector.

Ante necesidades prioritarias y generales, como la asistencia sanitaria, si bien debe procurarse el menor impacto económico para la atención, es en otros sectores de la economía en que deben hacerse ajustes que permitan la sostenibilidad del sistema de salud, aun en aquellos eventos en que la demanda

³²¹ Franco, Álvaro. (2001: 5).

³²² Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 20).

de servicios supere los recursos financieros inicialmente destinados para solventarla.

Así mismo, se resaltan las bondades de la competencia como factor regulador de los mercados. Sin embargo, tratándose de bienes y servicios esenciales, referidos a derechos fundamentales como la salud, la competencia se debe dar en aspectos que no afecten la prestación misma del servicio. Por eso, puede haber competencia en precios, en servicios administrativos, en beneficios adicionales, pero no en coberturas mínimas, acceso, oportunidad y calidad en los servicios, condiciones que deben ser estándares y óptimas para toda la población, sin distingo alguno.

Finalmente, la privatización de los servicios de salud no es garantía de financiación o de sostenibilidad. Ya se dijo que tarde o temprano los costos y pérdidas las termina asumiendo el Estado. Los privados tienden a limitar los servicios hasta donde puedan hacerlo con cargo a lo que rigurosamente se les pague, sin mejorarlos o incrementarlos; entre tanto, la población crece, envejece y demanda cada vez más servicios con mayor complejidad y costo, y resulta de interés público soportar esa mayor demanda y mantener mínimas, adecuadas y actualizadas condiciones de salud para la población.

La privatización no es por sí sola una salida para la sostenibilidad del sistema, ni una garantía de eficacia en la prestación de servicio, de manera que, en cualquier caso, privatizado o no el servicio, se requiere una gestión pública activa y eficaz que, en todo momento, pueda responder a la creciente demanda de servicios y, en general, garantice las prestaciones sanitarias.

4. LIMITACIÓN DE LOS RECURSOS Y CRISIS DEL REPARTO INTERGENERACIONAL

En la actualidad, existe una clara universalización de la seguridad social, con presencia en todos los sistemas constitucionales y normativos de los Estados, que crean instituciones dirigidas a la satisfacción de los servicios y que cambian conforme se presentan variaciones en las características de cada población, objeto de protección.

En el marco de las tendencias del neoliberalismo que se impuso a finales del siglo XX, especialmente en Latinoamérica, aún vivimos el desmonte gradual del Estado intervencionista, el incentivo al libre mercado y el fortalecimiento a los regímenes normativos de control sobre la prestación de servicios públicos esenciales. En cierto grado, se retomó el principio clásico del capitalismo conocido como la "mano invisible", al suponerse que los bienes y servicios se autorregularían en el mercado, debiéndose dirigir el papel del Estado al control y a la obtención y asignación de los ahora limitados recursos.

Esa renovada confianza en el mercado generó nuevos retos, dada la concentración de la riqueza o la acumulación de los bienes en cabeza de unos pocos, frente a la masificación de la pobreza en el grueso de la población, que ahora, por cuenta del acceso permanente a la información, es consciente de sus derechos y demanda más bienes y servicios para satisfacer sus necesidades.

El Estado, los aseguradores y los prestadores de la seguridad social, en el marco del mercado, generan condiciones que podrían ser apenas naturales, como la previsión de planes de beneficios, condiciones de afiliación y acceso, recaudos parafiscales y pagos, condiciones de eficiencia en el gasto, reglas de calidad, mecanismos de control, entre otros.

Adicionalmente, esos actores y principalmente el Estado deben reconocer la limitación de los recursos y una serie de factores que impactan críticamente la

planeación y proyección de la seguridad social, tales como: el crecimiento permanente y variable de la población, la globalización y migración, el envejecimiento avanzado, los cambios en la demanda de mano de obra, el desempleo, el surgimiento de enfermedades, los riesgos crecientes de salud pública por la propensión a las epidemias, los desarrollos médicos, la insalubridad de los centros urbanos, las dificultades en el acceso a los bienes esenciales y los críticos cambios e impactos ambientales, entre otros factores relevantes de la sociedad actual.

En la práctica, esas condiciones y esos reconocimientos los percibe la población como odiosos límites que impiden el acceso a la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas. Por ejemplo, pareciera que a la población no le interesa la realidad fiscal del Estado, ni la condición económica de los aseguradores o prestadores de los servicios, ni la gran cantidad de factores que afectan a la sanidad, sino que se centra en sus derechos, en exigir que se satisfagan las necesidades y en el repudio a la negación de los servicios de salud, cualquiera sea la razón de la negación.

Entre tanto, el Estado está ante el reto de equilibrar la eficiencia en la prestación, la sostenibilidad y la percepción de los ciudadanos.

Por eso, por convicción o por presión social, el Estado ha cedido y en muchos casos ha roto los límites del mercado y de la sostenibilidad, sin responsabilidad en el gasto, en procura de satisfacer los servicios de seguridad social y evitar la creciente presión social, o ha fomentado la negación permanente de los servicios, en una ciega preeminencia de la sostenibilidad fiscal.

Al mismo tiempo que la población crece y se prolonga la expectativa de vida, se exige la prestación de más y mejores servicios, sin que hasta hace poco, existiera conciencia sobre la limitación de los recursos y su necesaria disponibilidad para suplir las exigencias crecientes.

En este punto precisa detenernos en la crisis del reparto solidario e intergeneracional, que por muchos años ha sido el soporte de la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social, y que pretendía ser una respuesta al equilibrio entre la prestación de los servicios y la demanda de los recursos.

El reparto solidario e intergeneracional se caracteriza por el aporte de las generaciones productivas actuales (usualmente obligatorio), para amparar solidariamente a grupos de edad adulta que ya no contribuyen, y a personas sin acceso por discapacidad o por dificultades económicas³²³. El concepto de reparto intergeneracional y solidario de los sistemas de seguridad social, parte de los paradigmas de permanente relevo intergeneracional y productivo, empleo permanente y crecimiento poblacional y económico constante, y es precisamente en esos paradigmas que radica su principal crisis.

Se asumió ingenuamente (y aún se sigue haciendo), que habría un crecimiento permanente de la población, en un relevo intergeneracional equilibrado; que existiría un crecimiento económico sostenido medido por el producto interno bruto; y que el empleo debería ser general y sustituible entre una generación y otra. Se creía que el decrecimiento de la población, la recesión y el desempleo eran excepciones temporales, que deberían superarse por medio del mercado o de políticas del Estado.

En realidad, lejos de tratarse de condiciones temporales y excepcionales, el concepto de crecimiento permanente en el producto interno bruto está en franca decadencia, el desempleo parece llegar para quedarse, y el recambio generacional está en crisis por el aumento en la expectativa de vida y por una disminución en las tasas de natalidad.

Al respecto, González Molina y Martín-Romo, señalan:

³²³ Tratándose de pensiones, resulta ilustrativa la siguiente cita: "A pay-as-you-go financed pension system is based on the promise that future generations will pay the pensions for today's workers; in return, today's workers pay contributions to finance the payments for today's pensioners" (Traducción libre: el sistema pensional de reparto está basado en la promesa de que las futuras generaciones pagarán la pensión de los actuales trabajadores; en compensación, los actuales trabajadores contribuyen a la financiación de los hoy pensionados). Queisser, Mónica (1998: 5).

“Junto al aumento de los gastos de protección social dedicado a las prestaciones que aseguran las contingencias de jubilación y desempleo, así, como la protección de otros sectores de población que pertenecen al grupo de personas laboralmente inactivas (inválidos, minusválidos). Otros motivos que contribuyen a la tendencia reformista, con mayor o menor peso según los Países, son los siguientes:

- a) Una situación persistente de paro acompañado de una débil tasa de crecimiento económico, que genera importantes gastos en concepto de ingresos sustitutivos e implica una reducción de las recaudaciones.
- b) El envejecimiento de la población que supone una carga creciente sobre los ocupados.
- c) Los déficits presupuestarios y el alto nivel de endeudamiento, derivados en gran parte de la financiación de la protección social.
- d) Los flujos migratorios (...)”³²⁴.

Los paradigmas económicos y poblacionales que se soportaron en el reparto intergeneracional, generaron poca mesura en la regulación y en el ofrecimiento, acceso y uso de los servicios de seguridad social, en la medida que, so pretexto de un venidero crecimiento constante, se creyó equivocadamente que la dinámica del reparto, permitía reconocer prestaciones cada vez más amplias o sin límites.

Bajo el modelo de reparto el concepto de derecho adquirido en seguridad social adquirió relevancia sobre el concepto de disponibilidad de recursos. La población actualmente beneficiaria de los servicios de seguridad social, principalmente de protección a la vejez, asumió la prestación como un derecho adquirido, no por la relevancia pública y general de la protección social, como principio de desarrollo de los Estados, sino por el supuesto derecho de la población adulta, a usar todo

³²⁴ González Molina, María Dolores y Martín-Romo, Marino. (2009: 13).

lo que esté a su alcance, bajo la creencia de haber aportado en el pasado, en la edad joven y productiva, para que en la vejez tuvieran ese suficiente acceso.

Por ejemplo, el derecho que pudo adquirir una persona adulta a devengar varias pensiones, por cuantiosos que sean los montos, primaría sobre el mayor esfuerzo que tienen que hacer las generaciones jóvenes actuales, dirigido a cubrir esa cuantiosa carga fiscal causada en el pasado.

Por supuesto, ese derecho y esa creencia hoy por hoy no son compatibles con las realidades económicas, sociales y ambientales imperantes, en la medida que lejos de mirar al pasado y a los derechos adquiridos como justificante del uso ilimitado de los recursos, se impone mirar al futuro, a las realidades ambientales y a las obligaciones con las generaciones venideras, claros limitantes del uso de los recursos actualmente disponibles.

Precisamente, por la evidencia notoria de esa limitación de los recursos, por la creciente condición de desempleo de la población y por la disminución en los índices de natalidad, no resulta prudente confiar en el reparto intergeneracional como mecanismo único e idóneo para la cobertura en seguridad social.

Tampoco es prudente confiar ciegamente en el paradigma de cobertura total a cargo del Estado, que pretende amparar al colectivo sin atención al límite de recursos. Lo anterior, precisamente porque hay un aumento en la población de escasos recursos económicos y una creciente población adulta que, por sus mayores necesidades, tiene una mayor demanda de servicios, pero aporta menos o no aporta por la vulnerabilidad propia de la edad.

Mientras tanto, los recursos se distribuyen menos por la acumulación de la riqueza en cabeza de unos pocos y son cada vez más escasos por cuenta del incremento en el requerimiento de servicios, por el agotamiento de los bienes ambientales y por el déficit presupuestal de los Estados, entre otras razones.

Al respecto, Vida Soria expone:

Durante la década de los setenta se empiezan a manifestar las primeras dificultades del estado de Bienestar- la célebre "crisis fiscal del Estado"- . Y dentro de ellas las dificultades para sostener la viabilidad financiera de los Sistemas de la Seguridad Social, que ocupan ya un peso decisivo en el gasto social. Comienza entonces su última etapa, que llega a la actualidad. Toda la crisis proviene de su financiación, naturalmente, aunque otros factores -demográficos, tecnológicos, económicos e ideológicos -acompañan el "discurso" – proyectos de cambio- y las "prácticas" – reformas legales – de la crisis financiera³²⁵.

La seguridad social debe procurar la implementación de sistemas que incluyan afiliación o aseguramiento, prestación y contribución, que no dependan enteramente del reparto intergeneracional, sino de la cuantificación actual y presente de los recursos, y al mismo tiempo, estén impregnados de solidaridad y responsabilidad con personas vulnerables y con las generaciones presentes y, sobre todo, futuras.

En la mayoría de Países de Europa "se considera que la cobertura médica es un derecho básico de los ciudadanos independientemente de sus medios y de las enfermedades que ya padezcan"³²⁶. Sin embargo, está surgiendo una tendencia transformadora del modelo de seguridad social, no sin incertidumbre respecto del camino a seguir, precisamente por las características actuales de edad y empleo de la población, por las condiciones presupuestales y por la necesidad de ajustes fiscales.

Desde hace años hay prioridad en implementar métodos sanitarios más eficientes, dirigidos a la promoción y a la prevención, como también se vienen imponiendo mayores condiciones de acceso a los beneficios, como acreditación de condiciones de aseguramiento e incremento en los aportes.

³²⁵ Vida Soria, José, et al (2008: 34).

³²⁶ *Ibidem* (12).

En Estados Unidos existe una tendencia a imponer condiciones de progresividad, responsabilidad, atención mínima vital y obligatoria, aunado al fomento de un enorme mercado de seguros que ampara la mayoría de contingencias en seguridad social de los habitantes, bajo el amparo de un esquema de mercado que permite las exclusiones. La cobertura mínima garantizada, frente al plus de atención que se requiere para el amparo a través del mercado de seguros, ha sido fuertemente criticada por deficiencias en la aplicación del principio de la solidaridad.

Amartya Sen, señala que "puede existir un importante contraste entre las actitudes de los dos lados del Atlántico hacia las responsabilidades sociales e individuales (bienes meritorios y públicos versus servicios y derechos públicos). En las prioridades oficiales de los Estados Unidos apenas existe el compromiso de suministrar asistencia médica básica a todos, y parece que muchos millones de personas (de hecho, más de 40 millones) carecen de cobertura o seguro médico"³²⁷.

En Latinoamérica, en la década de 1990, en una simbiosis ideológica que pretendía acoger el modelo Norteamericano pero con los matices de solidaridad y universalidad propios de los modelos Europeos, se impusieron reestructuraciones o modernizaciones de los Estados, que incluyeron el reconocimiento abierto y reiterado de los derechos a la seguridad social de su población, pero al mismo tiempo, exigieron el aseguramiento característico de los Estados Unidos, que suponía una reducción del déficit fiscal y una contracción del Estado, limitado a ser "garante de las condiciones indispensables para el actual desarrollo de los mercados"³²⁸.

Se desconocieron "las responsabilidades de unas generaciones frente a otras o de unos sectores sociales hacia otros, en las áreas de la seguridad social (...). La

³²⁷ Sen, Amartya. (2004: 126-127).

³²⁸ Parédez Hernández, Natalia (2003: 17).

alternativa propuesta es la privatización, la cual toma mayor fuerza en el ámbito internacional³²⁹. Se creyó en el crecimiento del empleo y el aporte de los empleados como garantía de sostenibilidad de los sistemas de seguridad social.

Por supuesto, la demanda social impulsada por el universo de personas sin empleo y sin capacidad de pago, muchas veces en condiciones de miseria, y por los sectores informales de la economía, desajustó los modelos dejando con amparos parciales o sin amparo al grueso de la población. Lo anterior motivó una ola de contra reformas a principios del presente siglo, marcadas en su mayoría por un gasto público incontrolado, fomentado por gobiernos principalmente populistas, que han entregado cuantiosas prebendas gratuitas sin cálculos responsables.

Tal como lo precisa Ruiz, "no es posible diseñar esquemas de seguridad social aplicables para cualquier parte del mundo, sino que cada País debe diseñar el propio, atendiendo a sus valores y tradiciones, pero eso sí: considerando la experiencia de otros Países"³³⁰.

La crisis de los modelos de reparto no se supera afirmando la inoperatividad del Estado, ni fomentando pura y simplemente la privatización. Deben considerarse los factores sociales, culturales, demográficos y epidemiológicos de la población, que necesariamente influyen en la sostenibilidad financiera, debe existir responsabilidad social y fiscal, y debe haber innovación en la formulación de modelos aplicados a cada condición social.

Mucho menos se pueden implementar medidas motivadas por el populismo o por intereses políticos mediáticos, de impacto únicamente en el corto plazo, como actualmente se promueve en gran parte de los Países Latinoamericanos, y que

³²⁹ Franco, Álvaro. (2001: 5).
<http://www.revmed.unal.edu.co/revistas/v3n3/v3n3e2.htm>

³³⁰ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 75).

no responden a soluciones de largo plazo, ni consideran la creciente demanda de servicios versus la limitación de los recursos.

Los modelos de seguridad social siempre han de formularse a largo plazo, cada vez, en un mayor rango de tiempo, atendiendo el aumento en la expectativa de vida de la población, el incremento constante de las necesidades y la limitación creciente de los recursos.

La seguridad social demanda cambios urgentes que permitan superar los modelos fundados en los derechos adquiridos, en los paradigmas de reparto intergeneracional o en el supuesto crecimiento ilimitado de los recursos y riquezas, para que en su lugar se logre un modelo que se centre en la persona y mire al futuro, reconozca los límites de los recursos y exija su redistribución, en una clara responsabilidad con las generaciones venideras.

5. CRISIS DE LA LIBRE ESCOGENCIA Y AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

En Colombia la cobertura pública en la prestación de los servicios de salud se ha estructurado mediante el aseguramiento obligatorio de la población a través de entidades promotoras de salud – EPS, públicas o privadas (la mayoría). También existe una cobertura adicional que se enmarca dentro de los denominados planes voluntarios de salud ofrecidos por actores privados³³¹.

Tratándose del aseguramiento obligatorio público, las entidades promotoras de salud habilitadas por el Estado en teoría compiten entre sí para procurar la afiliación de la población. A su turno, al interior de cada aseguradora, ha de existir

³³¹ Regulados por los artículos 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley 1438 de 2011 y 169 de la Ley 100 de 1993 República de Colombia.

una red de instituciones prestadoras de servicios de salud, que le permita al afiliado una libre escogencia de prestadores.

En ese esquema de cobertura por aseguramiento que parte de una libre elección de entidad promotora de salud por parte de la población, habría de suponerse que la competencia serviría como catalizadora y auto reguladora de los servicios, de manera que ante una mala prestación, el afiliado optaría por otra aseguradora.

Sin embargo, el esquema de cobertura por aseguramiento y competencia, evidencia graves deficiencias en Colombia, en primer lugar, porque la salud es un servicio público esencial, en el que están comprometidos derechos fundamentales. Lo anterior conduce a un mercado absolutamente regulado, en el que, entre otras cosas, el Estado controla y fija los precios uniformes que se reconocen por el aseguramiento (unidad de pago por capitación), regula el contenido de las coberturas (plan de beneficios - plan obligatorio de salud), y regula las condiciones de acceso, calidad e infraestructura de los prestadores (habilitación de servicios).

En segundo lugar, porque en la práctica, el mismo Estado ha limitado la posibilidad de escogencia y traslado de afiliados entre entidades promotoras de salud.

Respecto de la libre escogencia, en capítulos anteriores, hemos mencionado que el principio está previsto en el Artículo 7º de la Ley Estatutaria y en los artículos 153, 156 y 159 de la Ley 100 de 1993, y consiste, por un lado, en el deber que tiene el Estado de fomentar y permitir que diversas personas jurídicas sean autorizadas para operar como entidades promotoras de salud responsables de la afiliación y el aseguramiento, y que existan múltiples instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas y privadas, todas habilitadas bajo las regulaciones que imponga el Estado, todas sometidas a su vigilancia.

La libre escogencia se refiere también al derecho que tienen todos los usuarios de elegir entre esas varias entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud disponibles.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que la libre elección es un derecho de doble vía respecto de los aseguradores, de manera que además de referirse a “la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios, representa la potestad que tiene las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”³³².

En el modelo de salud de Colombia, que se ha caracterizado por la privatización del aseguramiento, sería natural que se apostara por las condiciones de mercado como reguladoras de la calidad, de manera que, en teoría, el riesgo de un mal servicio o de restricciones administrativas que impidiera el acceso al servicio, se mitigaría por la posibilidad que tendrían los afiliados de migrar a otras entidades promotoras de salud, en un ejercicio de mercado y libre competencia.

Se supone que las aseguradoras deben hacer todo lo que esté a su alcance para evitar que sus asegurados se trasladen, precaviendo que persista el recaudo de la prima mensual de aseguramiento o unidad de pago por capitación. Ese ejercicio de buscar la permanencia de sus afiliados debería darse bajo supuestos de ética y de satisfacción del cliente.

No obstante, en la práctica ha ocurrido otra cosa y el principio de libre escogencia no ha sido regulador de la calidad.

El artículo 3 (numeral 3.12) de la Ley 1438 de 2011, que modificó el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, precisó que se debe garantizar a los usuarios la “libertad

³³² Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-171 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sobre la libre competencia en salud, ver también la Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2001.

en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo". La claridad del mandato normativo no admite interpretaciones en contrario, de suerte que, en cualquier momento los asegurados deberían poderse trasladar entre las distintas entidades promotoras de salud – EPS autorizadas.

A pesar de lo anterior y en contravía con la Ley, el Gobierno Nacional profirió los Decretos 1485 de 1994 (artículo 14) y 780 de 2016 (2.1.7.2.), y restringió la libre escogencia de manera que ésta sólo se permite después de haberse cumplido trescientos sesenta días de afiliación y siempre que el afiliado o cualquier miembro de su núcleo familiar, no estuviere internado en una institución prestadora de servicios de salud.

Se supone que la permanencia mínima obligatoria propende por un equilibrio financiero, sin que esa estabilidad pueda usarse para afectar o aminorar las condiciones del servicio.

Por eso, el artículo 2.1.7.3. del Decreto de 780 de 2016 prevé varias excepciones a la permanencia obligatoria, unas lógicas de orden operativo (como la revocatoria de autorización, liquidación o retiro de la EPS y la integración del núcleo familiar en una sola EPS), y otras, las que nos interesan para efectos de esta investigación, ancladas en la calidad (o mala calidad) del servicio.

La precitada norma advierte que no opera la permanencia mínima de trescientos sesenta días, cuando al afiliado se le haya prometido una red de prestadores que no sea cierta o cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de servicios por parte de la EPS o de su red prestadora, casos debidamente comprobados.

Estas excepciones sólo proceden luego de una autorización de la Superintendencia Nacional de Salud, previa una engorrosa actuación administrativa en el marco de un proceso sancionatorio en contra del asegurador,

que puede demorar igual o más tiempo que el mínimo previsto para la permanencia, y que usualmente se resuelve después de que ha pasado la urgencia o la oportunidad requerida para la correcta prestación de los servicios de salud.

En la práctica, la permanencia obligada de los usuarios ha sido y es una patente que permite a las entidades promotoras de salud forzar la contención de costos, prestar servicios insuficientes o negarlos, por un lapso en el que se sienten seguros de percibir el monto del aseguramiento per cápita, sin que puedan ocurrirse los traslados de los afiliados.

Lejos de procurar el buen servicio y la satisfacción de los asegurados, la permanencia ha fomentado que las entidades promotoras de salud se especialicen en defender sus intereses ante las autoridades, promoviendo además trámites y gestiones burocráticas que dificultan la inverosímil falta de oportunidad y acceso a los servicios, para aminorar costos.

Entre tanto, la Superintendencia Nacional de Salud no tiene presencia ni capacidad de respuesta en todo el territorio nacional y es extremadamente lenta en sus actuaciones, lo que impide hacer operativa la excepción a la permanencia por razones de calidad.

Por todo lo anterior, ante la debilidad de la autoridad, es preciso que en Colombia se garantice que los usuarios puedan escoger libremente entre las Entidades Promotoras de Salud en cualquier momento, conforme lo ordena la Ley 100 de 1993 y la Ley 1438 de 2011, precaviendo que realmente la competencia sea uno de los esperados reguladores de la calidad desde el inicio de la afiliación de los usuarios y en todo momento.

En su defecto, como conclusión obvia, es esencial que se fortalezca la autoridad de control y se agilicen los procedimientos, a efectos de hacer efectiva la

posibilidad de autorizar los traslados como consecuencia de deficiencias en la calidad.

Considerando la dimensión del sistema de salud que cubre necesidades en todo el territorio nacional, debe existir una Superintendencia Nacional de Salud con presencia permanente y eficiente en todas las capitales de los Departamentos, de manera que no solo se soporte la vigilancia en una entidad centralizada, que opera bajo una supuesta pero prácticamente inexistente coordinación con las secretarías de salud departamentales.

Respecto del procedimiento administrativo, se proponen dos interpretaciones o modificaciones que priorizan el derecho a la salud por encima del interés de sostenibilidad de los aseguradores, y que podrían mejorar el impacto de la libre escogencia en el sistema.

En primer lugar, la Superintendencia Nacional de Salud debería autorizar los traslados de los usuarios a manera de medida cautelar, en aplicación extensiva de lo previsto en el artículo 125 de la Ley 1438 de 2011 norma que señala:

“Artículo 125: El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud”.

La queja en la que un usuario pone de manifiesto un riesgo o afectación a su derecho fundamental, por falta de oportunidad y deficiente calidad en servicio atribuible a la entidad promotora de salud, sin duda en mayor o menor medida es indicio de un riesgo o afectación a su integridad, lo que debe conducir a que la Superintendencia abra a prevención la posibilidad de traslado del usuario como

medida de contingencia, mientras se surte íntegramente el proceso administrativo sancionatorio en contra de la respectiva EPS.

Esa medida preventiva obedecería a la priorización de la necesidad de satisfacer las necesidades básicas de salud de la población, atendiendo además el carácter fundamental del derecho a la salud.

En segundo lugar, se debería asumir una presunción positiva de la validez de la queja y trasladar la carga probatoria de la actuación administrativa a los aseguradores. Correspondería a las entidades promotoras de salud EPS desvirtuar los argumentos del usuario quejoso, probando la eficiencia, oportunidad, integralidad, suficiencia y calidad en la atención.

En la práctica, la permanencia obligada de los usuarios aun mediando deficiencias en la calidad está lejos de incentivar el buen servicio y de promover la satisfacción de los asegurados. Por el contrario, las limitaciones en los traslados han permitido que las entidades promotoras de salud - EPS practiquen la contención de costos y presten servicios insuficientes, por un lapso en el que se sienten seguras de percibir el monto per cápita que les reconoce el Estado.

Tratándose de la cobertura privada que se enmarca dentro de los denominados planes voluntarios de salud, en el capítulo tercero de la segunda parte de esta investigación se mencionaron algunos riesgos persistentes que pueden atentar contra la libre competencia y contra la calidad de los servicios en el aseguramiento público.

Nos referimos a la permisiva confluencia entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas oferentes de planes voluntarios de salud.

Concretamente, por mandato normativo únicamente las entidades promotoras de salud - EPS pueden ofrecer planes complementarios de salud y, respecto de los planes de medicina prepagada, muchas de las empresas que los ofrecen

tienen convenios o pertenecen a grupos que cuentan con entidades promotoras de salud - EPS, responsables del aseguramiento público.

Basta con advertir que la contratación de un plan voluntario de salud en principio debería motivarse en condiciones de hotelería o de la red de prestadores, y no en la calidad, oportunidad, integralidad o en contenidos de la cobertura, características que se suponen suficientemente garantizadas en el aseguramiento público, tanto en el actual plan obligatorio de salud como en el nuevo plan público que habrá de preverse por orden de la Ley Estatutaria de Salud.

Lamentablemente no es esa la realidad. En la práctica es deficiente o muy deficiente la percepción que tienen de los afiliados sobre las entidades promotoras de salud – EPS, por fallas recurrentes en la oportunidad, calidad e integralidad de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud - POS. Y es esa percepción negativa el principal móvil que lleva a los afiliados a la contratación de un plan voluntario de salud, si tienen la suficiente capacidad de pago para hacerlo.

Entre tanto, las entidades promotoras de salud - EPS no cuentan con claros incentivos comercializables que hagan mejorar su percepción de servicio, máxime cuando, en cualquier caso, seguirán recibiendo las unidades de pago por capitación – UPC por el aseguramiento público de sus afiliados.

Por el contrario, en aquellas entidades promotoras de salud – EPS que tengan relación directa o indirecta con la oferta de planes voluntarios de salud, la implementación de cambios que mejoren la percepción del aseguramiento público va en contravía de los intereses económicos de su grupo o de sus aliados estratégicos, pues desincentiva la contratación de los planes voluntarios de salud.

En síntesis, existe la tentación de minimizar los servicios del plan obligatorio de salud y la correcta percepción de servicio, en provecho del ofrecimiento de planes voluntarios de salud. O lo que es lo mismo, se restringe la calidad, la oportunidad

y la integralidad de los servicios del plan obligatorio, como incentivo para la venta de planes voluntarios de salud.

Por todo lo antes señalado resulta recomendable que el Estado regule esa difícil confluencia de intereses, precisando los aspectos diferenciadores de los planes obligatorios y de los voluntarios. En últimas, con el tiempo, se debería promover la independencia de vínculos jurídicos y de intereses económicos entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud.

También deberían establecerse diferencias a la baja en el monto de las unidades de pago por capitación - UPC que reciban las EPS por afiliados que también tengan planes voluntarios de salud. De esta manera, una vez independizados los intereses, se fomentaría una competencia por el afiliado o usuario entre las EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud, todo en el marco de un mejor servicio.

En el marco del sistema de salud colombiano, que tiene un carácter regulado y público pero que al mismo tiempo presenta una altísima participación privada, debe buscarse una simbiosis en la que comulgue la trascendencia del interés general con una adecuada participación de los particulares.

Resulta imperativo robustecer la presencia institucional pública y el control como reflejos de la defensa del interés general, y al mismo tiempo es imperativo fortalecer las condiciones de libre competencia entre los actores privados, como herramienta de efectividad frente a los afiliados y usuarios del sistema.

6. CONTRADICCIÓN ENTRE NORMAS DEL SISTEMA Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO

En el mundo entero existe un permanente debate relacionado con la escasez de recursos y la consecuente prioridad en la reducción del gasto público. Esta situación ha llevado a la imposición de límites financieros para los sistemas de seguridad social, afectando la efectividad en la prestación de los servicios básicos y los límites en las coberturas.

En Colombia, las restricciones presupuestales han sido sumamente drásticas, de manera que el valor promedio por habitante, reconocido por el Estado para cubrir los costos de atención en salud, es de apenas U\$249 dólares al año en el régimen contributivo y U\$256 dólares al año en el régimen subsidiado (Unidad de Pago por Capitación en los dos regímenes del sistema de salud)³³³, monto que francamente es insignificante, considerando que son crecientes los costos de las prestaciones y tecnologías en salud, que hay un aumento en las necesidades sanitarias de la población y que esa suma debe alcanzar para prestar los servicios de baja, mediana y alta complejidad.

Por contraste, en España persiste una política de prestación sanitaria pública³³⁴ con gasto per cápita anual en salud de 2.648 dólares³³⁵, a pesar de las restricciones presupuestales por cuenta de la crisis económica.

Esa dramática restricción presupuestal en Colombia, lejos de lograr el cometido de ahorro en el erario público, constituye un incentivo perverso a los aseguradores para que ahorren en la prestación del servicio, lo que significa, para una población que en su mayoría es de escasos recursos, con índices bajos de

³³³ Resolución 6411 del 26 de diciembre de 2016. Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones. Ministerio de Salud y Protección Social Colombia. 2016.

³³⁴ Lillo Fernández de Cuevas, José María y Rodríguez Blas, María del Carmen. (2013: 2) y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012).

³³⁵ Banco Mundial (2015).

prevención en salud, que exista mayor presencia de enfermedades que pudieron prevenirse y de atenciones tardías de enfermedades crónicas y de alto costo (cáncer, VIH, diabetes, epidemias por vectores, enfermedades gástricas y problemas de salud pública). Por el bajo nivel de ingresos de la población y por el escaso pago a los aseguradores, los costos que demanda la atención de esas enfermedades termina asumiéndolos el Estado de una u otra manera, perdiéndose así las bondades del aseguramiento (que pretende trasladar los riesgos a un tercero) y la supuesta eficiencia fiscal.

Ante la limitación de los recursos y la consecuente restricción en la prestación de servicios por parte de los aseguradores, el mecanismo constitucional de la Tutela ha sido usado en masa por la población en Colombia, en procura de ver protegidos sus derechos, obligar al Estado y a las aseguradoras a que actúen con mayor oportunidad (rapidez en la atención), presten todas las contingencias negadas y asuman el costo de las atenciones, estén o no incluidas en los planes de beneficios.

Los jueces y la Corte Constitucional en Colombia, en atención a las acciones de tutela, han fungido como verdaderos garantes del derecho a la salud, dejando en evidencia la inoperancia de las autoridades sanitarias, de los aseguradores y del modelo de salud, y generando una enorme presión financiera sobre el sistema.

Al respecto, Luis Carlos Sotelo, enuncia: "Las autoridades estatales encargadas de diseñar y expedir políticas públicas, desconocen el profundo alcance de los mandatos constitucionales introducidos desde 1991, razón por la cual las reglas del juego que establecen estos órganos (congreso, ejecutivo de nivel municipal, departamental y nacional, reglamentos internos de empresas prestadoras de servicios públicos, etc.) son "modificadas" por los jueces de tutela, al revisar quejas ciudadanas sobre la violación de los derechos fundamentales por la aplicación de esas reglas generales a sus situaciones concretas (...). Por otro lado,

los jueces de tutela desconocen y no se preocupan por las implicaciones económicas y prácticas que tienen sus órdenes”³³⁶.

Las anteriores consideraciones demuestran las serias contradicciones que afectan los servicios de salud en Colombia, que normativamente cuenta con un sistema complejo, regulado y garantista del derecho, pero que en la práctica opera en condiciones que atentan contra el servicio y la población.

Ya dijimos que el sistema de salud se centra en los principios de universalidad, obligatoriedad, libre escogencia, calidad, oportunidad e integralidad, pero al mismo tiempo, se evidencia una absoluta restricción fiscal, una prioridad en los intereses económicos (que sacrifican la misma prestación del servicio) y una ineficiente actuación de las autoridades públicas.

Esas contradicciones pueden tener una adecuada sindéresis y coherencia si se reconoce su existencia, como lo proponemos en el presente capítulo, y si se engrana una adecuada relación entre la realidad personal, la corresponsabilidad social, los intereses económicos, y la institucionalidad jurídica y política.

Es clara la individualidad en la condición sanitaria en la medida que cada persona es objeto y responsable de su propio estado de salud. También es claro que esa individualidad no puede ser sinónimo de indiferencia y desprotección de la persona, por parte del colectivo, de manera que la condición de salud depende en gran medida de condiciones ambientales, culturales y sociales que trascienden a la persona. La protección y atención sanitaria requiere del concurso de otros que dispongan de formas, conocimientos, infraestructura y recursos, además de considerar la solidaridad y progresividad de toda la población, necesaria para soportar las altas cargas fiscales que implican la atención sanitaria.

La prestación sanitaria también se caracteriza por la presencia de intereses económicos privados y públicos. El servicio de salud constituye un mercado

³³⁶ Sotelo, Luis Carlos. (2000: 1).

especializado en el que interactúan variados intereses económicos relacionados con medicamentos, transporte, infraestructura, educación, ejercicio profesional multidisciplinario, construcción, mantenimiento, tecnología, técnicas de prestación, entre otros.

Esos intereses económicos provienen del sector privado y del sector público. Los primeros, en la medida que quienes ejercen actividad económica en el sector salud saben que están en presencia de una demanda permanente de servicios, dirigidos a satisfacer necesidades básicas esenciales que toda persona está dispuesta a pagar o, cuanto menos, procurar su cobertura por cualquier medio. Los segundos, dado que el Estado debe regular y asumir cargas fiscales en procura de garantizar una adecuada seguridad social en salud para toda la población, como lo exige la Constitución, principalmente de quienes no tienen capacidad económica que les permita asumir los costos en salud.

Así mismo, como respuesta moderadora de esa interrelación, tanto las personas, el colectivo y los intereses económicos en un mercado regulado requieren de un marco institucional público sólido, creado por el Estado como garante de la adecuada atención sanitaria.

En la Sentencia Unificada SU-111 de 1998, respecto de la institucionalidad pública y el papel cardinal del Estado dirigido a proteger la salud de la población, la Corte Constitucional señaló:

“El carácter social del Estado lo vincula a la tarea de procurar el cuidado integral de la salud de las personas que es, a la vez, asunto que concierne al individuo y a la comunidad. La salud de los habitantes del territorio nacional se convierte en cometido específico del Estado. Se parte de la premisa de que en las condiciones de la sociedad actual, sólo la instancia pública es capaz de organizar y regular el servicio de salud de modo tal que toda persona pueda efectivamente contar con el mismo cuando ello sea necesario. En otras palabras, hay aspectos del bienestar personal que

en un sentido global escapan a las fuerzas del individuo y que por su carácter perentorio no pueden en ningún momento ser ajenos a la órbita pública...³³⁷.

Haciendo alusión a una franca y necesaria intervención pública, la Sentencia T-111 de 1997, en consonancia al Artículo 2 de la Constitución Política Nacional³³⁸ (que menciona los fines esenciales del Estado en Colombia), determina que los actores del sistema de salud tienen una corresponsabilidad social que supera sus intereses económicos, de manera que, no obstante la legítima búsqueda de un lucro, es prioritaria la garantía y acceso efectivo a los servicios de salud, así:

“Las clínicas, hospitales y centros médicos de carácter privado no pueden lícitamente negar la atención a quien requiere sus servicios, en especial si se trata de urgencias, abstracción hecha de si el solicitante está o no afiliado a alguna entidad de previsión y con independencia de si tiene o no celebrado convenio con el respectivo establecimiento, así como del cumplimiento que venga observando el organismo público de seguridad social en relación con el contrato pertinente, pues la vida de la persona no puede ponerse en peligro por tal motivo, sin perjuicio de reclamos o acciones a que haya lugar respecto del ente moroso.

Tampoco es de recibo la actitud remisa del centro asistencial en cuanto a la prestación de dichos servicios ante la imposibilidad de pago previo por parte del usuario. La clínica privada tiene derecho a que le sea cancelado el justo valor de aquellos, pero no le es dable supeditar a ese factor la atención de la novedad urgente e inaplazable del paciente, pues en todo caso prevalece el derecho de éste a la vida³³⁹.

³³⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia Unificada SU-111 de 1998.

³³⁸ Constitución Política de Colombia de 1991, Título I, Artículo 2.

³³⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-111 del 18 de marzo de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Ver también Sentencias T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-366 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-328 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. Bogotá D.C., Colombia. 1993.

Ante los opuestos de libre mercado versus regulación necesaria de los servicios sanitarios (que incluye límites normativos a la misma competencia), y eficiencia fiscal versus los principios de universalidad, obligatoriedad, calidad, oportunidad e integralidad, el Estado y sus instituciones deben intervenir con urgencia a efectos de hacer funcionar un sistema que realmente preste el servicio público esencial. Por supuesto se deben sopesar los costos económicos, las implicaciones políticas, y el valor social y personal del derecho a la salud; “no se trata de acomodar la justicia a la economía o viceversa, sino de hacer políticas públicas justas, que simultáneamente pueden evitar costos excesivos para el Estado y la sociedad en general”³⁴⁰.

En Colombia esa institucionalidad se ha pretendido reflejar en la creación y operación de diversas entidades públicas como el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos – Invima, el Instituto Nacional de Salud, las Empresas Sociales del Estado (prestadores públicos), las Direcciones Territoriales y Seccionales de Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Aportes Parafiscales - UGPP, Coljuegos, y muchas otras entidades públicas relacionadas con la regulación, financiación, aseguramiento, prestación y control del sistema.

Así mismo, el Estado ha emitido cientos de normas legales y reglamentarias, que crearon y han desarrollado el sistema general de seguridad social en salud, cuya funcionalidad ya fue explicada en capítulos anteriores.

Sin embargo, pese al esfuerzo institucional lo usual en Colombia es la negligencia, la negación o la demora en el acceso a los servicios de salud, incluso en situaciones de urgencia, so pretexto de alegadas condiciones y restricciones normativas, faltas formales en procedimientos, errores o deficiencias en la afiliación, deficiencias en los pagos (del afiliado o de los aseguradores a los

³⁴⁰ Parédez Hernández, Natalia (2003: 76).

prestadores) y, la mayoría de veces, supuesta falta de cobertura. En ocasiones, los pacientes quedan a su suerte o en el mejor de los casos, son remitidos a una y otra institución prestadora, que se niega a atenderlos bajo las mismas argucias y razones.

Lo anterior, a la vista casi complaciente de unas entidades públicas que dirigen y controlan el sistema, débiles e ineficientes, que saben que los preceptos constitucionales se soslayan, pero permanecen indiferentes e inoperantes.

Esa inoperancia ha generado una población con altísimos índices de enfermedades crónicas, afectación creciente de enfermedades tropicales por la ausencia de políticas eficaces de salud pública y principalmente una población que adolece de prevención o de atención temprana y oportuna.

Lamentablemente las innumerables instituciones creadas por el Estado al interior del sistema de seguridad social en salud no han resuelto los cientos de miles de requerimientos de control y protección urgente a la salud. En el trasfondo, existe una crítica permanente al sistema de salud por su demostrada permisividad e inoperancia, causada por una reglamentación excesiva y confusa, con una maraña institucional de dirección y control francamente débil.

En el fondo, en Colombia hay una injustificada omisión del Estado en el cumplimiento de sus deberes y no puede el Estado simplemente excusarse en la falta de recursos para no garantizar el derecho a la salud. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado³⁴¹:

“3.3.1. El derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un inicio, que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una

³⁴¹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente

conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales no se deriva la obligación de realizar una acción positiva, sino más bien, obligaciones de abstención, en tanto no suponen que el Estado haga algo, sino que lo deje de hacer, no hay razón alguna para que sean obligaciones cuyo cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado entidad o persona cuente con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada”.

La máxima prueba de la persistente omisión del Estado y de la debilidad institucional del sistema de salud, radica precisamente en el precitado protagonismo de los jueces en Colombia, de manera que son estos y no el sistema de salud, los que desde hace ya más de veinte años, han protegido a los ciudadanos y han ordenado el amparo de los derechos, en más de un millón trescientos veintitrés mil fallos de acciones de tutela³⁴².

Dueñas Ruíz señala:

“En la tutela la relación es directa entre la Constitución Política que consagra un derecho fundamental y la persona que considera que se le ha violado y acude ante la justicia para que cese la violación. Esto es completamente distinto a la justicia tradicional. Y, si el afectado interpone la acción de tutela es porque el derecho fundamental que le ha sido violado es además un derecho subjetivo. Una persona puede reclamar sus derechos a los jueces cuando esos derechos son subjetivos, no cuando son simplemente programáticos. Para Savigny y Putcha, el derecho subjetivo consistía en una voluntad jurídicamente protegida. Esta posición era inconsistente porque hay derechos irrenunciables. Para Ihering, la esencia del derecho subjetivo consiste en un interés jurídicamente protegido. Este concepto también es vulnerable porque existen intereses que no son jurídicamente protegidos. Por eso, autores como Folgado y Elio Gallego,

³⁴² Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 88).

llaman la atención sobre la visión de un derecho subjetivo como facultad o *potestas*, es decir, como la facultad de ser reclamado³⁴³.

El derecho a la salud es subjetivo, es una facultad o *potestas*, lo que significa que puede ser reclamado implícitamente por los ciudadanos bien a través del sistema que el Estado cree para su garantía o a través de acciones constitucionales como la tutela.

En principio mediante sentencias no se debería cambiar el modelo de sociedad y los jueces no son los llamados a solucionar los problemas estructurales³⁴⁴. Pero cuando la institucionalidad no sirve para salvaguardar el derecho fundamental, como sucede en Colombia, son los jueces los únicos que garantizan los derechos subjetivos y concretamente imponen el verdadero sistema de salud.

Y es que la institucionalidad debe estar al servicio de la satisfacción del derecho, de manera que, cuando no se está respetando el derecho fundamental, resulta irrelevante quién tiene la razón jurídica o quien impone límites o restricciones formales o procedimentales.

Debe darse una adaptación efectiva entre el derecho reclamado y la institucionalidad. "Una organización no adaptada a su entorno termina desapareciendo forzosamente y, por lo mismo, el grado de eficacia de una organización se mide por su grado de adaptación"³⁴⁵.

Concretamente, si la acción de tutela es el mecanismo por excelencia que opera en Colombia para defender el derecho a la salud, resulta obvio que debe reestructurarse el sistema de salud, adaptarse, para que responda en la misma forma que la tutela al reclamo de acceso, oportunidad y satisfacción de ese derecho.

³⁴³ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006:12).

³⁴⁴ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 12).

³⁴⁵ Aguilera Izaguirre, G. (2010 a: 382).

La institucionalidad debe reconocer, de manera práctica y real, no meramente formal, que la salud es un derecho subjetivo y fundamental de manera que indistintamente de la acción tutela el derecho debe operar y ser efectivo. El Estado debe ajustar las instituciones del sistema de salud para que hagan efectiva la relación directa entre la Constitución Política que consagra un derecho fundamental y la persona que requiere la protección de su derecho, persona que tiene la potestad o facultad de acudir ante esas instituciones para obtener esa prestación real del servicio, sin que tuviera que acudir a la justicia en ejercicio de la acción de tutela.

7. PRIORIDAD EN LA ATENCIÓN COMO PRESUPUESTO DE REFORMA AL SISTEMA

En Colombia, la Ley 100 de 1993 que creó el sistema general de seguridad social en salud, acogió un modelo de descentralización administrativa del Estado y privatización, cambiando el modo de prestación anterior, amparado en el subsidio a la oferta (financiación 100% pública de hospitales -oferta-, con muy pocos controles, burocratizados y sin eficiencia en el gasto, abiertos a la generalidad de población), por un sistema enfocado en el subsidio a la demanda (pago por la afiliación y aseguramiento de la población).

El Estado pasa a ejercer la "regulación y control, y deja al libre juego de las empresas intermediarias un papel protagónico que va a definir todo el desarrollo posterior del novedoso sistema"³⁴⁶.

En realidad antes de la Ley 100 de 1993 en Colombia no existía un sistema de salud universal. En la práctica, las personas no tenían siquiera una expectativa mediana de obtener las prestaciones y acudían a los congestionados centros públicos de atención, muchas veces desfinanciados y afectados críticamente por

³⁴⁶ Parédez Hernández, Natalia (2003: 37).

la corrupción, en espera de una eventual atención. Con el modelo de la Ley 100 de 1993, las personas adquirieron por lo menos conciencia sobre su derecho al acceso al servicio y se reconocieron unos mínimos de prestación, contenidos en las coberturas del aseguramiento.

“El sector salud colombiano experimentó importantes transformaciones en las últimas décadas. El sistema pasó de uno que financiaba básicamente la oferta pública en salud a uno dirigido principalmente a subsidios a la demanda, por medio de los regímenes contributivo y subsidiado. El País logró importantes avances en cobertura que permitió moverse del 56,9% al 90,8% entre 1997 y 2012, en gran parte gracias al mayor gasto público sectorial. En la actualidad Colombia invierte cerca de siete puntos porcentuales del PIB en salud, donde el 75% lo realiza el sector público”³⁴⁷.

No obstante, “estos beneficios han estado acompañados de numerosas limitaciones y en los últimos años el País ha vivido un amplio debate sobre la política de salud. Existe una discusión sobre diversos factores que afectan al sector: la manera en la que está organizada la provisión de los servicios, la calidad y acceso a los mismos, la ineficiencia en el manejo de los recursos o la escasez de estos, el diseño de los planes de atención en los regímenes vigentes, la crisis financiera de los hospitales públicos y los resultados en materia de prevención y promoción de la salud”³⁴⁸.

En términos generales, se puede observar cómo la institucionalidad, la formalización, la conciencia del derecho y la regulación aumentaron, pero no así la conciencia humana de la prestación en salud.

Si bien el aseguramiento puro lograr una identificación de la población y un reconocimiento formal de sus derechos, al equiparar cobertura en salud con la afiliación al sistema se incentivó que existiera un mayor número de afiliados

³⁴⁷ Bonet Morón, J. y Guzmán Finol, K. (2015: 4).

³⁴⁸ *Ibidem*.

aportantes para la obtención de los mayores recursos posibles, pero paradójicamente se procuró una reducción en las prestaciones en aras del ahorro. En un círculo vicioso se destinaron los mayores recursos para ampliar las afiliaciones pero no para mejorar el acceso, la oportunidad y la integralidad en los servicios.

Conviene recordar que la salud no es la simple ausencia de enfermedad sino el equilibrio del ser humano con la naturaleza³⁴⁹. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud en su concepto integral, supone bienestar físico, mental y social del individuo.

Un sistema de salud, en su esencia, debe responder primeramente a la satisfacción de la necesidad que pretende suplir, por encima de las condiciones de sostenibilidad, de manera que la prioridad debe ser el bienestar de la población, como principio operativo y justificación misma del Estado.

Sin embargo, decir que la atención en salud de la población es prioritaria, no es lo mismo que afirmar que la sostenibilidad no importa o que se deba ignorar.

Al mismo tiempo que el Estado debe tener una política adecuada de prestación integral en salud, que propenda por una población integralmente saludable, debe implementar condiciones económicas eficientes, de control y gestión. Lo contrario, significa desfinanciar al Estado, ser irresponsables con las generaciones futuras o conseguir y destinar recursos, esfuerzos, burocracia y tiempo, a un sistema que no funciona, que además resalta el ánimo desafortunado de la utilidad privada por encima del interés público.

El sistema debe centrar la eficiencia en las mejores tecnologías, en las condiciones de prevención en salud, en las medidas de austeridad administrativa y en el control, por encima de las meras restricciones o límites en el acceso, la integralidad y la oportunidad.

³⁴⁹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 78).

Lamentablemente en Colombia la prioridad ha sido el ahorro y no la prestación, de manera que no importa el sistema o las reformas que se formulen, sino la minimización del gasto. Así, al margen de los andamiajes normativos que propugnan por una mejor salud en la práctica es el dinero lo que mueve la prestación.

Al respecto, César Giraldo manifiesta: "Para el BID, los gastos redistributivos (educación, salud, seguridad social) son altos en América Latina. Sin embargo, esa afirmación puede ponerse en duda porque una de las características fundamentales que diferenciaron las finanzas públicas de los Países de la región respecto a los Países desarrollados es precisamente esa clase de gastos"³⁵⁰.

Por supuesto, en el marco de esa pretendida sostenibilidad económica, en Colombia se adoptó una política de eficiencia en el gasto público, respecto de la cual Carmelo Mesa-Lago, afirma: "La política social ha sido también objeto de reformas importantes, comenzando por una crítica a la seguridad social basada en los problemas de ineficiencia administrativa, desequilibrio financiero-actuarial, concentración de cobertura en el sector medio y exclusión de los grupos de más bajo ingreso y los pobres, impacto regresivo en la distribución, etc."³⁵¹.

Las condiciones de ahorro financiero en los servicios de seguridad social en salud en Colombia han promovido procesos de privatización, en los que el Estado deja de ser un protagonista directo, para ser un actor indirecto, que pretende asumir su papel de garante constitucional de la seguridad social en salud a la población, únicamente a través de regulación y control.

Por supuesto, si las prioridades públicas son el ahorro, la regulación y el control el Estado se ha de enfocar en el manejo de los recursos de la salud y no propiamente en las condiciones de la atención a la población. En una cadena

³⁵⁰ Giraldo, César. (2001: 55).

³⁵¹ Mesa-Lago, Carmelo. (2000: 8).

desenfrenada por el ahorro fiscal y lograr la afiliación del ciento por ciento de la población, la austeridad se traslada a todo nivel, incluyendo el control, que resulta insipiente, dejando al sistema y a los servicios huérfanos de la vigilancia Estatal.

La prioridad en el ahorro ha llevado a que en Colombia el sistema de salud esté en una profunda crisis, demostrada como ya se mencionó por graves fenómenos de corrupción o por destinación indebida de recursos públicos de la salud. Principalmente, se evidencia la crisis en las miles y miles de acciones de tutela que interpone la población esquilmada y desamparada, rogando el amparo de sus derechos fundamentales, afectados por la negación reiterada o por la falta oportuna de atención en salud y, en general, por el estado de cosas inconstitucional que, en materia seguridad social en salud, existe en Colombia.

Mientras se sufren las dolencias de un sistema de salud en crisis y se debaten soluciones, la mayoría de las veces a nivel meramente normativo, se desatienden factores sanitarios recurrentes y se deterioran gravemente los indicadores de salud. El Estado y todos los habitantes nos introducimos en ese debate normativo formal y nos adormecemos frente a las responsabilidades diarias en salud, de manera que no tenemos conductas saludables preventivas, entre otras cosas, porque no disponemos de las herramientas suficientes para aprehender esas conductas.

El sistema de salud, al margen de si se centra en la intermediación o no, en el aseguramiento con coberturas limitadas y preestablecidas, o en la prestación universal por parte del Estado, o en el subsidio a la oferta, o en el subsidio a la demanda, debe ser eminentemente preventivo, lo cual significa responsabilidad de todos en el cuidado de la salud. Debe haber un volcamiento de las políticas de salud al cuidado ambiental, a la responsabilidad social, al bienestar integral de la población y, en ultimas, a una atención oportuna, digna y adecuada.

Claro está, ese modelo preventivo también demanda recursos, por lo que no se puede desconocer la necesaria sostenibilidad. Por supuesto no es fácil la búsqueda de un equilibrio que contemple una priorización en la prestación y la necesaria sostenibilidad, siendo ese un dilema a resolverse en todo el mundo.

Al respecto, Ruiz aduce: "Desde luego, es pertinente aclarar que esa no es una problemática local o que resientan sólo nuestros seguros sociales en la región americana, sino en realidad, se trata de un problema mundial, con independencia del tipo de ideología, idiosincrasia, cultura, o el potencial económico de las naciones del planeta. Es cierto que el incontenible coste de la salud institucional debido a la proliferación de enfermedades cuyo tratamiento cada día es más oneroso..., han vuelto al financiamiento y la gestión de la seguridad social contemporánea un verdadero quebrado de cabeza"³⁵².

Ante la crisis de sostenibilidad, no sólo en salud sino en todos los servicios de la seguridad social, el planeta entero está en la urgencia de responder a una enorme paradoja: "¿de qué nos sirve que tengamos una mayor esperanza de vida, si cada día es más difícil que ésta sea digna y decorosa?"³⁵³.

En el mundo occidental, al final del siglo XX y principios del siglo XXI, se ha generado una transformación democrática, social y económica, luego de reconocerse y aceptarse el aumento de las necesidades de la población, particularmente las necesidades enmarcadas en la seguridad social (protección en salud, atención a la vejez, atención a la discapacidad, apoyo en el desempleo y atención social complementaria). Al mismo tiempo se está rompiendo el paradigma de crecimiento sin límites, bajo la premisa obvia de reconocerse y aceptarse la limitación y el agotamiento de los recursos, lo que demanda una esencial búsqueda de sostenibilidad, a todo nivel, a efectos de satisfacer esas exigentes necesidades básicas demandadas por la población.

³⁵² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 518).

³⁵³ *Ibidem* (519).

Desde la óptica de la seguridad social, entran en crisis el culto a las extensas regulaciones, que prevén garantías plenas en el acceso a los beneficios, y en su lugar, se impone la eficacia de los derechos, como principio operativo de justificación de la organización política. No existe el derecho por su consignación en una norma, sino por su garantía y realización en el entramado social; los derechos dejan de ser una mera declaración o compendio normativo, para hacerse más democráticos, participativos, solidarios y realizables.

El Estado Social de Derecho propenden por que se transfiera el poder a la base social, ya no por el ejercicio utópico de un gobierno aparentemente del pueblo para el pueblo (como sucedió en los modelos comunistas con partidos populares y asambleas de gobierno, y ha tratado de implementarse en Países como Venezuela y Bolivia), sino por realidades fundadas en la participación creciente de todos, en la gestión personal y colectiva de la vida en sociedad.

Se requiere de una necesaria descentralización regional y local del poder y de mecanismos de transparencia, concertación y participación social, que permitan fortalecer el respeto y los vínculos entre los poderes públicos y los particulares. En cualquier caso se podría transferir la ejecución de muchos de los deberes a cargo del Estado a instancias de la sociedad civil, pero manteniendo la supervisión y control estatal.

Adicionalmente, el concepto de bien público involucra ya no sólo el marco económico fiscal público, sino la generalidad de bienes y acciones que sean esenciales para la vida en sociedad.

La ley, en sentido material, ya no debe ser un mero texto que reconozca derechos, formule obligaciones y procedimientos, o regule mecanismos de bienestar; debe ser un marco de relaciones interpersonales, que busque la real participación de la población en el respeto, la libertad y el desarrollo humano.

La Ley abandona el paradigma de ser eficaz por sí sola, de cumplirse ciegamente, para ahora probar su valía en las relaciones interpersonales, en el día a día, en la realidad cierta de la satisfacción real de los derechos.

Esta tendencia no pretende desconocer el Estado de Derecho y el respeto a la Ley como principio de orden, sino que va más allá, y propende por la eficacia misma de la Ley, en función de la eficacia real de los derechos que la norma pretende reconocer.

Tampoco pretende desconocer la propiedad privada, ni los modelos económicos imperantes la mayoría fundados en el libre mercado y en la autorregulación de la competencia. Trasciende esa discusión para anclarse en conceptos tales como la función social y económica de la propiedad privada, la responsabilidad social, la ética privada y pública, la solidaridad como principio de supervivencia y el derecho de las generaciones futuras.

Tratándose de sistemas sanitarios, en la mayoría de Países occidentales, en teoría los ciudadanos están respaldados por sistemas públicos de seguridad social en salud, contemplados en normas constitucionales y legales, que instan por la prestación de servicios, en épocas de crecimiento o de recesión, tanto para los que tienen solvencia económica, como para los que no.

No obstante, otra es la verdad de la prestación, de manera que mientras la Ley garantiza el derecho y el servicio, en la realidad hay afectación permanente al derecho y no se presta adecuadamente el servicio.

La existencia de fuertes intereses políticos y económicos particulares en la Administración Pública, las promesas y adopción de medidas imprudentes, dirigidas a recibir el beneplácito electoral de la población, sin medir los costos (populismo), o la existencia de controles débiles, economías ineficientes y corrupción, con estructuras administrativas altamente burocratizadas, ha generado dilapidación de los escasos recursos disponibles para la seguridad

social, y ha promovido desde todos los frentes sociales, la necesidad de reformas permanentes, dando la sensación, por demás acertada, de tener sistemas de seguridad social en permanente construcción, con escasa consolidación.

Así, como ya se ha reiterado en este trabajo de investigación, si aún se cumple la Ley pero no se prestan servicios con calidad y el derecho no se garantiza, se impone el estado de cosas inconstitucional y se hace necesario un ajuste estructural.

La "calidad supone responder de forma regular y continua a las necesidades y a las expectativas de los ciudadanos" y si no existe esa calidad, de deslegitima y pierde relevancia el Estado prestatario de los servicios. "Desde esta perspectiva, para cualquier organización compleja, y en nuestro caso para la Administración Pública, la calidad en sí misma no es realmente un fin, es un medio para asegurar la propia credibilidad del sistema, su completa y correcta legitimación frente a los ciudadanos como auténtico objetivo"³⁵⁴.

Aunque parezca una conclusión obvia, la prioridad es la prestación con calidad y la garantía última del derecho a la salud, y así debe estructurarse cualquier reforma en el sistema que quiera tener legitimidad en la población, para luego, por supuesto, desarrollarse una estructura en condiciones adecuadas de responsabilidad, solidaridad y sostenibilidad.

Adquiere relevancia la conclusión expresada por el profesor Nevado-Batalla respecto de la actual necesidad de "reflexión alrededor de aquella tendencia reformadora que, en nombre de un mal entendido liberalismo económico, ha hecho de la apertura del mercado y de la desregularización sus manifiestos. La actual crisis económica -cuya responsabilidad debe probablemente adscribirse, entre otros factores, también a un malentendido acerca de la diferenciación entre público y privado y a una general confusión entre libre iniciativa privada y

³⁵⁴ Nevado-Batalla Moreno, P. (2003: 21-22).

ausencia de control por parte de la Administración-, podría representar la ocasión esperada para volver a plantear con insistencia una nueva “vuelta al Derecho administrativo”, en el claro entendimiento que las exigencias de eficacia y eficiencia de la Administración Pública no son elementos a buscarse fuera de la cosa pública, sino que, por expreso mandato constitucional, han de predicarse de la propia Administración”.³⁵⁵

8. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Luego de explorar y describir el sistema de salud colombiano a lo largo del presente trabajo, resulta evidente que por más de veinte años el derecho a la salud ha sido menospreciado y conculcado en su esencia, de manera reiterada y sistemática. Lo anterior debido a que existe una marcada inoperancia institucional, graves problemas financieros, inequidad, falta de acceso al servicio, negligencia, falta de planeación, falta de control y corrupción.

Ese panorama que denota una problemática generalizada se puede enmarcar dentro de lo que se ha conocido como *estado de cosas inconstitucional*. Este concepto desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana consiste en el reconocimiento de una violación masiva y persistente de un derecho constitucionalmente reconocido, aun existiendo instituciones públicas, normas y herramientas formales dirigidas a la protección de ese derecho, y sin que se formulen y pongan en práctica respuestas eficaces del Estado, dirigidas a superar esa violación persistente. Por tanto, es una situación generalizada y permanente de inconstitucionalidad, causada por inoperancia en algunos de los ámbitos de la realidad jurídica, política y social.

³⁵⁵ Nevado-Batalla Moreno, P. (2010: 248).

Lamentablemente Colombia ha vivido paradigma del concepto de *estado de cosas inconstitucional*. De manera permanente y general han sido conculcados derechos por cuenta de la violencia, la inseguridad, el abandono, la pobreza, la restricción de la libertad, la falta de protección al adulto mayor, el desconocimiento al debido proceso, la existencia de normas legales y reglamentarias en la práctica inoperantes o ineficaces, la corrupción, la indiferencia de todos y la generalizada falta de respuesta de las autoridades públicas.

Un síntoma claro de la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* es la vigencia de abundantes normas legales y reglamentarias, que crean o reglamentan un sistema complejo de prestación de servicios, dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales, normas que se cumplen formalmente con la creación y operación de entidades y con la ejecución de cuantiosos esfuerzos y recursos, pero sin efectividad real en la satisfacción del derecho, volviéndose un sistema que sirve a la contención de gastos o a los prestadores del servicio, pero no a la población.

La declaratoria de un *estado de cosas inconstitucional* surge como reflejo de la inexistencia o inoperancia de las instituciones públicas y privadas, para amparar los derechos y mandatos constitucionales. La consecuencia de su reconocimiento es el llamado a la cordura y al respeto por esos derechos y mandatos jurídicos superiores.

La Corte Constitucional Colombiana ha listado los factores que permiten evidenciar si existe un estado de cosas inconstitucional, así: "(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales

necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.³⁵⁶

Una vez evidenciados esos factores, la Corte Constitucional declara el estado de cosas inconstitucional en un fallo de acciones de tutela que además de resolver los casos particulares que se someten a conocimiento, contiene un análisis general dirigido a hacer un llamado a respetar la norma superior y el derecho, desde cualquier frente e institución. So pretexto de la colaboración que debe existir entre las autoridades administrativas y las autoridades judiciales, en la sentencia se imponen cargas generales y se ordenan ajustes normativos e institucionales, con miras a que cese el uso indiscriminado y en masa de la acción de tutela.

Por supuesto, la declaratoria del estado de cosas inconstitucional y las medidas generales que ordena la Corte Constitucional han sido objeto de amplios cuestionamientos jurídicos y económicos.

Desde el punto de vista jurídico, es claro que el fallo de cada acción de tutela obedece al estudio de un caso particular y concreto, en el marco de un procedimiento preestablecido y de la jurisdicción constitucional. En principio, por el respeto a los demás poderes del Estado, no correspondería a la Corte Constitucional proferir mandatos generales con fuerza constitucional, mucho menos superiores a las leyes, ni le correspondería establecer y definir políticas gubernativas, que conduzcan a la regulación en la prestación de servicios públicos esenciales.

³⁵⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.

Tampoco correspondería a la Corte Constitucional proferir mandatos generales que afectaran el orden fiscal y presupuestal del Estado, considerando que esos mandatos implicarían cambios estructurales costosos, que deben presupuestarse por aprobación del Congreso y que muchas veces no tienen fuentes de financiamiento.

Bajo esa descripción, los mandatos generales que devienen de un estado de cosas inconstitucional atentan contra la misma Constitución que se pretende proteger, al ampliar el espectro de las competencias constitucionales de la rama judicial y de la Corte Constitucional, que asumiría funciones propias de las ramas legislativa y ejecutiva.

No obstante, la Corte ha sabido conjurar esa crítica advirtiendo con razón que de no proferirse las órdenes generales continuaría la violación sistemática y generalizada de los derechos. Ante la inoperancia de las normas legales y de las autoridades e instituciones administrativas, la acción de tutela adquiere el carácter de único medio efectivo de defensa, condición que sustantivamente es contraria a la Constitución y que obliga al ejecutivo a hacer cambios sustanciales que garanticen los servicios y defiendan los derechos.

Se resalta la prioridad que tiene la salvaguarda a los derechos fundamentales y se conmina públicamente a todas las autoridades para que se observe la Constitución Política como norma superior. Por supuesto, ese llamado nos pone en un marco de amplitud y subjetividad riesgoso, de manera que los magistrados adquieren una relevancia inusitada en el ejercicio de los poderes públicos, sobrepasando incluso el papel democrático del Congreso y del ejecutivo, elegidos democráticamente.

Adicionalmente, como ya lo señalamos, las órdenes de la Corte Constitucional ponen sobre la mesa complejas condiciones de sostenibilidad fiscal, pues toda orden de cambio estructural implica gastos en el Estado que no estaban previstos

y que se deben solventar, por lo que, en la práctica, la Corte está interviniendo en la planeación presupuestal y en la ejecución del gasto público.

Por supuesto, en la bipolaridad que ha caracterizado al Estado Colombiano que protege y garantiza formal y normativamente todos los derechos a los ciudadanos, pero en realidad no hay tal protección y garantía, la Corte Constitucional y su declaratoria de estado de cosas inconstitucional, ha sido una luz que viabiliza los necesarios cambios estructurales.

Con las anteriores precisiones, a continuación ilustraremos los casos en los que la Corte Constitucional ha acudido a la figura del estado de cosas inconstitucional.

En la sentencia SU-559 de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se produjo el primer antecedente del concepto. La Corte reconoció un estado de cosas inconstitucional al acumular y revisar fallos en distintas acciones de tutela interpuestas por docentes de colegios localizados en diferentes Municipios del territorio nacional, alegando vulneración a sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y al trabajo, por no haber sido afiliados a una Caja o Fondo de Prestación Social.

En la sentencia, la Corte no solamente se detiene a analizar los casos específicos de cada demanda y de cada accionante, sino que evidencia que la eventual omisión en la afiliación de los docentes a los sistemas de seguridad social, deviene de condiciones generales y estructurales que afectan la financiación de la educación primaria y secundaria en Colombia.

La sentencia pone de presente la existencia de “enormes diferencias entre los municipios del País en relación con la carga que deben soportar sus presupuestos para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes”, debido a que muchos departamentos y sus municipios obtienen menos recursos del situado fiscal para el subsidio educativo (giros del orden nacional), respecto de otros

departamentos y municipios, por lo que y deben hacer un esfuerzo presupuestal mayor, lo que denota “una gran inequidad en la distribución del situado fiscal”³⁵⁷.

En el fallo la Corte advirtió que, si bien las tutelas objeto de estudio fueron interpuestas por algunos docentes, la inequidad y falta de recursos es un problema que afecta a la mayoría de docentes en el País. Por tanto, la prosperidad de las acciones de tutela interpuestas supondría que miles de maestros interpondrían acciones por los mismos hechos, siendo merecedores de protección constitucional.

Por eso, una vez verificado que el comportamiento omisivo es general y viola la Constitución Política, la Corte Constitucional emitió órdenes a las autoridades públicas para que, a la mayor brevedad, adoptaran medidas que condujeran a “eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional”. Concretamente, el fallo ordena al Congreso y a las autoridades administrativas, que se hagan ajustes fiscales e institucionales para que se afilie a todos los docentes a los sistemas de seguridad social y se adopten medidas concretas dirigidas a que mejore la adecuada y equitativa financiación del sistema educativo.

Respecto de la competencia para declarar el estado de cosas inconstitucional y emitir órdenes generales, la Corte Constitucional señaló³⁵⁸:

“1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

³⁵⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia Unificada SU-559 del 1997.

³⁵⁸ *Ibidem*.

2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la Administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado³⁵⁹.

Otra declaratoria de estado de cosas inconstitucional se produjo a través de la sentencia T-068 de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, por medio de la cual la Corte Constitucional amparó los derechos a la vida, petición y mínimo vital de personas de la tercera edad, afiliados a la extinta Caja de Previsión Nacional – Cajanal.

Específicamente, la Corte ordenó que se diera respuesta a las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas. Evidenció que la falta de respuesta oportuna obedecía a un problema estructural de la institucionalidad pensional para trabajadores y extrabajadores del sector público, concretamente en la administración del régimen de prima media con prestación definida, por lo

³⁵⁹ *Ibidem*.

que ordenó al Estado que implementara cambios generales en la forma de administración del régimen y en la organización de las entidades públicas encargadas de esa administración.

Posteriormente, en la Sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, reconoció la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario. En algunos apartes de esa sentencia se dijo³⁶⁰:

“Las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción”.³⁶¹

Luego de mencionar las causas jurídicas e institucionales de la crisis penitenciaria y carcelaria, la Corte profirió las siguientes instrucciones:

“Ordenar al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendiente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán súper vigilancia sobre este punto. Además, con

³⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶¹ *Ibidem*.

el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Ordenar al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. (...)

Ordenar al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del País”.

Valga decir que en cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998 se ejecutaron políticas dirigidas a mejorar las condiciones del sistema penitenciario y carcelario.

Sin embargo, por medio de sentencia T-388 de 2013³⁶² la Corte Constitucional declaró nuevamente el estado de cosas inconstitucional considerando la persistencia de las condiciones atentatorias de los derechos fundamentales. Esta vez se refirió la sentencia a las condiciones de salud de los reclusos, por lo que nuevamente ordenó la adopción de medidas ejecutivas necesarias para

³⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombia. 2013.

salvaguardar los derechos fundamentales de esa población y exigió informes periódicos al Gobierno sobre el avance de las medidas.

En síntesis, la Corte funge como expresión del constituyente primario en defensa de los mandatos Constitucionales, abrogándose la competencia de instruir cambios a todas las instancias del Estado.

Finalmente, mencionamos que luego de cientos de miles de tutelas interpuestas para salvaguardar el derecho a la salud, la Corte Constitucional reconoció el estado de cosas inconstitucional en el sistema sanitario por medio de la Sentencia T-760 de 2008, que ya se ha mencionado.

En el precitado fallo, la Corte Constitucional advierte sobre la complejidad normativa del sistema y su ineficacia para responder a la satisfacción del derecho. Reconoce que existe una crisis financiera sin precedentes y que las instituciones jurídicas y administrativas deben ajustarse para garantizarle a los habitantes el derecho fundamental a la salud, sin que tengan que acudir a la acción de tutela para procurar su garantía.

Concretamente, la Corte ordenó a todas las autoridades del Estado, que se adoptaran medidas estructurales relacionadas con salud, entre otras, las siguientes:

“Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales. (...)

Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). (...) En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

Los nuevos planes de beneficios de acuerdo a lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud (...).

Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. (...)

Ordenar al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad (...).

Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado (...).

Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado (...) ³⁶³.

³⁶³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-760 de 2008.

Por supuesto, el incumplimiento al fallo de tutela implica desacato a la orden judicial, con sanciones económicas y de restricción privativa de la libertad. Por lo mismo, la Corte y todos los estamentos del Estado acordaron periódicamente la presentación de informes y una evaluación de cumplimiento a las órdenes impartidas.

¿Se superó el estado de cosas inconstitucional en el sistema de seguridad social en salud?

En aras de cumplir con los fines y propósitos del Estado Social de Derecho resulta esencial defender la institucionalidad pública y honrar su funcionamiento de manera que se prevenga el descrédito y la crítica destructiva infundada. Se debe resaltar el necesario reconocimiento y prestigio de las autoridades públicas, "portadoras de los intereses generales cuya efectividad se les encomienda"³⁶⁴, superando el prejuicio de considerarlas burócratas, clientelistas y corruptas.

Esa defensa y reconocimiento de la institucionalidad pública requiere de "la expulsión y el resarcimiento de aquellos que intentan vulnerar impunemente su imagen social, su autoridad moral y su prestigio"³⁶⁵, pero también de un lógico buen funcionamiento, de manera que sin la satisfacción del servicio público es muy difícil reafirmar la trascendencia de la institucionalidad pública.

Dicho lo anterior, respondemos a la pregunta precisando que la Sentencia T-760 de 2008 dejó clara la naturaleza fundamental del derecho a la salud en Colombia y, en teoría, dio pie al inicio de cambios estructurales en el Estado que tienen reflejo en la aparente unificación del plan de beneficios en los regímenes subsidiado y contributivo, y en la unificación gradual del pago remunerativo por el aseguramiento en los dos regímenes (UPC), además de la promulgación de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud.

³⁶⁴ Carballeira Rivera, Maria T. (2017: 10).

³⁶⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, hoy perdura la crisis en la atención a la población por lo que las acciones de tutela se siguen interponiendo en masa, como mecanismo determinante para lograr la oportuna y adecuada prestación del servicio de salud. Con corte al año 2014 se habían interpuesto más de un millón trescientas mil tutelas³⁶⁶ y entre el año 2014 y el año 2017 se han interpuesto un promedio de cien mil acciones de tutela por año.

Se insiste en el modelo que le apuesta a la tercerización y a la privatización del servicio por medio del aseguramiento, con múltiples intermediarios entre el Estado garante de la prestación del servicio y la población que lo requiere, caracterizados además por controles insuficientes y precarios. Se sigue reafirmando la libre competencia como reguladora de la calidad, pero al mismo tiempo existen restricciones y regulaciones públicas a la misma competencia, lo que afecta sus ventajas relacionadas con la búsqueda de una mejor calidad.

En Colombia se continúa con la paradoja de garantizar normativamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente el derecho a la salud, pero a través de una institucionalidad pública ineficiente que no permite su garantía real, coadyuvada por actores privados sin control efectivo.

Por consiguiente, hoy persiste el estado de cosas inconstitucional y corresponde a la institucionalidad superarse a sí misma, para empezar a reflejar una correcta prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud y superar de una buena vez ese estado de cosas inconstitucional.

9. IMPORTANCIA DE CONOCER EL SISTEMA DE SALUD

El conocimiento de las condiciones jurídicas e institucionales que regulan un sector del Estado, cualquiera que sea, son una expresión del sentir democrático

³⁶⁶ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 88).

y participativo. Por el contrario, el desconocimiento, la falta de reconocimiento o de análisis crítico objetivo de la institucionalidad y la falta de aceptación de las deficiencias, como mecanismos de sinceramiento y transparencia objetiva, son síntomas de una institucionalidad en crisis.

Este trabajo de investigación aporta conocimiento del sistema de seguridad social en salud en Colombia, a efectos de permitir objetividad en los cambios que se requieran, cualquiera sea su dimensión y alcance.

Conocer el sistema, reconocer sus graves y generalizadas deficiencias (que conducen a la afectación reiterada de derechos fundamentales) y aceptar la existencia de un estado de cosas inconstitucional constituye uno de los principios claves de la solución. “Los ciudadanos, como usuarios de los servicios públicos, tienen pleno derecho a conocer cuales son los servicios que le prestan las organizaciones estatales y a recibirlos con la mayor calidad”³⁶⁷.

Es precario el conocimiento real del sistema de salud por parte de la población, principalmente por su altísima complejidad, incluso ante las evidentes deficiencias en los servicios. Por supuesto, no es viable el reconocimiento o análisis crítico objetivo de un sistema que no se conoce y mucho menos, se alcanza una aceptación objetiva con miras a la proposición de cambios estructurales eficaces.

Esta investigación aporta conocimiento por medio de una descripción evolutiva e histórica de los sistemas de seguridad social en salud, para finalmente exponer las características generales del sistema que actualmente opera en Colombia.

Aporta reconocimiento por medio del análisis crítico del sistema, que desnuda sus falencias y contradicciones. Pone de presente la gran paradoja del reconocimiento constitucional y legal del derecho a la salud en Colombia, junto con el enorme esfuerzo institucional y económico destinado a la prestación del

³⁶⁷ Aguilera Izaguirre, G. (2010 a: 387).

servicio, pero con una realidad de flagrante y permanente vulneración del derecho.

Ya hemos enunciado que la efectividad de los derechos, constituye una primerísima y esencial forma de identificar si las instituciones del Estado funcionan adecuadamente. Cuando se logra que las personas satisfagan sus necesidades y derechos estamos en presencia de un indicador primario del cumplimiento de todas las responsabilidades asignadas a la estructura institucional, gubernamental y burocrática del Estado.

Por el contrario, si a pesar de existir instituciones, recursos, burocracia y condiciones normativas que procuren la garantía y efectividad de los derechos, estos no se satisfacen, o no hay acceso efectivo a esos derechos, o ese acceso es limitado e insuficiente, algo está fallando, y los esfuerzos y los recursos se están perdiendo, en beneficio de la burocracia o de quienes detentan la responsabilidad de prestar los servicios.

El sistema puede funcionar en el marco de la licitud, dentro de los parámetros normativos imperantes, pero si no se produce efectividad en el derecho, cuanto menos en condiciones aceptables, el sistema por sí mismo es corrupto, pues no responde al esfuerzo de la sociedad, que aporta recursos y que, ingenuamente, se somete a la autoridad para que se garanticen unos derechos, que realmente no se satisfacen.

El ensayo y error en la forma de gobierno, o lo que es lo mismo, las virtudes y desventajas que la historia ha evidenciado, respecto de los modelos políticos y de gobierno, tarde o temprano generan el acaecimiento de cambios y el devenir de modelos políticos nuevos, aún en el contexto de las complejas democracias actuales.

Así, las instituciones de la antigua Grecia, los modelos monárquicos, republicanos e imperiales de la antigua Roma, la organización feudal de la edad media, los

modelos monárquicos del renacimiento, la refundación democrática y republicana acaecida en la independencia de las Américas, los gobiernos totalitaristas, comunistas, socialistas del siglo XX y las actuales visiones de la democracia, fundadas en el Estado Social de Derecho, entre otros, fueron y han sido afectados por el peso mismo de sus falencias, y por la falta de eficiencia en la satisfacción de las necesidades básicas de la población, generándose transformaciones inevitables en el modo de Estado y de gobierno.

El servicio público esencial de seguridad social en salud en Colombia hace parte de esa dinámica. Por eso los cambios son y serán inevitables si persiste la ineficacia de las instituciones y la falta de garantía al derecho.

Así tenga componentes teóricos casi ideales el sistema es corrupto *per se* dado su alto grado de ineficacia. Lo anterior, máxime si genera beneficios para unos pocos (burocracia pública, aseguradores, prestadores, y generadores de rentas para la salud), en desmedro de la población que no recibe o recibe mal los servicios de salud. También es corrupto por el alto contenido normativo que existe y se acata, pero que en la práctica no conduce a satisfacer el derecho a la salud, evidenciándose la paradoja de existir un sistema que cumple con la Ley, pero que no presta realmente el servicio, en una pérdida consistente y permanente de esfuerzos, recursos públicos y credibilidad.

Finalmente, este trabajo de investigación aporta aceptación, que se encuadra en el concepto concluyente de *estado de cosas inconstitucional*.

Luego del conocimiento y el reconocimiento, las autoridades judiciales han declarado y aceptado que existe una flagrante contradicción, entre la operación de las instituciones actuales y la garantía a los derechos fundamentales.

Con la objetividad, la transparencia y el sinceramiento se pueden proponer cambios adecuados, eficientes y estructurales, no meramente formales, que tengan un impacto real en los derechos de la población. Sólo si se parte del

estado de cosas inconstitucional o, lo que es lo mismo, de aceptar la grave deficiencia estructural del sistema de salud en Colombia, evidenciada entre otros hechos, en el absurdo volumen de acciones de tutela interpuestas por la población, se pueden lograr adecuados cambios estructurales.

Por eso, luego de declarado el estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, en Colombia se tramitó y sancionó la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria de Salud, que reconoció y reguló el derecho fundamental a la salud.

Ese ejercicio de aceptación es cíclico, de manera que, si la respuesta no se corresponde con el problema, ingresa en un nuevo proceso de conocimiento, reconocimiento y aceptación en busca de una nueva y eficiente respuesta.

En consecuencia, sin desconocer que se trata de un avance, la Ley 1751 de 2015 reafirma la filosofía y forma de funcionamiento por aseguramiento del sistema de salud, y no parece tener suficientes herramientas que permitan superar los problemas orgánicos que han dado pie a la ineficacia consolidada de sistema.

Si bien, los promotores de la reforma dijeron propender por minimizar la necesidad de los ciudadanos de acudir a la acción de tutela, en la práctica, la incidencia del mecanismo constitucional de amparo no ha disminuido y no se evidencian nuevas herramientas que permitan aminorar esa incidencia. Adicionalmente, la Ley reitera la salvaguarda y primacía de la sostenibilidad fiscal, por encima del mismo derecho.

Hasta que los diferentes poderes públicos del Estado no impongan cambios que mejoren sustancialmente los servicios sanitarios, la Corte Constitucional seguirá siendo la llamada a instruir soluciones por medio del estado de cosas inconstitucional.

Al respecto, Tulio Eli Chinchilla, afirma: “En la sociedad democrática sólo los órganos legislativo-ejecutivos están legitimados (son idóneos) para repartir los

recursos del erario mediante el presupuesto, no el juez con sus providencias. Proveer bienestar y condiciones de vida digna a toda persona es misión propia del estamento político-administrativo, para eso los elegimos. En principio, la función jurisdiccional se circunscribe a la tramitación pacífica y justa de los litigios. Sólo que, en situaciones de grave e injustificada omisión en la gestión de necesidades humanas básicas, el juez se legitima plenamente para dar cumplimiento a la cláusula del Estado social, incluso sustituyendo a la Administración Pública sin que ello implique quiebra de la separación de poderes. Ante la indolencia, el desgreño, la malversación, la corrupción y la ineptitud, el juez emerge como figura salvadora y coadyuva a construir un orden socioeconómico justo; gana no la potestad amplia de decretar gasto, sino la de ordenar gestiones encaminadas a apropiar partidas necesarias³⁶⁸.

El estado de cosas inconstitucional es pues una herramienta que, en buena hora, encuadra el conocimiento, reconocimiento y aceptación del hecho político y jurídico, y permite que, desde la fuente, desde la estructura constitucional, se inste al sinceramiento institucional y se propongan cambios estructurales.

Podemos afirmar que las precariedades y afectaciones de las instituciones de la seguridad social en salud, al igual que cualquier enfermedad, no se superan con el diagnóstico, pero sin él o con un diagnóstico tardío o errado, el camino es ciego, con alternativas de solución inciertas y altamente costosas.

10. VOLUNTAD DE SENTIDO

10.1 Descripción de la Situación

En Colombia, hasta antes del año 1991, los servicios de salud se prestaban a través de ofertas de contratos privados de coberturas en salud (como la medicina

³⁶⁸ Chinchilla, Tulio E. (2011).

prepagada y seguros de vida), un régimen de aseguramiento en salud para empleados privados (manejado principalmente por el liquidado Instituto de Seguros Sociales) y un sistema de cajas de previsión social (a nivel nacional, departamental y municipal), que cubría las eventualidades en salud de empleados y funcionarios públicos. Para persona no empleadas o sin capacidad suficiente de pago (la mayoría en Colombia) no existía un sistema de cobertura o protección organizado, de manera que los servicios de salud se restringían a tener abiertos hospitales públicos y apoyar instituciones hospitalarias sin ánimo de lucro, para que soportaran las diferentes contingencias hasta colmar sus capacidades operativas.

Esa descripción evidencia la diversidad y la desagregación de la forma en que se atendían los riesgos y se prestaban los servicios, y no permitía una planeación y gestión adecuadas con miras a la universalización, la equidad y la solidaridad. A principios de la década de 1990 solamente una porción mínima de la población tenía un régimen de beneficios que garantizara su seguridad social en salud.

La forma dispersa de prestar los servicios de salud resultaba altamente costosa por la imposibilidad de planeación, por la falta de economías de escala y por la alta propensión a la corrupción. Adicionalmente la multiplicidad de actores responsables y la deficiente información hacían imposible el control sobre el gasto sanitario, concretamente sobre los hospitales públicos burocratizados y en permanente crisis.

Con la intención de propender por un sistema único, garantizar unos servicios mínimos esenciales y tener cobertura para toda la población (no sólo para empleados y habitantes con capacidad de pago, sino para toda persona en Colombia), en el año 1991 la Constitución Política impuso al Estado la obligación de garantizar a toda persona el derecho irrenunciable a la seguridad social en

salud. La Constitución también previó que el Estado organizaría, dirigiría y reglamentaría la prestación de servicios de salud para todos los habitantes³⁶⁹.

En ejecución de esos mandatos superiores, en el año 1993 se gestó una reforma estructural a la seguridad social integral. Se impuso un modelo de aseguramiento de empleados o personas con capacidad de pago (propio del enfoque continental o de Bismark), se reguló el aseguramiento de personas sin capacidad de pago (beneficiarios de los cotizantes o personas sin ingresos) y se reiteró el imperativo de respetar los principios de universalidad, solidaridad y redistribución (propios del enfoque de seguridad social de Beveridge) "que pone más énfasis en la redistribución, cuyo objetivo principal es luchar contra la pobreza y garantizar cierto ingreso básico para la gente pobre"³⁷⁰.

El legislador estableció que la operatividad y el adecuado servicio se deberían lograr por medio de la afiliación y aseguramiento de todos los habitantes, algunos, aportando recursos (régimen contributivo) y otros por medio de subsidios provenientes de la redistribución del ingreso, del esfuerzo fiscal y de la solidaridad (régimen subsidiado)³⁷¹.

Se debería garantizar a toda persona el derecho a la seguridad social con miras a lograr una calidad de vida acorde con la dignidad humana, en aplicación de los principios de universalidad y equidad³⁷². Se prohibió destinar los recursos de la seguridad social en salud a otros fines³⁷³ y se impuso como propósito esencial, una mejor utilización social y económica de esos recursos³⁷⁴.

Precisamente para maximizar el uso de esos recursos, el legislador dispuso de un sistema mixto, en el que ya no sólo el Estado sino también los particulares

³⁶⁹ Constitución Política de Colombia, artículos 48, 49 y 50.

³⁷⁰ Etzezarreta, Miren (2004: 27).

³⁷¹ Ley 100 de 1993. República de Colombia.

³⁷² Ley 100 de 1993, artículos 1 y 2. República de Colombia.

³⁷³ Constitución Política de Colombia, Artículo 49, y Ley 100 de 1993, artículo 153. República de Colombia.

³⁷⁴ Ley 100 de 1993, artículos 3 literal a. República de Colombia.

entrarían a participar activamente en los diferentes roles del servicio, principalmente como aseguradores o como prestadores.

El legislador creó un régimen contributivo y un régimen subsidiado con miras a lograr el aseguramiento universal de la población. De manera temporal, mientras se lograba la cobertura universal, el Estado dispuso recursos para que a través de hospitales públicos se siguieran prestando directamente los servicios a la población más pobre y vulnerable, no afiliada al sistema de seguridad social³⁷⁵, denominada población vinculada.

Como actores fundamentales del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley previó la existencia de personas jurídicas públicas o privadas, reguladas y autorizadas por el Estado (a través de la Superintendencia Nacional de Salud), denominadas entidades promotoras de salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado, que tendrían la trascendental responsabilidad de promover y lograr la afiliación de toda persona al sistema, permitiéndose, en teoría, que existiera una libre elección de entidad promotora de salud por parte de los afiliados.

Ya dijimos que esa libre elección, que pretendía incentivar la competencia entre entidades aseguradoras y autorregular la calidad, en la práctica se restringió a través de normas reglamentarias, que han impuesto mínimos de permanencia o autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud ante malas prácticas o atenciones deficientes.

A las entidades promotoras de salud EPS también les corresponde administrar la oferta de servicios de salud, fijar procedimientos para garantizar la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios y, en general, administrar el riesgo

³⁷⁵ Constitución Política de Colombia artículos 48 y 49, y Ley 100 de 1993 artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 152, 153, 155, 156, 157, 174, 202 y 211. República de Colombia.

en salud en procura de disminuir o atender la ocurrencia de accidentes o enfermedades de origen común³⁷⁶.

Las entidades promotoras de salud están obligadas a garantizar las coberturas previstas en un plan de beneficios fijado por el Estado³⁷⁷, que debería estar signado por el principio de integralidad³⁷⁸.

Como ya se ha mencionado, el plan obligatorio de salud diseñado por el Ministerio de Salud y Protección Social, lejos de procurar la atención mínima, la integralidad y la calidad ha sido un rompecabezas construido por confusos capítulos, muchas veces genéricos, ambiguos, contradictorios, desactualizados y excluyentes. Adicionalmente, las entidades promotoras de salud han acudido a interpretaciones exegéticas de plan de beneficios, lo que ha restringido los servicios a efectos de lograr menores pérdidas para los aseguradores o mayores márgenes en la operación financiera.

La restricción en los servicios ha causado una congestión sin precedentes en los despachos judiciales. La población ha acudido en masa a la acción de tutela en procura de instrucciones en contra de las entidades promotoras de servicios de salud o del Fondo de Solidaridad y Garantía o de instituciones prestadoras de servicios de salud, para que se ordene la entrega de medicamentos, la autorización de servicios y en general la práctica de procedimientos en salud.

Actualmente, bajo los mandatos de la Ley Estatutaria de Salud en Colombia se ha propuesto un cambio de estructura en el plan de beneficios con el objeto de mejorar la integralidad y la oportunidad. En lugar de ser un compendio de coberturas incluidas y aseguradas, el Ministerio de Salud y Protección Social elaborará un plan de beneficios que contenga un listado de actividades y

³⁷⁶ Ley 100 de 1993, artículos 162, 178 y 205. Decreto 1485 de 1994 y Acuerdo N°08 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. República de Colombia.

³⁷⁷ Ley 100 de 1993, artículos 178 y 205. República de Colombia.

³⁷⁸ Ley 100 de 1993, artículos 152 y 157. República de Colombia.

procedimientos excluidos, presumiéndose que todo lo no excluido debe prestarse³⁷⁹.

El diseño de ese nuevo plan de beneficios está en construcción y habrá que ver si dejan de existir los textos confusos, generales, ambiguos y contradictorios.

Como contraprestación por la organización y garantía del aseguramiento y de la cobertura de los servicios de Salud, el Sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud un valor per cápita denominado unidad de pago por capitación – UPC. El monto de la UPC lo fija el Estado con fundamento en estudios técnicos que adelanta el Ministerio Salud y Protección Social, en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería³⁸⁰.

Esas UPC en promedio equivalen a ciento ochenta y cinco Euros al año por persona, recursos caracterizados por la destinación específica a las contingencias en salud propias del sistema³⁸¹.

Valga decir que no han sido claros los criterios con los que el Ministerio ha fijado la unidad de pago por capitación y su incremento anual. Así mismo, ha sido evidente el uso de esa UPC para fines diferentes a los servicios sanitarios. También se resalta en el sistema el crecimiento exponencial en las entidades aseguradoras o el de sus propietarios, socios, subsidiarias, filiales, proveedores o contratistas, en contraposición a las también crecientes y cuantiosas deudas que tienen esas aseguradoras con las clínicas y hospitales, que asciende a más de mil seiscientos millones de Euros³⁸².

³⁷⁹ Ley 1751 de 2015. República de Colombia.

³⁸⁰ Ley 100 de 1993, artículos 156, 172 y 182. República de Colombia.

³⁸¹ Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. Resolución 5593 de 2015. Artículos 48 y 49 Constitución Política de Colombia. Y Corte Constitucional Colombia, Sentencias SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-577 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-824 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia.

³⁸² Dato proveniente de: Centro de Pensamiento Social (2015).

No obstante sus responsabilidades y los significativos recursos públicos que han recibido, las entidades promotoras de salud han estado en permanente crisis institucional y en la mira de las críticas al sistema. Más del setenta y cinco (75%) por ciento de las entidades promotoras de salud autorizadas en el régimen subsidiado y contributivo, se han liquidado por mala gestión y corrupción³⁸³. “La deuda total que poseen las entidades vinculadas a los dos regímenes y que se encuentran bajo seguimiento de la Superintendencia de Salud en las modalidades de liquidación, intervención, medida cautelar de vigilancia especial o programa de recuperación, asciende a los uno coma uno billones de pesos (344 millones de Euros), que equivalen al 26,7% del total de la mora”³⁸⁴ que tienen las EPS con los prestadores.

El sistema también previó que las entidades promotoras de salud deberían disponer de una red de instituciones prestadoras de servicios de salud propias o externas. A través de esas instituciones se atenderían con suficiencia las contingencias de salud de su población afiliada, en teoría, garantizando la calidad, la oportunidad, la integralidad y la libre elección.

Esa prestación de servicios se estandarizó sin que frente al usuario debieran existir diferencias entre el prestador público y el privado. Se exigiría mayor eficiencia y calidad por la dinámica de la competencia y, al mismo tiempo, todo prestador (público o privado) asumiría los principios y las estrictas responsabilidades que demanda el servicio público esencial.

Todos esos prestadores han de estar habilitados por el Estado, lo que en teoría implica un control de las condiciones de capacidad, calidad, idoneidad, infraestructura y disponibilidad, entre otros muchos factores evaluados.

³⁸³ Se han liquidado cerca de ciento cuarenta EPS incluyendo todas las públicas y las más grandes: Cajanal EPS, el Instituto de Seguros Sociales EPS, Saludcoop EPS y Caprecom EPS. Superintendencia Nacional de Salud, base de datos de procesos de intervención para liquidar finalizados.

³⁸⁴ Centro de Pensamiento Social (2015).

Baste decir qué en gran parte de los hospitales públicos en Colombia persiste la corrupción, entre otras razones, por la informalidad de los procesos de contratación (que no se someten al estatuto general de la contratación administrativa), por la falta de un adecuado manejo de la información, por deficiencias en el control y por un incremento en la burocracia, promovido principalmente por intereses políticos.

Las entidades promotoras de salud lejos de fortalecer a las instituciones prestadoras de servicios de salud, fomentar la competencia y brindar al afiliado numerosas alternativas para su correcta atención, se volvieron “constructoras” y propietarias de sus propios centros de atención médica (directamente o por interpuesta persona), lo que comúnmente se ha conocido como integración vertical. Adicionalmente, las EPS trasladan a sus prestadores la grave propensión a la restricción de los servicios y afectan la funcionalidad y sostenibilidad de los centros de salud, clínicas privadas y hospitales públicos que no pertenecen a la entidad promotora de salud, y que cada día tienen menos participación en los recursos del sistema.

El anterior repaso hace mención a varios de los componentes del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, que ya se enunciaron en capítulos anteriores. Pretende poner en evidencia el giro estructural que se impuso en Colombia con la Ley 100 de 1993, resalta las finalidades y bondades de un sistema que aumentó exponencialmente las instituciones y recursos disponibles para que, en teoría, existiera una mejora sustancial en el acceso y la prestación de los servicios.

Empero, a pesar de ese giro estructural, lejos de los principios y de esa mejora pretendida, como también lo evidenciamos en esta investigación, la prestación de los servicios de salud está hoy bajo un estado de cosas inconstitucional. Eso significa que el derecho a la salud se afecta y se ignora a diario para la mayoría de la población en Colombia y, en la práctica, se cumple con las normas que regulan el sistema, pero no se logran satisfacer sus fines.

Precisa citar un resumen diagnóstico del sistema de salud que hace la Corte Constitucional de Colombia:

“1. Corrupción. El alto grado de corrupción, la prevalencia absurda de intereses particulares, la debilidad manifiesta en el control estatal y el inadecuado manejo administrativo por ineficiencia afectan los recursos de la salud (...) Hay un sombrío panorama’.

2. Inequidad. ‘Nuestra sociedad está enferma y en tránsito a cuidados intensivos. El sistema de salud pareciera colapsar, en detrimento de los derechos fundamentales de quienes habitamos este Estado. Es imperioso que el País aborde el rediseño de la estructura’.

3. ‘Plata desviada. Hay un complejo panorama en el manejo de los recursos del sistema de salud. La gran mayoría de dichos dineros está siendo dilapidada para fines totalmente ajenos al propósito para el que fueron establecidos’.

4. ‘No hay mejoría. Todo continúa igual y con tendencia clara a deteriorarse. Esta Corte ha permanecido vigilante en el cumplimiento de órdenes dictadas en la sentencia, evidenciando leves mejorías que en nada han incidido en el goce efectivo del derecho”³⁸⁵.

La falta de resolución, la indiferencia, la falta de humanidad y la deleznable corrupción han sido protagonistas de los servicios de salud en Colombia.

El Estado parece adormilado ante las deficiencias en la oportunidad y calidad de los servicios, indiferente ante la crítica situación del aseguramiento y de la prestación, y solamente despierta cuando la fuerza de la crisis se hace palmaria por el colapso en las atenciones médicas o por problemas de salud pública, cualquiera sea su complejidad.

³⁸⁵ Corte Constitucional, Auto N°044 del 5 de marzo de 2012; Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésima de la Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Bajo la óptica de quienes tienen a su cargo la dirección del modelo sanitario y de los aseguradores, el sistema pareciera encaminado a la imposición de límites en las coberturas y a la sostenibilidad financiera, aún por encima de las condiciones de humanidad e integralidad en la atención sanitaria, de manera que adquieren relevancia la auditoría, la contención de costos y la restricción en el acceso a los servicios, a nivel de diagnóstico y resolución.

Estamos ante la siguiente gran paradoja: mientras la población percibe y recibe un servicio deficiente, al mismo tiempo y como nunca antes el Estado ha dispuesto de cuantiosos recursos financieros, amplias y complejas disposiciones normativas (constitución, leyes, decretos, resoluciones y acuerdos), numerosas entidades públicas encargadas de la dirección, ejecución y control del sistema (en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal), y regímenes sancionatorios fuertes (por lo menos normativamente), tendientes a vigilar, inspeccionar y controlar el servicio público esencial de seguridad social en salud.

En Colombia existen más de veinte mil instituciones prestadoras de servicios de salud habilitadas, entre públicas y privadas³⁸⁶, dieciséis entidades promotoras de salud del régimen contributivo, treinta entidades promotoras de salud del régimen subsidiado³⁸⁷, con presencia en todo el País, que aseguran a más de cuarenta millones de habitantes, además de empresas generadoras de recursos y entidades territoriales que recaudan recursos y ejecutan acciones de salud pública, todo lo cual reafirma el esfuerzo y la significativa dimensión del sistema.

Según la Procuraduría General de la Nación, "Colombia es uno de los Países que más recursos gasta en el sistema de salud; en 2011 fueron 43 billones de pesos (13 mil millones de dólares) y, a pesar de ello la queja constante es que a las EPS no les pagan, que a los hospitales tampoco les llegan los recursos y que las entidades territoriales se quedan con el dinero; hay una serie de trabas en el flujo de recursos que en últimas afecta al usuario. (...) En el sistema hay

³⁸⁶Ministerio de Salud y Protección Social. (2016 a).

³⁸⁷ Superintendencia Nacional de Salud. (2016).

suficientes recursos, el problema es la tramitomanía y la intermediación que tranca el flujo de los mismos, pues la Ley 100 estableció un modelo basado en el mercado de oferta y demanda en el que se privilegia al asegurador y no al afiliado³⁸⁸.

Por otro lado, el control del sistema es frágil, usualmente se ejerce sin la suficiente información y por entidades débiles, muchas veces politizadas y sin capacidad de reacción.

A lo largo de los últimos quince años, en Colombia se han triplicado los tipos sancionatorios para los actores del sistema de salud y se han ampliado las competencias y las facultades de las autoridades de inspección, vigilancia y control. Sin embargo, en la práctica el control flaquea por su concentración en una Superintendencia Nacional de Salud que funciona únicamente en Bogotá D.C., sin presencia en otras zonas del territorio nacional, con una capacidad reducida de menos de quinientos funcionarios, la mitad de los cuales se dedican a actividades administrativas.

Para mitigar esa falencia, el Estado ha tratado de fortalecer y descentralizar la vigilancia asignando funciones de control a otros actores como la Superintendencia Financiera de Colombia, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y las secretarías departamentales y distritales de salud y, aun así resulta insuficiente la vigilancia, por la dimensión del sistema y por la escasa interacción entre esos diferentes agentes de control.

En materia sancionatoria administrativa y respecto de las entidades territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios), en Colombia opera el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Lo anterior implica que los tipos sancionatorios (usualmente incumplimiento a los mandatos normativos), los procedimientos y las sanciones deben estar previstas en una norma de rango legal, por lo que las

³⁸⁸ Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas – ACHC (2012). Entrevista a la Procuradora Delegada Para Asuntos de Trabajo y Seguridad Social.

Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no tienen competencias que les permita establecer un régimen sancionatorio.

Sin embargo, existe un alcance interpretativo respecto del carácter mandatorio de las normas sustanciales que impartan esos cuerpos colegiados, de manera que en la gran mayoría de los casos, esas normas territoriales hacen parte del bloque jurídico que se debe cumplir por parte de la población y su incumplimiento es objeto de las sanciones administrativas, estas si previstas en la ley. Adicionalmente, como sucede en el sistema de seguridad social en salud, la Ley ha asignado competencias sancionatorias específicas a las autoridades territoriales respecto de instituciones prestadoras de servicios de salud y el cumplimiento de normas de habilitación³⁸⁹.

Entre tanto, incrementan las actuaciones y quejas ante las instancias de control, la "Superintendencia Nacional de Salud, Personerías, Defensoría del Pueblo y la propia Procuraduría General de la Nación. Pero, aunque en ocasiones esas quejas son útiles para la solución de algunos casos individuales, el sistema de inspección, vigilancia y control asociado al sistema de salud no es suficiente para asegurar plenamente el derecho a la salud de los colombianos, que entonces recurren crecientemente a la tutela para un efectivo acceso a los servicios médicos. En los últimos años se han presentado unas ochenta mil tutelas al año por violación de este derecho. No obstante, la tutela, si bien puede ser útil para la solución de casos individuales, no logra una solución apropiada a los problemas generales del sistema de salud colombiano"³⁹⁰.

La Contraloría General de la República en su revista Economía Colombiana, que hace una detallada radiografía sobre la crisis del sector salud, advierte sobre la precariedad del control y llama la atención sobre cómo muchos de los recursos

³⁸⁹ Respecto de la interpretación de la *regla nullum crimen nulla poena sine lege*, en materia administrativa, se puede consultar lo dicho por la doctrina respecto de las Comunidades Autonomas en España y la necesidad social y jurídica de "otorgar a los entes locales la posibilidad de reacción frente al incumplimiento de ordenanzas que han sido dictadas en el ejercicio válido de la potestad reglamentaria que las leyes le otorgan". Carballeira Rivera, Maria T. (2008: 236-259).

³⁹⁰ Corporación Para la Salud Popular (2008).

de la salud se han desviado durante años, con destino a finalidades particulares³⁹¹.

Por supuesto, tratándose de un sistema que le apuesta a una administración, aseguramiento y prestación principalmente privada, también debería disponer de un detallado, coordinado y eficaz sistema de vigilancia.

Finalmente, resulta paradójico que el Estado siga impulsando la obtención de mayores recursos y la promulgación de más normas, que reafirman la dinámica y funcionalidad del sistema actual, sin ajustarlo estructuralmente.

“Entre 1993 y 2010 se expidieron más de 630 normas en materia de salud - algunas confusas y contradictorias”. No obstante, persisten los vacíos “porque las fallas son de tipo estructural y estos vacíos permiten que determinados actores del sistema se favorezcan. El sistema de Inspección vigilancia y control, es decir, la Superintendencia Nacional de Salud, no es fuerte como lo requiere este modelo de mercado; además, hay fallas como las IPS de garaje, la multiafiliación, que también ha denunciado la Procuraduría. Este es definitivamente un modelo que no resiste más”³⁹².

10.2 Voluntad de Sentido

Ya evidenciamos que, a pesar de la coherencia jurídico formal y de los principios que soportan al sistema creado por la Ley 100 de 1993, si en realidad no se formulan ajustes estructurales que satisfagan el derecho, el sistema tiende al fracaso. Sin embargo, en esta investigación no se propone una alternativa de ajuste integral al sistema de seguridad social en salud, en la medida que su estructuración correspondería a una evaluación multidisciplinaria que supera el análisis científico del derecho.

³⁹¹ Contraloría General de la República (2012).

³⁹² Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas – ACHC (2012). Entrevista a la Procuradora Delegada Para Asuntos de Trabajo y Seguridad Social.

La investigación se centra en aportar conocimiento o suficiente ilustración y un análisis jurídico crítico como herramientas que permitan la búsqueda de un mejor sistema de salud. Adicionalmente, enuncia la necesidad de soportar cualquier modificación estructural en el principio de primacía de la efectividad del derecho (o satisfacción real de los servicios de salud), por encima del sistema normativo formal.

En este aparte de la investigación se resalta la importancia de acudir al *sentido* como herramienta de una ética generadora de cambios, que se centre en esa mentada efectividad del derecho.

Un sistema de salud, por perfecto que sea, no puede funcionar si sus actores carecen de un sentido que motive la correcta prestación del servicio.

Hoy en día, en el imaginario social y en gran parte de quienes ejercen la autoridad pública existe una mentalidad de aprovechamiento que contempla el beneficio propio como fin, dejando en segundo plano el bienestar general. La indiferencia carcome las instituciones y los principios dirigidos al bien común, y existe una exaltación de lo incorrecto en la que muchas veces ser honesto es sinónimo de torpeza al no aprovecharse la oportunidad de aprovechamiento.

Por supuesto, la ética que demanda el respeto a lo público lejos de imponerse o enseñarse, debe aprehenderse y asumirse de manera innata por las personas y por el colectivo.

Estamos en un momento histórico enrarecido en el que al mismo tiempo que hay una mayor conciencia en los límites de los recursos, lo que en teoría nos debería llevar a mayor responsabilidad y solidaridad, persiste la concentración de la riqueza en manos de unos pocos y subsiste el ánimo no preservar. Adicionalmente hay una falta de profundidad y arraigo existencial.

En Colombia los procesos educativos de las nuevas generaciones son cada día más técnicos con falencias sensibles en conocimientos históricos y sociales. No

se crean o transmiten las herramientas conceptuales y de personalización en la población, necesarias para discernir o adoptar posiciones profundas, éticas, sólidas, sopesadas, arraigadas en procesos históricos, que sirvan de constructores o identificadores de reglas comunes de convivencia, y permitan así replicar las buenas experiencias y evitar las malas³⁹³.

Los principios éticos se han relativizado, a tal punto que, así sea ineficiente o conduzca a un estado de cosas inconstitucional, como sucede con las disposiciones normativas que conforman el sistema de salud en Colombia, el cumplimiento a la norma legal se ha vuelto el único referente de conducta adecuada, aun en aquellos casos en los que la Ley carece de sentido ético o cuando su cumplimiento afecta derechos fundamentales.

Ante ese panorama se impone la necesidad de profundizar en el sentido, en la razón trascendente que le de soporte y justificación el sistema normativo y la correcta prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, a efectos de crear una verdadera conciencia de responsabilidad personal y social.

Para efectos de esta investigación, es necesario conocer, reconocer y aceptar la necesidad del servicio de salud, los contenidos del sistema dispuesto para su prestación y su grave problemática expresada por la jurisprudencia constitucional que declaró el estado de cosas inconstitucional.

A continuación enunciaremos dos postulados que, aunque puedan ser obvios, no parecen estar arraigados en la política institucional colombiana y que podrían ser útiles para mejorar la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud.

³⁹³ *"Aquellos que no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo"*. Frase universal atribuida al poeta y filósofo español, Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana.

10.2.1. El Derecho Como Sentido de la Norma Positiva

La norma por sí sola no le da sentido a un sistema, ni justifica el obrar de las autoridades públicas o de las personas responsables del servicio.

Se presenta una paradoja entre el anterior postulado y el principio de legalidad, que sin duda es uno de los fundamentos actuales del Estado.

En el marco del principio de legalidad, los ciudadanos tienen la libertad de poder hacer todo aquello que no esté legalmente restringido, mientras que las autoridades están establecidas para que realicen sólo los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a esas competencias previamente asignadas³⁹⁴. Sin el principio de legalidad, la autoridad no se ejercería por actores sometidos a límites objetivos de general aceptación, sino que obedecería al arbitrio de quien detente una posición de poder.

Por eso el postulado no propone ignorar la trascendencia jurídica de la norma, ni fomenta su desconocimiento. Todo lo contrario, se trata de proponer el cumplimiento de la Ley como principio de general aceptación, pero advirtiendo que la norma debe perseguir la satisfacción del derecho, y que de cualquier forma, debe respetarse o ajustarse o rediseñarse su contenido y aplicación, según se logre o no esa satisfacción del derecho.

Arthur Kaufmann menciona varias definiciones de derecho, a efectos de dejar que el lector y la filosofía del derecho continúen en su permanente evolución y construcción del concepto, así³⁹⁵:

“Pero si tan sólo se supiese “lo que es el derecho como tal”!. La observación irónica de Kant; “todavía buscan los juristas una definición para

³⁹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-337 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

³⁹⁵ Kaufmann, Arthur. (1999: 265-267).

su concepto de derecho”, podría haber sido hecha también en nuestro tiempo.

Hoy se busca un concepto de derecho que sea más que una designación formal del conjunto para el compendio de las leyes, y que diga algo sobre la realidad del contenido jurídico. Pero esta búsqueda será en vano si se pretende encontrar el concepto de derecho. Pues una definición estrictamente lógica del derecho, en el sentido de un concepto construido a partir de rasgos característicos unívocos y cerrados, no puede presentarse en este tipo de conceptos. Sólo se puede explicar, en forma más o menos exacta, lo que nosotros entendemos por derecho, y con ello lo importante es, muy esencialmente, el criterio a partir del cual se contemple el derecho. En este sentido, existe un amplio número de conceptos de derecho; todos enuncian algo correcto (en el aspecto respectivo), pero ninguno abarca la totalidad del derecho. Observemos un par de conceptos:

Desde el punto de vista de la filosofía idealista, Hegel concibió el derecho, esencialmente como libertad. “Esto, que es existencia, ante todo, existencia de la voluntad libre, es el derecho. Es por tanto sobre todo la libertad como idea”. En forma menos exacta pero más enfática, formuló Kant: “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley general de la libertad”; es decir, el derecho es una limitación igual de la libertad del individuo, a favor de la libertad de todos.

En forma muy pragmática procedió el gran juez americano Oliver Wendell Holmes: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (Las profecías de lo que las cortes harán en realidad, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por derecho). Según Max Weber, al derecho en sentido sociológico le es esencial el fundamentar una probabilidad calculable, de que, en la realización del supuesto de hecho jurídico, opere la consecuencia jurídica. El analítico H.L.A. dota al concepto de derecho con el término “regla”; el piensa que el mecanismo que se desprende del funcionamiento combinado

de las reglas es la adecuada reproducción de aquello que es derecho. Desde el punto de vista del neokantismo que proviene de Marburgo, Rudolf Stammler construyó un concepto de derecho apriorístico. El concepto de derecho "como único supuesto de todo pensar y fallar jurídico" es "el querer no vulnerable y soberanamente vinculante".

La siguiente conclusión de Gustav Radbruch retomada por Kaufmann, sirve para nuestro postulado relativo a la efectividad del derecho³⁹⁶:

Gustav Radbruch, de quien proviene el neokantismo bajo el sello del sur occidente alemán, encontró en la relación de valor el criterio decisivo del concepto de derecho: "Derecho es realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho". De acuerdo con esto, una norma que contraría de manera insoportable la idea de derecho, es decir la justicia, es algo "legalmente antijurídico", y una norma que por ningún motivo aspira a la justicia "no es derecho".

Yo mismo hago énfasis en el carácter analógico del derecho, por cuanto caracterizo al derecho como "la correspondencia entre el deber ser y el ser". Derecho no es según esto, algo substancial sino algo relacional, un pensamiento para el cual Edgar Bodenheimer encontró una imagen concreta: "Law is a Bridge between Is and Ought" (La Ley es un puente entre el ser y el deber).

También nos sirve de contexto, lo dicho por Gustavo Zagrebelsky³⁹⁷:

"Hoy en día el derecho no es sólo "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad", como afirma la famosa definición Kantiana. No es el puro y simple formal "acuerdo de los árbitros", según la despreciativa fórmula Hegeliana. Es el conjunto de condiciones en las que

³⁹⁶ *Ibidem.* (267).

³⁹⁷ Zagrebelsky, Gustavo. (2011: 94)

necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas, para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades.

Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal³⁹⁸.

El legislador y el regulador en el ejercicio de sus funciones adquieren profundos límites arraigados en esa exigencia de justicia general equiparable al derecho, que superan a la misma potestad normativa. En otras palabras, la norma no adquiere relevancia por cuenta del cargo, el carácter representativo o la elección democrática de quien la expida, ni por su promulgación, sino que debe propender por identificarse con ese orden superior y objetivo que entendemos como justicia general o derecho.

La diferencia entre una norma que responda a la justicia general y otra que no lo haga, radica fundamentalmente en el sentido que adquiere para la población y su consecuente poder de arraigo y aceptación. Si la norma se corresponde con el derecho que propende defender, estará garantizada la efectividad, eficacia y defensa jurídica y operativa de la norma. Si por el contrario la norma no responde al derecho se genera toda una cadena de acontecimientos que conducen inicialmente a la frustración, posteriormente al rechazo y finalmente a la anarquía.

En una sociedad cada día más informada, el mandato normativo no es ajeno a su sentido y a sus efectos, de manera que la justificación de la norma y su efectividad, son iguales o más importantes que sus contenidos.

³⁹⁸ *Ibidem*.

Si la población no evidencia esa correspondencia entre el esfuerzo que demanda proferir y aplicar una norma, frente a la garantía real de los derechos, o bien, el Estado entra a imponer la norma a pesar de su rechazo con la excusa de una aparente legalidad y representatividad, o bien, la población desamparada se manifiesta. Entre más sensible sea el servicio al que se refiera la norma, más rechazo expresa la población a través de todos los mecanismos de hecho y de derecho disponibles, con miras a salvaguardar sus mínimos existenciales.

En el mejor de los casos, la población acude en masa a los jueces y a las acciones constitucionales de amparo, como sucede en Colombia.

Si la norma no satisface el derecho, se cultiva un rechazo general sobre las instituciones principalmente públicas. Así mismo, se consolida una peligrosa aversión al mandato normativo soportada en la frustración de tener que elegir y sostener una burocracia que profiere e impone mandatos inertes, sin beneficio real para los derechos de la población.

El derecho es un fin y el mandato normativo debe ser un medio para su garantía. Por eso, no puede calificarse el óptimo funcionamiento de un sistema político o administrativo bajo el sólo parámetro de cumplimiento a la norma, sino que esa calificación requiere valorar la satisfacción del derecho.

Igualmente, el cumplimiento de la norma, no justifica por sí sólo el obrar de las autoridades o de los particulares responsables de los servicios públicos, si a pesar de ese cumplimiento, los destinatarios sufren día a día las inclemencias de la restricción sobre el acceso a esos servicios, incluido el de seguridad social en salud.

Y es que en cumplimiento de mandatos normativos se han perpetrado atroces vejaciones y se ha restringido el ejercicio de los derechos.

Tratándose de los servicios de salud en Colombia, el sistema normativo en su mayoría se cumple pero la negación de los servicios y el sufrimiento de la

población son palmarios. Tanto así que la jurisdicción ha colapsado por cuenta de los cientos de miles de acciones de tutela interpuestas, ante negaciones "legítimas" pero no justas de los servicios, lo que ha llevado a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional.

Un obrar que sea realmente legítimo no corresponde a la mera consonancia entre el mandato normativo y la acción operativa, sino que tiene implícita la vivencia del derecho, como soporte fundamental de esa actuación jurídica.

El sentido que debe tener un sistema político y jurídico de seguridad social en salud, no ha de ser otro que la garantía real al derecho. De la coherencia entre el sistema y la eficacia de ese sentido (la satisfacción real del derecho), deviene la solidez, durabilidad y legitimidad real del sistema.

Especial atención reviste la primacía del derecho en el ejercicio del control. Éste no se debe limitar a la potestad de instruir, vigilar y sancionar cuando se incumplan los mandatos normativos, sino que debe evaluar permanentemente el estado de la población frente a los servicios que se pretenden vigilar. De nada sirven la inspección, la vigilancia, las instrucciones y la imposición de sanciones si no hay efectividad del derecho.

El ejercicio de un control dirigido únicamente a la legalidad, pero sin medir la garantía real del derecho, genera una frustración quizás superior a la que genera la aplicación de la legislación inconsecuente que se está vigilando.

Esa es la realidad que vivimos en Colombia en relación con las autoridades que ejercen control sobre el sistema de salud, que no solamente fallan por su falta de coordinación, por su precario tamaño y por su limitada capacidad operativa, frente a la enorme dimensión del sistema, sino que principalmente se ven afectadas por la incredulidad de la población, que las percibe como absolutamente ineficaces, dado que sus acciones de control sobre el

cumplimiento de la Ley, resultan inoperantes frente a la pretendida satisfacción real del derecho.

El control no se puede restringir a la fidelidad de la norma legal, sino que ha de ser un control constitucional, caracterizado por mecanismos que obliguen a todos a un sometimiento a los principios, contenidos superiores y derechos fundamentales que soportan al Estado.

El control debe seguir "principios que cumplan con pautas constitucionales ajenas a cualquier opción partidista, un denominador común a cualquier programa político, debe ser considerado como una manifestación inequívoca de madurez social y, particularmente, de los representantes ciudadanos. Solo desde la prioridad constitucional de objetivos es posible construir la anunciada idea de control y responsabilidad en la gestión, evitando con carácter apriorístico, los peores efectos de la mala gestión pública plasmados en la absorción de recursos públicos sin rendimiento o la ejecución de macro proyectos sin rendimiento social alguno". Los esfuerzos en orden a fortalecer el principio de control deben "partir desde el mismo momento de plantear las grandes políticas públicas que determinan la mayor o menor atención a las necesidades y expectativas de los ciudadanos mediante el óptimo empleo de recursos públicos y la constitución de estructuras administrativas prestadoras de servicios de calidad y sostenibles a largo plazo".³⁹⁹

Ese control no deviene de ejecución de políticas de gobierno, sino que debe partir principalmente de esa noción de política pública de arraigo constitucional, que trasciende visiones temporales e ideológicas políticas, se puede "empezar a dar real y adecuado cumplimiento al principio de control y, en esta medida, disponer de indicadores objetivos para la exigencia de responsabilidad a través de las prioridades constitucionales ajenas a todo conflicto".⁴⁰⁰

³⁹⁹ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 437).

⁴⁰⁰ *Ibidem* (437).

Tampoco se trata de un control dedicado a la actuación de las autoridades públicas, incluyendo las responsables de las funciones policivas o represiva públicas, sino que principalmente debe partir del "constituyente primario", de toda persona que debe ser promovida a participar, actuar y ser receptora de los servicios y políticas públicas y sociales.

Para ese ejercicio participativo del control, se impone la transparencia, la facilidad de acceso y la minimización del sistema, haciéndolo entendible y accesible para la generalidad de los habitantes. Si las personas sufren las complejidades del sistema de salud, pero además ignoran cómo funciona, es difícil que defiendan sus derechos y que hagan un seguimiento primario y participativo a las responsabilidades y recursos de la seguridad social en salud.

El sistema y el control deben permearse por esa transparencia y por la participación activa de la población.

La primacía del derecho sobre la norma, el ejercicio de un control efectivo sobre la satisfacción del derecho, la participación activa de la población y la transparencia como principio, exigen una planeación cuidadosa que no solamente visualice una afiliación universal, una sostenibilidad y una definición (contención) de los servicios a prestarse, sino que además prevea una real prestación de servicios a la población, con indicadores de salud.

Por todo lo antes señalado, reiteramos que el control sobre los servicios de salud debe trascender la sola de vigilancia sobre el cumplimiento de la norma legal, e introducirse en la exigencia del cumplimiento a los contenidos y principios constitucionales y al derecho fundamental como prioridad, viabilizando además un control participativo por parte de todos los habitantes.

10.2.2. El Sentido Como Orientador de una Conducta Ética

Las personas responsables de la regulación, dirección, control, aseguramiento y prestación deben cumplir sus responsabilidades con tal nivel de compromiso,

que cuanto menos sea equivalente a la exigencia que tengan esas mismas personas o sus familias o allegados, de recibir un adecuado servicio de salud cuando así lo necesiten.

Este postulado responde a una ética objetiva que ha de brindar un sentido o un significado arraigado en lo personal, en la vivencia de cada individuo, frente al sistema de salud.

Dos de los fundamentos del postulado son, el imperativo categórico Kantiano y la metodología de esclarecer el deber ser desde nuestro interior, conceptos desarrollados por Kaufmann, así:

Kant pretende una ética absoluta y vinculante, válida a priori, incondicionalmente, para todos los hombres. Si las cualidades humanas repercuten en el bien o en el mal, depende sólo de aquello que porte la acción de la persona, de la voluntad: "Ni en el mundo, ni en general fuera del mismo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser, tan sólo, una buena voluntad". A partir de qué inclinaciones actuemos, no es éticamente relevante. Cuando obedecemos a nuestras inclinaciones, así sean ellas tan nobles como el amor o la compasión, entonces nos dejamos determinar en últimas, por algo exterior, al tiempo que nuestro interior permanece siempre con nosotros, "y no requiere ser instruido sino más bien esclarecido". Sólo estamos completamente con nosotros mismos cuando realizamos aquello para lo cual estamos ahí, esto es, cumplir nuestro deber.

Pero, ¿cómo podemos reconocer lo que debemos hacer?, ¿cuál es nuestro deber? Como es sabido, Kant responde con el imperativo categórico: "Obra de tal forma que la máxima de tu voluntad pueda valer en todo momento, simultáneamente, como principio de una legislación general". Kant formula más tarde en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres: "Obra de tal forma que consideres a la humanidad, tanto en su persona, como en la de los demás, en todo tiempo, simultáneamente, un fin, jamás sólo un

medio". Muy consecuentemente, considera Kant en cuanto fines aquellos que son a la vez deberes: la "propia perfección", la "felicidad ajena".

Es, sin duda, correcto cuando Hruschka relaciona el imperativo categórico con la regla de oro de Christian Thomasius (*Iustum*: no hagas a otros lo que no quieres que hagan contigo⁴⁰¹), justamente aquel que él declaró como derivado de ésta. Por cierto, el principio de universalidad tomó forma en el imperativo categórico.

Cuan poco puede rechazar la ética y la filosofía del derecho el imperativo categórico, se plasma en la ética existencialista de la situación, expuesta por Sartre, de acuerdo con la cual cada quien es de hecho su propio legislador, y elige su propia moral y que, a pesar de todo, desemboca en "una repetición existencialista del imperativo categórico", con arreglo al cual uno se tiene que preguntar; "¿Qué sucedería si realmente todo el mundo actuase de esa forma?"⁴⁰².

Un sentido ético constituye una importante herramienta para lograr comportamientos adecuados por parte de las personas responsables en el sistema de salud. Entre otros criterios, el imperativo categórico Kantiano, la consideración del otro como un fin en sí mismo (entendiendo fines aquello que a la vez son deberes: la "propia perfección", la "felicidad ajena") o la regla de oro atinente a lo *iustum* (no hagas a otros lo que no quieres que hagan contigo), son algunas de los postulados filosóficos que podrían servir de ancla interior o sentido.

Desde el punto de vista existencial, todo ser humano requiere de condiciones adecuadas de salud para suplir sus derechos, necesidades y gustos, por lo que

⁴⁰¹ Nota al pie citada por Kaufmann, Arthur. (1999: 319-320), así: "El filósofo alemán Christian Thomasius (1655-1728), en sus obras *Introducción a la doctrina de la razón* (1691), *Ensayo sobre la esencia del espíritu humano* (1699), y *Fundamentos del derecho natural e internacional según el sentido común* (1705), formula tres fundamentos que rigen la actividad humana, a saber: *iustum* (no hagas a otros lo que no quieres que hagan contigo), *honestum* (haz contigo lo que consigo mismos quieres que los otros hagan") y *decorum* (haz a los otros lo que quieres que los otros hagan por ti). Estos tres fundamentos tienen consonancia con la filosofía de Marco Tulio Cicerón, particularmente expuesta en su obra "Los Deberes" - *De Officiis* -".

⁴⁰² Kaufmann, Arthur. (1999: 319-320).

no sin razón se afirma popularmente, que el tesoro de más valía es una buena salud.

Resulta difícil concebir a alguien que, desde lo personal, no persiga su propia buena salud o la de sus allegados, y que ante algún riesgo o dolencia no quisiera recibir adecuados servicios de salud.

Lo anterior opera respecto de personas que tengan intereses económicos en el sistema, o que hagan parte de empresas aseguradoras, prestadoras, generadores de tecnologías, farmacéuticas, entre otras, o incluso personas que hayan cometido actos de corrupción y se hayan lucrado indebidamente por cuenta de los servicios de salud. Aun en esos casos, cada persona con esos intereses, no quisiera él ni sus allegados sufrir los embates de una mala salud, mucho menos de una mala atención sanitaria.

Por eso cuanto menos, las acciones de todos los que profieran normas, ejerzan control, aporten o recauden recursos, administren el aseguramiento o presten el servicio deben ser equivalentes a la exigencia que tengan esas mismas personas (o sus familias) de recibir un adecuado servicio de salud, cuando así lo requieran.

Por otro lado, las dolencias personales de salud suponen también un esfuerzo del colectivo dirigido a entender, prevenir y contener la enfermedad, con miras a que no se replique o crezca en otra u otras personas y a que se pueda controlar o curar. Una mala salud implica costos sociales y económicos, algunos visibles otros ocultos, que de alguna manera los asumimos todos, sin excepción.

Lo anterior, entre otras por las siguientes razones:

- Porque las enfermedades y los agentes causales suelen deberse a condiciones genéticas, ambientales, alimenticias, habituales, raciales o epidémicas, que si no se consideran adecuadamente tienden a replicarse y a perdurar cada día con mayor agresividad, particularmente en un mundo altamente intercomunicado y globalizado.

- Por la gran paradoja que existe entre el avance en las tecnologías en salud, frente a la persistencia y aumento de enfermedades de alto impacto y de alto costo en la población (como el cáncer, el VIH, la diabetes, enfermedades tropicales transmitidas por vectores y otras), que no han podido ser prevenidas y controladas adecuadamente.
- Por el debate entre la priorización de recursos para la prevención, frente a la demanda creciente de recursos que se necesitan para la atención de las contingencias, principalmente, por el crecimiento de esas enfermedades de alto impacto y de alto costo. Cuarto, por el envejecimiento de la población sin políticas claras de mitigación de contingencias de salud para poblaciones adultas, lo que implica incertidumbre sobre los mejores y eficaces tratamientos, y una atención del caso a caso, con altos costos para la persona y para el sistema.
- Por el costo creciente y directo de los servicios de salud, pero también por los costos que implican a toda persona, a la familia y a la sociedad, sufrir de alguna enfermedad.
- Por la creciente fragilidad de los sistemas de salud respecto de la prevención y contención de las enfermedades, debido a múltiples factores políticos, administrativos, de transparencia y de sostenibilidad.

Por supuesto, el impacto de todas las variables que afectan al servicio a nivel general se personaliza al momento de requerirse el servicio por cada individuo. Por eso, así parezca lejana a nosotros la estructura y operatividad del sistema, cualquier crítica, impacto, ajuste o modificación debe asumirse de manera personal por todos y cada uno, sin que pueda haber lugar a la indiferencia.

El sistema se personaliza por la necesidad y demanda que todos tenemos de recibir buenos servicios (indistintamente de cuales sean nuestros intereses), y por los efectos personales que se generan cuando hay riesgos o enfermedad en el otro o en el colectivo.

El postulado propuesto constituye una herramienta conductual personal útil, en la medida que descubre un sentido que viabiliza un comportamiento ético objetivo, por parte de todos los responsables de los servicios de salud. Así mismo, bajo la operatividad de herramientas conductuales, se pueden evaluar y proponer con éxito, cambios eficientes en el sistema de seguridad social en salud.

En este punto resultan útiles los planteamientos de Viktor E. Frankl, creador de la logoterapia (Tercera Escuela Vienesa de Psicoterapia), que en su obra manifiesta:

“La búsqueda por parte del hombre del sentido de la vida constituye una fuerza primaria y no una "racionalización secundaria" de sus impulsos instintivos. (...) yo me atrevería a decir que no hay nada en el mundo capaz de ayudarnos a sobrevivir, aun en las peores condiciones, como el hecho de saber que la vida tiene un sentido. Hay mucha sabiduría en Nietzsche cuando dice: "Quien tiene un porque para vivir puede soportar casi cualquier como" (...)

En cuanto a mí, cuando fui internado en el campo de Auschwitz me confiscaron un manuscrito listo para su publicación. No cabe duda de que mi profundo interés por volver a escribir el libro me ayudó a superar los rigores de aquel campo. (...) Estoy convencido de que la reconstrucción de aquel trabajo que perdí en los siniestros barracones de un campo de concentración bávaro me ayudó a vencer el peligro del colapso”⁴⁰³.

Mencionamos la obra de Viktor Frankl a efectos de reiterar la necesidad de buscar un sentido que genere conductas personales, adecuadas y sólidas, para ahí sí, formular alternativas de cambio y crecimiento personal y colectivo.

Podemos aplicar los postulados de Viktor Frankl de manera que la comprensión del sistema general de seguridad social en salud, con sus defectos y virtudes, y

⁴⁰³ Frankl, Viktor E. (2001:147).

la formulación de propuestas de ajuste, pasaran por el necesario filtro de un sólido sentido.

El profesor Frankl con base en su vivencia personal, advierte que la forma de buscar y hallar el sentido, consiste en despertar el estado de latencia o indiferencia de las personas, por medio de la tensión que se genera entre el reconocimiento objetivo de lo que se ha logrado (lo que se es) y de lo que no se ha conseguido (el deber ser). Esa tensión mueve al hombre a estar en permanente significación, o lo que Frankl denomina voluntad de significación, y eso implica que, por el sólo hecho de buscar alcanzar lo no logrado, el ser humano se rete cuanto menos a seguir existiendo y a mejorar su condición.

Así lo expresa Frankl:

“Puede verse, pues, que la salud se basa en un cierto grado de tensión, la tensión existente entre lo que ya se ha logrado y lo que todavía no se ha conseguido; o el vacío entre lo que se es y lo que se debería ser. Esta tensión es inherente al ser humano y por consiguiente es indispensable al bienestar mental. No debemos, pues, dudar en desafiar al hombre a que cumpla su sentido potencial. Sólo de este modo despertamos del estado de latencia su voluntad de significación”⁴⁰⁴.

La tensión será más intensa y por lo mismo conducirá a un sentido más objetivo, cuanto más honestos sean sus contenidos. Así, entre más cruda sea la evidencia de lo que se es y de lo que no se ha conseguido mayor tensión, mayor significación y mayor desafío se necesita para alcanzar el sentido potencial.

Paralelamente, la voluntad de significación requiere de una técnica fundada en el dialogo existencial, de manera que en una fluida, repetitiva e ilimitada expresión del sentir, se van descubriendo, concretando y decantando las ideas

⁴⁰⁴ Ibídem (147).

hasta llegar a la mayor aproximación de lo que se es en búsqueda de lo que todavía no se ha conseguido.

Los anteriores postulados de la logoterapia, aplicables a la salud de cada persona, también son válidos para el modelo político institucional que conforma el sistema general de seguridad social en salud. Debe existir la tensión entre lo que se ha logrado en materia de salud y lo que todavía no se ha conseguido, para que surja el sentido y el consecuente desafío de cumplir con ese sentido potencial.

Resulta determinante identificar *lo que se ha logrado* en cuanto al servicio público esencial de seguridad social en salud, tal cual es, con sus contenidos normativos, sus instituciones, sus logros y deficiencias. Y también identificar lo que aún *no se ha conseguido*: la satisfacción real del servicio y la garantía del servicio.

El anterior sinceramiento nos pone en presencia de una tensión entre las normas e instituciones que constituyen el sistema general de seguridad social en salud, por un lado, y por el otro, la condición actual del sistema y de la salud de la población en Colombia.

Esa tensión permite que la población despierte de la indiferencia respecto de una estructura creada para prestar el servicio, pero que no responde a esa prestación. Luego, se debe originar el desafío de perseguir, a nivel personal y social el sentido potencial de un correcto sistema de salud, esto es, un sistema que responda a la garantía real (no meramente formal) del derecho a la salud.

En esta investigación hemos advertido reiteradamente que se debe superar el paradigma de honrar única y exclusivamente el cumplimiento de la norma positiva. En su lugar, es necesario considerar al derecho como principio y fin de la realidad jurídica, lo que permite evidenciar si las normas que regulan el sistema de salud funcionan o no.

Adicionalmente, el conocimiento, reconocimiento y aceptación del sistema con sus virtudes y desaciertos (el ser) y el descubrimiento real de lo que falta por

conseguir (el deber ser), permite la tensión transformadora necesaria para lograr reformas con adecuado sentido personal y social.

Ningún modelo de salud en el mundo puede resistir un sistema controlado y regulado por el Estado en el que, se cumple la norma pero usualmente en defensa de intereses particulares, que no garantiza la prestación suficiente del servicios o en el que haya una alta incidencia de fenómenos de corrupción, todo mientras persiste y crece una población sufriente, que a su turno desconoce el sistema y su situación real, y que no ha descubierto el sentido de una correcta regulación.

La solución para el reconocimiento y rescate del derecho a la salud en Colombia, radica ante todo en un verdadero cambio en la visión, en la ética y en la personalidad de todos y cada uno de nosotros (por supuesto, incluyendo a los que tienen responsabilidades en la dirección, autoridad, aseguramiento y prestación), y en la formación de las nuevas generaciones, que se caracterice por la transparencia y por la voluntad de sentido, proclive al beneficio colectivo y no solamente al interés individual.

En últimas, es el hombre, por quien se suscitan las estructuras jurídicas dirigidas a obtener una adecuada seguridad social en salud, y por lo mismo, es al hombre al que le corresponde darse y brindarse con suficiencia e idoneidad sus propios servicios de seguridad social.

Por eso, si el sistema de salud no responde a las necesidades del hombre, por culpa de la misma conducta indebida del hombre, adquiere total relevancia la siguiente frase de Viktor Frankl: cuando ya no somos capaces de cambiar una situación, nos encontramos ante el desafío de cambiarnos a nosotros mismos.

CONCLUSIONES

1. NECESIDAD DE CAMBIO EN EL SISTEMA NORMATIVO

La efectiva satisfacción de las necesidades básicas y el respeto a los derechos de todos constituyen una adecuada forma de identificar el correcto funcionamiento del Estado. Si las personas tienen acceso a servicios que satisfacen realmente sus necesidades, ese acceso es el indicador por excelencia del cumplimiento de todas las responsabilidades públicas.

La estructura política y las instituciones públicas creadas para satisfacer las necesidades de la población deben estar concebidas para funcionar dentro de parámetros normativos en el marco del principio de legalidad. Sin embargo, si el cumplimiento de las normas no se refleja en la satisfacción de los derechos, la compleja funcionalidad del Estado se hace implícitamente corrupta, principalmente porque se percibe como un reflejo de intereses ajenos al interés público y no se corresponde con los servicios realmente requeridos por la población.

Un sistema que impone obligaciones y cargas cada vez más complejas (tributarias, administrativas, reguladoras o de orden público), pero que no resuelve las necesidades básicas, alimenta la frustración de su población y siembra su propia autodestrucción. Por eso resulta esencial constatar si el Estado responde de manera eficaz a las necesidades y derechos de la población, para verificar la viabilidad de las instituciones y propender por su sostenibilidad, o si, por el contrario, se deben impulsar necesarios cambios estructurales.

Esta investigación se centra en el modelo creado en Colombia para garantizar el acceso y la prestación de los servicios sanitarios. Así mismo, evidencia la contradicción entre las normas constitucionales y legales que amparan el derecho (con sus amplias instituciones y recursos), y la precaria realidad de la prestación del servicio caracterizada por la inequidad, la falta de acceso efectivo, la falta de oportunidad y el uso ineficaz de los limitados recursos públicos disponibles.

El sistema general de seguridad social en salud en Colombia promueve principios y fundamentos dirigidos a la salvaguarda de la vida y de la salud en condiciones dignas, y cuenta con amplios recursos técnicos, esfuerzos financieros permanentes, instituciones privadas y públicas y controles ampliamente regulados.

Sin embargo, el sistema es corrupto *per se* no sólo por el extravío persistente de recursos públicos del que ha sido víctima, sino principalmente por su alto grado de ineficacia. Siendo teóricamente universal y de acceso general y aun cumpliendo los mandatos normativos que lo rigen, en realidad el sistema presta un servicio superficial al que pocos logran acceso integral y oportuno.

En otras palabras, el gasto de significativos recursos obtenidos por tributos o rentas parafiscales de forzoso pago por parte de la población, la existencia de todo un entramado de responsables del aseguramiento, la coexistencia de una red de prestadores de servicios en todos los niveles de complejidad, la suposición de que todos los actores cumplen con sus responsabilidades y la existencia de una gran estructura pública de regulación y control constituyen una contradicción respecto de la realidad de la mayoría de la población, que no recibe los adecuados y oportunos servicios sanitarios. Se percibe un derroche de esfuerzos que parece beneficiar lícitamente a diversos actores del sistema y no a una población cada día más enferma.

Por eso, se reitera que el concepto de corrupción no sólo aplica cuando hay una flagrante ilegalidad manifiesta en contra de las responsabilidades públicas o una apropiación indebida de rentas públicas, sino que también está presente cuando los recursos públicos y las instituciones legalmente creadas cumplen con las condiciones formales que exigen las normas, pero no responden a la finalidad para las que se crearon.

Esa es la situación del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, que además de padecer las actividades ilícitas de muchos de sus actores, ha experimentado el cumplimiento normativo formal por parte de la mayoría de responsables del sistema, sin que exista una diáfana satisfacción de las necesidades sanitarias de la población.

Por consiguiente, resulta apremiante que se fortalezca la dinámica de hacer valer el derecho por encima de la formalidad que impone la norma positiva, y de buscar un sentido trascendente que oriente una adecuada estructuración o reforma del sistema.

2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE UN DERECHO PRESTACIONAL A UN DERECHO FUNDAMENTAL

En Colombia el servicio público esencial de seguridad social en salud es un componente del derecho a la seguridad social integral y su prestación y protección es cada vez más determinante para la viabilidad y desarrollo del Estado. Por lo mismo, la seguridad social en salud es representativa de los indicadores más sensibles del bienestar general y su no prestación o su inadecuada protección, suscitan graves reacciones en una población cada día más consciente de sus derechos irrenunciables.

En el año 1991 la Constitución Política definió a Colombia como un Estado Social de Derecho e hizo todo un desarrollo de esa caracterización⁴⁰⁵. El artículo 2º superior estableció como fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía en la efectividad de los

⁴⁰⁵ Constitución Política de Colombia de 1991. Preámbulo: "En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la asamblea nacional constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a su integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga lo siguiente". Artículo 1º. "Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁴⁰⁶. Las autoridades de la República se instituyeron para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. La Constitución desarrolló los principios del Estado Social de Derecho en función de "la dignidad de la persona y del interés general, lo que en consecuencia constituye su ser y establece su esencia"⁴⁰⁷.

Con arreglo a la finalidad del Estado Colombiano, la Constitución Política contiene todo un capítulo que resalta la trascendencia en la prestación de los servicios públicos⁴⁰⁸, en el que se advierte que éstos son inherentes a la finalidad social del Estado y que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son fines sociales del Estado. Se impone al legislador la responsabilidad de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se asigna a las entidades territoriales la responsabilidad de identificar a la población y conceder subsidios a personas con bajos ingresos. Se prevén los deberes y derechos de los usuarios, ordenándose al legislador que establezca mecanismos de protección, participación y fiscalización. Se asignan competencias constitucionales al Presidente de la República para que diseñe políticas de administración, inspección, control y vigilancia sobre la prestación de los servicios públicos.

En relación con el servicio público esencial de seguridad social en salud, hasta antes de la promulgación de la Constitución Política del año 1991 el Estado entendía las prestaciones sanitarias como un componente del derecho laboral o cómo parte de un marco amplio de políticas de salud pública.

⁴⁰⁶ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 2º.

⁴⁰⁷ Madriñán, Ramón Eduardo. (1997: 93).

⁴⁰⁸ Constitución Política de Colombia 1991, artículos 365 a 370. Respecto del Estado Social de Derecho y la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, también se puede consultar la Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Corte Constitucional Colombia. 2003.

En ese sentido, existía un sistema de aseguramiento para empleados públicos y privados con énfasis en la protección laboral, sin que se previera la garantía de cobertura universalidad y efectiva para la mayoría de la población, que además carecía de vinculo o formalización laboral.

Los distintos niveles territoriales del Estado (Nación, departamentos y municipios) se dedicaron principalmente a construir y sostener hospitales públicos y a financiar instituciones privadas sin ánimo de lucro, que constituían una red desarticulada de atención que estaría disponible para prestar los servicios sanitarios a esa mayoría de la población que carecía de aseguramiento. Sin embargo, no existía información consolidada respecto de esa población, de los prestadores y servicios disponibles, de las atenciones prestadas ni del control, que resultaba definitivamente precario.

La Constitución Política del año 1991 cambió la forma en que se habrían de visualizar y prestar los servicios de salud. En los artículos 48, 49 y 50 estableció que la seguridad social en salud es un servicio público de carácter esencial y es un derecho irrenunciable de la población, que si bien no tenía el expreso carácter constitucional de derecho fundamental sino de derecho económico y social, sería objeto de la intervención del Estado con miras a la organización, dirección, reglamentación y garantía del servicio.

Como consecuencia del mandato constitucional el legislador profirió la Ley 100 de 1993, contentiva del sistema general de seguridad social en salud, y previó un giro radical en la forma de garantía de la prestación. De un aseguramiento laboral y de un subsidio a la oferta que se centraba en la financiación para la construcción y disponibilidad de hospitales, en Colombia se migró a un subsidio a la demanda que exigía la afiliación y cobertura para toda la población, a efectos de asegurar las contingencias en salud en sus componentes de promoción, prevención y atención.

El sistema creó las denominadas Entidades Promotoras de Salud – EPS encargadas de afiliar a la población, recaudar las cotizaciones (sólo en el régimen contributivo), promover las condiciones adecuadas de salud para sus afiliados, gestionar la contratación de una red de prestadores, asegurar los riesgos en salud previstos en un plan de beneficios fijado por el Estado y garantizar las atenciones sanitarias.

En teoría, las Entidades Promotoras de Salud – EPS deberían ofrecer a los afiliados una red de prestadores propia o contratada, privada o pública, y propender por los mejores niveles de prevención, calidad y oportunidad, a cambio de un pago per cápita reconocido por el Estado denominado unidad de pago por capitación – UPC.

No obstante, en la práctica las Entidades Promotoras de Salud – EPS han funcionado como verdaderos filtros de costos en procura de la sostenibilidad financiera. Se volvió costumbre ofrecer la menor cantidad posible de alternativas de servicios, afectando dramáticamente la prevención, la calidad y la oportunidad de la atención en salud.

El avance jurídico que representó la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 no se reflejó en el servicio. Las Entidades Promotoras de Salud – EPS hacen valer su condición de aseguradoras y a efectos de propender por la eficiencia en el gasto y la consecución de excedentes o utilidades, restringen los servicios amparadas en una lectura rigurosa del plan de beneficios o en la exigencia de requisitos administrativos formales que dificultan el acceso, conductas que son lejanas a su finalidad trascendente de ser promotoras de la salud de sus afiliados.

Parte del problema es que “paralelamente a la expedición del texto constitucional se implementó el modelo económico neoliberal y esto planteó una tremenda contradicción entre la norma jurídica y la estructura económica, llegándose a algo insólito: el ejecutivo y el legislativo dan preferencia a respuestas neoliberales, y

los jueces mediante la acción de tutela, son los únicos que le ponen el hombro al Estado Social de Derecho”⁴⁰⁹.

Tanto el Estado Social de Derecho como los principios y valores constitucionales señalados en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, se instituyen como la fórmula axiológica y ontológica de la democracia. Sea cual fuere el modelo económico vigente, esos principios y valores deben inspirar todo el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que corresponda a la garantía de los derechos constitucionales esenciales de las personas, que deben primar sobre los intereses económicos particulares y el sistema económico que se adopte.

Por eso, para garantizar la efectividad de los servicios de salud no basta con una regulación positiva que reitere la obligación de garantizar el derecho. Es necesario hacer operativos esos derechos en la población, como justificante esencial de la existencia misma del Estado. Garantizar el goce efectivo de los derechos, “sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en el Estado Social de Derecho”⁴¹⁰.

En lógica constitucional, el sistema de seguridad social en salud creado por el legislador y reglamentado por el gobierno nacional, debe responder a la real efectividad del derecho a la salud y no a una intención de prestación. Si los ciudadanos no ven satisfecho su derecho, a pesar de la existencia del sistema y de todas las institucionales que lo constituyen, en realidad ese sistema es sustancialmente inconstitucional además de ser representativo de un esfuerzo inerte con un altísimo costo social, económico y político.

⁴⁰⁹ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 4).

⁴¹⁰ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte Constitucional es reiterativa en advertir sobre el imperativo a cargo del Estado de garantizar la prestación de los servicios de seguridad social en salud a toda la población, considerando el carácter superior y trascendente del derecho a la salud; al respecto se puede consultar la siguiente jurisprudencia: Sentencia T-239 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Sentencia T-380 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-002 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia T-010 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-098 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia T-100 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia T-115 de 2016, M.P. Luir Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia T-296 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sentencia T-362 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia.

Considerando la crisis de efectividad del sistema y la falta de respuesta administrativa, en Colombia adquirió relevancia la interposición de acciones de tutela para garantizar el derecho a la salud.

Desde 1910, cuando se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se empezó a ejercer un control de constitucionalidad judicial, pero sólo sobre el ejercicio legislativo del Estado y sobre normas con fuerza material de ley, sin que se permitiera que los ciudadanos procuraran la protección especializada, breve y sumaria de sus derechos fundamentales.

Fue la Constitución Política del año 1991 la que generó un cambio sustancial en la protección de los imperativos constitucionales, al crear la jurisdicción constitucional que ya no solamente ejerce un control constitucional sobre la legislación, sino que conoce y falla las acciones de tutela, aproximación determinante entre el ciudadano, sus derechos fundamentales y la jurisdicción que ordena su garantía.

El artículo 86 de la Constitución Política creó la acción de tutela⁴¹¹ como mecanismo excepcional, sumario y preferente de protección a los derechos fundamentales, que se puede interponer por cualquier persona y que procede cuando no existan otros mecanismos de defensa expeditos y eficaces para conjurar el riesgo. Se puede interponer ante cualquier juez en Colombia, quien para el trámite y resolución de la acción se torna parte de la mentada jurisdicción constitucional⁴¹², siempre bajo el direccionamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional, máximo órgano de revisión de la jurisdicción constitucional.

⁴¹¹ Que tiene como unos de sus grandes antecedentes, el artículo 53 de la Constitución Española de 1978, conforme consta en las Actas y Antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.- Así mismo, la acción de tutela en Colombia ha inspirado modelos de protección ciudadana como el previsto en el artículo 43 de la Constitución Argentina de 1994, y estudios de reforma a la protección de amparo prevista en la Constitución Mexicana. Se puede consultar a Vivas Barrera, Tania Giovanna. (2013).

⁴¹² Así lo define el artículo 242 de la Constitución Política de Colombia.

Como lo mencionamos a lo largo de esta investigación, en Colombia se han interpuesto más de un millón trescientas mil acciones de tutela por casos de afectación grave al derecho a la salud, que equivalen al 29% del total de las acciones de tutela presentadas⁴¹³. De esas acciones, más del 83% fueron falladas favorablemente, lo que indica una altísima afectación al derecho y una evidente necesidad de protección.

Por muchos años, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional no permitió la tutela directa sobre el derecho a la salud, que era considerado un derecho prestacional al estar reconocido en los artículos 48, 49 y 50 del Capítulo 2 de la Constitución, regulatorio de los derechos sociales, económicos y culturales, y no en el Capítulo 1 del texto constitucional, que lista los derechos fundamentales.

En tal sentido, solo procedía la acción de tutela cuando se demostrara que la vulneración al derecho a la salud afectara conexamente derechos fundamentales tales como la vida o la dignidad.

En Colombia los jueces de tutela asumieron la paradójica carga de proteger al ciudadano ante la inoperancia del sistema de salud, pero impusieron un límite en el alcance del amparo, de manera que miles de acciones de tutela fueron rechazadas por improcedencia, dejando a muchos usuarios sin alternativa para exigir el inmediato acceso los servicios principalmente denegados por las entidades promotoras de salud - EPS.

En el año 2001 la Corte Constitucional modificó su posición jurisprudencial y precisó que tratándose de población vulnerable (colectivos necesitados de especial protección), corresponde al Estado el amparo especial de todos sus derechos, particularmente de aquellos que tengan relación directa con la vida y la dignidad. En tal sentido, concluyó la Corte que sólo para esa población la salud

⁴¹³ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 88).

debería considerarse derecho fundamental autónomo, susceptible de protección por la acción de tutela.⁴¹⁴

Y no fue sino hasta el año 2008, por medio de la Sentencia T-760, que la Corte Constitucional Colombiana unificó su posición jurisprudencial y *reconoció plena y definitivamente que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo y universal*, susceptible de protección constitucional directa por medio de la acción de tutela, sin necesidad de conexión con otros derechos señalados en la Constitución como fundamentales.

Bajo una interpretación extensiva y sustantiva, la Corte Constitucional asumió que los derechos son fundamentales no por su ubicación en uno u otro capítulo del texto superior, sino por la esencialidad que tienen para la vida misma de las personas y su especial relación con la dignidad humana.

La Corte menciona también la trascendencia del bloque de constitucionalidad, para advertir que un derecho es fundamental por su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional, particularmente en principios esenciales que han sido incorporados al sistema jurídico colombiano.

Una de las consecuencias directas del cambio jurisprudencial fue la necesaria transformación de la regulación normativa, de manera que siendo un derecho fundamental, la salud debería ser objeto de desarrollo normativo por medio de una Ley Estatutaria que cumple tramites adicionales en el Congreso de la República y requieren revisión previa de la Corte Constitucional, condiciones que no tiene la Ley 100 de 1993 y las demás normas que actualmente regulan el sistema de salud.

⁴¹⁴ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1081 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-749 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Sentencia T-1279 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 2001. Sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Sentencia T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-676 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., Colombia.

Por lo mismo, el 16 de febrero de 2015 fue sancionada la Ley 1751 o Ley Estatutaria de Salud, norma anunciada como una solución de fondo a los problemas estructurales del sistema en Colombia, pero que en realidad no contiene un ajuste determinante del sistema y aún hoy se sigue a la espera de reglamentaciones efectivas de la norma, en asuntos determinantes como el cambio en el alcance de los planes de beneficios⁴¹⁵.

La Ley Estatutaria de Salud también reafirmó la autonomía médica bajo los principios de autorregulación, ética, racionalidad y evidencia científica. Aunque parezca una premisa obvia, los médicos son quienes deben tomar las decisiones sobre los diagnósticos y tratamientos de sus pacientes y no los aseguradores, como sucede hoy por cuenta de incentivos, prohibiciones o restricciones que imponen las entidades promotoras de salud - EPS a los profesionales de la salud.

La Ley Estatutaria también reitera la obligatoriedad de la prestación de los servicios de salud y la trascendencia de la atención de urgencias que no debe requerir de autorización alguna⁴¹⁶.

Estos mandatos no son novedosos pues estaban previstos desde la Ley 100 de 1993, sin embargo la atención de urgencias ha sido y es crítica en Colombia principalmente por la demora en el pago de los servicios de urgencias a los prestadores (principalmente públicos) por parte de los aseguradores y por parte del FOSYGA, condición negativa que aún persiste.

A partir de la Ley Estatutaria el control a los precios de los principios activos de medicamentos se convierte en una política de Estado. Los precios de los medicamentos controlados no podrán superar el precio internacional de

⁴¹⁵ Conforme lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el plan de beneficios ya no debe ser un listado restrictivo de prestaciones aseguradas previstas en el POS, sino que los afiliados deben tener acceso a todas las tecnologías en salud disponibles, exceptuándose aquellas que estuvieren expresamente excluidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta norma aún no ha sido reglamentada, por lo que persiste la cobertura conforme al antiguo POS.

⁴¹⁶ Ley 1751 de 2015, artículo 14. República de Colombia.

referencia, de acuerdo con una metodología que defina el Gobierno Nacional⁴¹⁷. Sin embargo, la regulación y aplicación de este mandato representa grandes retos en la medida que deben considerarse los tratados de libre comercio y los convenios que protegen la propiedad intelectual, además de los costos de los procesos científicos y comerciales de los distintos laboratorios.

La norma estatutaria reitera los principios que desde la Ley 100 de 1993 caracterizan al sistema de salud en Colombia y adiciona el principio de continuidad, que implica que el derecho a la salud y los servicios que lo garantizan no se pueden interrumpir por razones administrativas o económicas.

En general, la Ley ha pretendido poner fin al aplazamiento e interrupción de los servicios de salud por parte de los aseguradores.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental y la promulgación de la Ley Estatutaria fortalecen la posición de la persona respecto del amparo constitucional. Son herramientas superiores dirigidas a permitir mayor eficacia del derecho junto con una mayor satisfacción de las necesidades en salud, en todos los niveles de atención y para todos los habitantes del territorio nacional.

Sin embargo, resultan insuficientes las normas si el sistema de salud y sus responsables siguen indiferentes frente a las dolencias de los usuarios, incurriendo en prácticas dilatorias o restrictivas y sin control efectivo del Estado.

Largo ha sido el camino recorrido por el derecho a la salud en Colombia que ha pasado de considerarse un derecho prestacional, luego un derecho fundamental sólo para colectivos necesitados de especial protección y finalmente un derecho fundamental autónomo para toda la población. Ahora se espera otro trasegar entre el reconocimiento de la fundamentalidad del derecho, la implementación de la Ley Estatutaria y la sustancial mejora en el

⁴¹⁷ Ley 1751 de 2015, artículo 23. República de Colombia.

sistema de salud, que deberá reflejarse en una oportuna, eficiente e integral atención sanitaria.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA GARANTIA Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO

En el desarrollo constitucional actual la seguridad social en salud es un servicio público a cargo del Estado que se debe proveer, financiar, administrar, supervisar y prestar mediante instituciones públicas, privadas o mixtas, sometidas a la dirección, regulación y control del Estado.

Bien sea por la ineludible protección al derecho o bien por la responsabilidad del Estado en la provisión de los servicios de salud, la búsqueda de progreso y de bienestar general requieren de una efectiva organización de los servicios de seguridad social en salud, y de una garantía en su adecuada prestación y cobertura.

Desde la óptica económica y política los servicios de salud se catalogan como un bien público y un servicio a cargo del Estado. Sin embargo, las tendencias actuales, buscan la implementación de sistemas en los que esté presente la competencia, la libre elección de servicios de salud, el mercado, la sostenibilidad fiscal y el cumplimiento de indicadores de calidad de la prestación mínima de servicios de salud, con criterios de eficiencia privada.

En realidad, se ha querido que el Estado deje de ser el responsable directo de la prestación y se dedique al diseño de políticas públicas, a la regulación y al control. "El peso del derecho público y su contrastada significación en la defensa del interés general, han sido sustituidos por las reglas y metodología propia del sector privado", y esa sustitución no es "simplemente técnica u operativa, ya que se ha llegado a asumir una auténtica filosofía de identificación de lo público con lo privado, mostrando todo lo privado como modelo o patrón de éxito cuando tal

afirmación se muestra negada por una realidad de doble cara en la que, habiendo éxito y beneficio, también hay otro lado de fracaso y pérdida”⁴¹⁸.

Los efectos negativos de someter los servicios sanitarios a las reglas del mercado se reflejan en el descuido de la investigación y de la salud pública, en retrocesos en indicadores básicos de salud y en la desfinanciación progresiva por cuenta de la búsqueda de beneficios particulares.

Precisamente los particulares limitan los esfuerzos que dedican a la prestación de los servicios a su cargo, de manera que no se menoscaben sus propios beneficios o su equilibrio financiero. Ante la creciente demanda de servicios y el aumento en sus costos, esos límites tienden a alcanzarse y superarse, de manera que, sin la ayuda del Estado se avizora el retiro de los particulares aseguradores y prestadores. Por eso, en realidad el Estado de alguna u otra manera asume el déficit y termina prestando los servicios, o termina subsidiando a los particulares que pierden sus inversiones.

A estas alturas, en medio de la crisis que afecta al sistema de salud en Colombia, permeado por intereses privados y por la corrupción, la solución a la deficiente prestación y a la desfinanciación no se puede confiar únicamente a los particulares.

El Estado debe ser protagonista y garante real de los servicios de salud y de su transformación, principalmente porque el derecho a la salud es un derecho constitucionalmente reconocido, fundamental, esencial e irrenunciable y, por que el Estado debe asumir la responsabilidad histórica por no haber aplicado las reformas estructurales a su debido tiempo.

Por otro lado, la tendencia de procurar la sostenibilidad financiera al interior del sistema no puede ser el único factor decisivo en la determinación de resultados

⁴¹⁸ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 336).

o en la adopción de sus mejoras. Se debe reconocer el papel del Estado como garante de la prestación, de la solidaridad, de la universalidad y de la integralidad, y el legítimo interés de toda la población por recibir un servicio digno y adecuado.

El análisis de responsabilidad y sostenibilidad fiscal se debe hacer de manera permanente, pero no sólo al interior del sistema de seguridad social en salud sino a nivel macro, en toda la dimensión del Estado y en todos sus frentes económicos y presupuestales. De esta manera, ante necesidades prioritarias y generales como la asistencia sanitaria, es en otros sectores de la economía y de la hacienda pública en los que prioritariamente deban hacerse ajustes que permitan la sostenibilidad del sistema sanitario, aun en aquellos eventos en que la demanda de servicios supere los recursos financieros inicialmente destinados para solventarlo.

Se resaltan las bondades de la competencia como factor regulador de los mercados de salud. Sin embargo, tratándose de bienes públicos y servicios esenciales referidos además a derechos fundamentales como la salud, la competencia se debe dar en aspectos que no afecten la prestación misma del servicio.

Puede haber competencia en precios, en servicios administrativos, en beneficios adicionales, pero no en coberturas mínimas, acceso, oportunidad, integralidad y calidad de los servicios, condiciones que deben ser estándares y óptimas para toda la población, sin distingo alguno.

Finalmente, la privatización de los servicios de salud no es garantía de financiación o de sostenibilidad, en la medida que los privados tienden a limitar su oferta de servicios a lo que rigurosamente se les pague, sin mejorarlos o incrementarlos. El Estado termina asumiendo las pérdidas y los mayores costos que se causen en el sistema, usualmente por el crecimiento y envejecimiento de la población, por la demanda de servicios más especializados y por el mayor acceso de la población a los servicios sanitarios.

La privatización no es por sí sola una salida para la sostenibilidad del sistema, ni una garantía de eficacia en la prestación de servicio, de manera que, en cualquier caso, privatizado o no el servicio, se requiere una gestión pública activa y eficaz que, en todo momento, pueda responder a la creciente demanda de servicios, a la escasez de los recursos y, en general, garantice las prestaciones sanitarias.

“Ante este estado de las cosas, la reacción político-institucional es obvia y en un único sentido: recuperar el peso del derecho público, volver a situar el punto de gravedad en lo que realmente importa: la defensa del interés general”.⁴¹⁹

4. LIMITACIÓN DE LOS RECURSOS

En la actualidad, en la mayoría de sistemas constitucionales y normativos se han creado instituciones y herramientas dirigidas a la satisfacción de los servicios de seguridad social, que varían conforme cambian las características de cada población objeto de protección.

Uno de los soportes de la institucionalidad ha sido el reparto solidario e intergeneracional caracterizado por el aporte de las generaciones productivas actuales, para amparar a los adultos y a personas sin acceso por discapacidad o falta de recursos⁴²⁰.

El modelo de reparto intergeneracional está relacionado con el concepto de derecho adquirido y tiene como presupuestos los paradigmas de permanente crecimiento de la población, relevo intergeneracional, disminución en las tasas de desempleo y crecimiento económico constante.

⁴¹⁹ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014): 3379.

⁴²⁰ Tratándose de pensiones, resulta ilustrativa la siguiente cita: “A pay-as-you-go financed pension system is based on the promise that future generations will pay the pensions for today’s workers; in return, today’s workers pay contributions to finance the payments for today’s pensioners” (Traducción libre: el sistema pensional de reparto está basado en la promesa de que las futuras generaciones pagarán la pensión de los actuales trabajadores; en compensación, los actuales trabajadores contribuyen a la financiación de los hoy pensionados). Queisser, Mónica (1998: 5).

En relación con los derechos adquiridos, los beneficiarios de los servicios de seguridad social, principalmente de prestaciones económicas como las pensiones, han asumido los reconocimientos como derechos irrenunciables, no por la relevancia pública y general de la protección social como principio de desarrollo de los Estados, sino por el supuesto derecho a usar y "abusar" de los recursos, bajo la creencia de haber aportado lo suficiente en el pasado, en la edad joven y productiva, para que posteriormente se tuviera acceso con suficiencia a los beneficios.

Así, los derechos que han alcanzado las personas adultas a devengar beneficios económicos de seguridad social, incluyendo pensiones elevadas, han primado sobre el mayor esfuerzo que tienen que hacer las generaciones jóvenes actuales dirigido a cubrir esa cuantiosa carga fiscal. En otras palabras, el concepto de derecho adquirido en seguridad social ha tenido relevancia sobre el concepto de disponibilidad de recursos.

La expectativa de beneficio futuro, la inmutabilidad de los derechos adquiridos y la creencia de una sostenibilidad permanente e ilimitada, en realidad no son compatibles con la realidad social, económica, demográfica y ambiental.

Lejos de mirar al pasado y a los derechos adquiridos como justificante del uso ilimitado de los recursos, hoy es evidente el agotamiento de los recursos naturales, soporte de las materias primas y de la productividad, y se impone mirar al futuro, a las realidades ambientales y a los derechos de las generaciones venideras, que son claros limitantes del uso de los recursos actualmente disponibles.

En relación con el reparto se asumió ingenuamente que habría un crecimiento permanente de la población, en un relevo intergeneracional equilibrado. Se creyó (y se sigue creyendo) en el crecimiento económico sostenido reflejado en el producto interno bruto y se pensó en el empleo total estable como una meta posible.

En realidad, lejos de tratarse de una excepción ocasional, existe una crisis permanente en la cuantificación del crecimiento por medio del producto interno bruto, en la medida que cada día es más notoria la acumulación de riqueza en manos de unos pocos y considerando que no necesariamente ese crecimiento se ve reflejado en beneficios para la población.

Adicionalmente, el desempleo se consolida promovido por la mezcla entre la globalización, la explosión demográfica principalmente en Países en desarrollo y los cambios en los requerimientos de mano de obra.

Y finalmente el recambio intergeneracional presenta serios cuestionamientos por el aumento en la expectativa de vida y por la disminución en las tasas de natalidad principalmente en Países desarrollados.

Por idearios políticos, presión social o populismo, el Estado ha cedido y sigue cediendo, otorgando subsidios y beneficios sociales sin responsabilidad en el gasto. Se olvida que de alguna u otra manera todos pagaremos lo que el Estado llegue a gastar y de manera irresponsable se desconocen los límites de la sostenibilidad. En el corto y mediano plazo, cuando se sufran las penurias del déficit, se terminará fomentado la negación de los servicios en un desesperado afán de ahorro y sostenibilidad.

El Estado debe responder al reto de equilibrar efectividad en la prestación con la sostenibilidad.

Es necesario superar los modelos de seguridad social fundados bajo el supuesto de los derechos adquiridos, los paradigmas de reparto intergeneracional, el crecimiento económico permanente y la ilusoria infinidad en los recursos. En su lugar, se debe propender por un modelo que se centre en la persona y mire al futuro, reconozca los límites de los recursos y exija su redistribución, en una clara responsabilidad con las generaciones venideras.

Adicionalmente, el modelo debe tener como presupuesto las mejores prácticas de salud pública, enfocándose definitivamente en la prevención, en la investigación y en mejores tecnologías en salud, que permitan una reacción pronta, efectiva, adecuada y económica a las contingencias de salud.

5. ACCIONES DE FORTALECIMIENTO A LA LIBRE COMPETENCIA

En Colombia la cobertura pública en la prestación de los servicios de salud se logra mediante el aseguramiento obligatorio de la población a través de entidades promotoras de salud – EPS, públicas o privadas (la mayoría). También existe una cobertura particular, voluntaria y adicional que se enmarca dentro de los denominados planes voluntarios de salud⁴²¹.

Tratándose del aseguramiento obligatorio de la población, la existencia de varias entidades promotoras de salud – EPS habilitadas y autorizadas por el Estado para operar en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, soporta también el derecho que tienen los afiliados a escoger en cuál de ellas habrán de afiliarse y permanecer. Supone también una auto regulación en la calidad de los servicios por medio de percepción de satisfacción de los usuarios y la existencia de competencia en el aseguramiento.

Sin embargo, el esquema de regulación de la calidad en función de la competencia presenta graves deficiencias prácticas. En primer lugar porque la salud es un servicio público esencial en el que están comprometidos derechos fundamentales, lo que conduce a una intervención en la que el Estado, entre otras cosas, regula la unidad de pago por capitación - UPC que reciben los aseguradores, regula el contenido de las coberturas o plan de beneficios, regula las condiciones de acceso al servicio y regula las condiciones mínimas de calidad

⁴²¹ Regulados por los artículos 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley 1438 de 2011 y 169 de la Ley 100 de 1993, mencionados en esta investigación en el capítulo tercero, de la segunda parte. República de Colombia.

e infraestructura de los prestadores (habilitación de servicios), quedando un limitado margen para la competencia.

En segundo lugar, porque en la práctica el mismo Estado ha limitado la posibilidad de traslado, de manera que la libre escogencia no ha sido el esperado regulador natural de la calidad sino un signo de frustración para los usuarios que estoicamente deben soportar el mal servicio.

Contrariando los mandatos legales que posibilitan a los afiliados el traslado de EPS “en cualquier momento de tiempo”⁴²², el Gobierno Nacional por medio de decretos reglamentarios⁴²³ restringió la libre escogencia permitiéndola solamente después de haberse cumplido un año de afiliación y siempre que el afiliado o cualquier miembro de su núcleo familiar, no estuviere internado en una institución prestadora de servicios de salud.

Morigerando la prohibición la norma reglamentaria también previó excepciones a la permanencia obligatoria⁴²⁴. Unas lógicas de orden operativo (como la revocatoria de autorización, liquidación o retiro de la EPS) y otras ancladas en la calidad (o mala calidad) del servicio.

Respecto de esas últimas se advierte que no opera la permanencia mínima de un año cuando al afiliado se le haya prometido una red de prestadores que no sea cierta, o cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de servicios por parte de la EPS o de su red prestadora. Sin embargo, estas excepciones requieren autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud en el marco de una actuación administrativa sancionatoria, que lamentablemente suele ser demorada por la fragilidad de la autoridad de vigilancia.

⁴²² Artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º, numeral 3.12 de la Ley 1438 de 2011. República de Colombia.

⁴²³ Decretos 1485 de 1994 (artículo 14) y 780 de 2016 (artículo 2.1.7.2.). República de Colombia.

⁴²⁴ Artículo 2.1.7.3. del Decreto de 780 de 2016. República de Colombia.

Por eso, ante la debilidad institucional, es preciso que en Colombia se garantice a los afiliados la aplicación rigurosa de la norma legal y se les permita escoger Entidad Promotora de Salud en cualquier momento.

En su defecto, es esencial que se fortalezca la autoridad de control con presencia eficiente cuanto menos en todas las capitales de los Departamentos y que se agilice el procedimiento administrativo.

En relación con la última sugerencia se propone que los traslados excepcionales de los afiliados se autoricen preventivamente por la Superintendencia, en el marco de las medidas cautelares previstas por el artículo 125 de la Ley 1438 de 2011. Para tal efecto, se presumiría la veracidad de la queja en la que el afiliado manifieste el riesgo o afectación a su derecho fundamental a la salud, debido a actuaciones u omisiones del asegurador.

Esa presunción, además de justificar el traslado a prevención del afiliado mientras se surte íntegramente el proceso administrativo sancionatorio en contra de la respectiva EPS, debería conducir a que se traslade la carga probatoria de la actuación administrativa a los aseguradores. Por consiguiente, serían las entidades promotoras de salud – EPS las encargadas de desvirtuar los argumentos del usuario quejoso, probando la eficiencia, oportunidad, integralidad, suficiencia y calidad en la atención.

En la práctica, la permanencia obligada de los usuarios aun mediando deficiencias en la calidad está lejos de incentivar el buen servicio y de promover la satisfacción de los asegurados. Por el contrario, las limitaciones en los traslados han permitido que las entidades promotoras de salud - EPS se sientan seguras, practiquen la contención de costos y perciban los montos per cápita que les reconoce el Estado, sin esfuerzos conducentes a la mejor percepción del servicio.

Por otro lado, tratándose de la cobertura privada que se enmarca dentro de los denominados planes voluntarios de salud⁴²⁵, en este trabajo se mencionaron algunos riesgos persistentes que pueden atentar contra la libre competencia y contra la calidad de los servicios en el aseguramiento público.

Concretamente, nos referimos a la permisiva confluencia entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas oferentes de planes voluntarios de salud. Así, mientras algunas EPS comercializan directamente planes complementarios de salud, otras tienen convenios o pertenecen a grupos que cuentan con empresas oferentes de otros planes voluntarios, principalmente medicina prepagada.

Baste con advertir que la contratación de un plan voluntario de salud en principio debería motivarse en condiciones de hotelería o de la red de prestadores, y no en la calidad, oportunidad, integralidad o en contenidos de la cobertura, características que se suponen suficientemente garantizadas en el aseguramiento público.

Lamentablemente no es esa la realidad. En la práctica es deficiente o muy deficiente la percepción que tienen de los afiliados sobre las entidades promotoras de salud – EPS, por fallas recurrentes en la oportunidad, calidad e integralidad de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud - POS. Y es esa percepción negativa el principal móvil que lleva a los afiliados a la contratación de un plan voluntario de salud, si tienen la suficiente capacidad de pago para hacerlo.

Entre tanto, las entidades promotoras de salud - EPS no cuentan con claros incentivos comercializables que hagan mejorar su percepción de servicio, máxime

⁴²⁵ Regulados por los artículos 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley 1438 de 2011 y 169 de la Ley 100 de 1993, mencionados en esta investigación en el capítulo tercero, de la segunda parte. República de Colombia.

cuando, en cualquier caso, seguirán recibiendo las unidades de pago por capitación – UPC como pago por el aseguramiento público de sus afiliados.

Antes bien, en aquellas entidades promotoras de salud – EPS que tengan relación directa o indirecta con la oferta de planes voluntarios de salud, la implementación de cambios que mejoren la percepción del aseguramiento público va en contravía con los intereses económicos de su grupo o de sus aliados estratégicos, pues desincentiva la contratación de los planes voluntarios de salud.

En síntesis, se restringe la calidad, la oportunidad y la integralidad de los servicios del plan obligatorio, como incentivo para la venta de planes voluntarios de salud.

Por lo antes señalado, resulta recomendable que el Estado regule esa difícil confluencia de intereses, precisando los aspectos diferenciadores de los planes obligatorios y de los voluntarios. En últimas, con el tiempo, se debería promover la independencia de vínculos jurídicos y de intereses económicos entre las entidades promotoras de salud - EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud.

También se deben establecer diferencias a la baja en el monto de las unidades de pago por capitación - UPC que reciban las EPS por afiliados que también tengan planes voluntarios de salud. De esta manera, una vez independizados los intereses, se fomentaría una competencia por el afiliado o usuario entre las EPS y las empresas que ofrezcan planes voluntarios de salud, todo en el marco de un mejor servicio.

Mientras no se fortalezca la competencia y se siga fomentando el conflicto de intereses, será complejo mejorar la calidad y la percepción de buen servicio en la población.

En el marco del sistema de salud colombiano, que tiene un carácter regulado y público pero que al mismo tiempo presenta una altísima participación privada,

debe buscarse una simbiosis en la que comulgue la trascendencia del interés general con una adecuada participación de los particulares.

Resulta imperativo robustecer la presencia institucional pública y el control como reflejos de la defensa del interés general, y al mismo tiempo es imperativo fortalecer las condiciones de libre competencia entre los responsables privados del sistema, como herramienta de efectividad frente a los usuarios del sistema.

6. CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMATIVIDAD Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO

En Colombia el sistema de salud ha experimentado una transformación absoluta en las últimas décadas. "El sistema pasó de uno que financiaba básicamente la oferta pública en salud a uno dirigido principalmente a subsidios a la demanda, por medio de los regímenes contributivo y subsidiado"⁴²⁶. El País logró importantes avances en cobertura pasando de 56,9% de población afiliada en el año 1997, a 90,8% en el año 2012 y 96,6% en el año 2016, niveles de aseguramiento que se alcanzaron en gran medida por una mayor destinación de recursos para la salud (cerca del 7% del PIB al año). Del total de la población asegurada, el 48% de corresponden a personas afiliadas al régimen subsidiado, el 43,6% se encuentran afiliadas al régimen contributivo y el 5% a están cubiertos por regímenes especiales⁴²⁷.

Por supuesto, esa progresión en el aseguramiento ha generado un aumento en la demanda de servicios, que lamentablemente no ha sido satisfecha con suficiencia por el Estado y las aseguradoras autorizadas. Una de las causas de esa falencia es la restricción presupuestal impuesta por el Estado, que está en mora en el pago de prestaciones especiales a los prestadores y que además reconoce sumas exiguas *per cápita* por el aseguramiento de la población a las

⁴²⁶ Bonet Morón, J. y Guzmán Finol, K. (2015: 4).

⁴²⁷ Ministerio de Salud y Protección Social. (2016: 8-13).

entidades promotoras de salud. Otra causa, es la mora que tienen las aseguradoras con los prestadores y el interés que persiguen las EPS de conseguir su estabilidad financiera, aún por encima del oportuno, integral y adecuado acceso de las personas a los servicios de salud.

Con corte a junio 30 de 2016, la cartera de los hospitales públicos y de los prestadores privados era superior a dos mil doscientos millones de dólares, de los cuales el 69,1% corresponde a deudas de las entidades promotoras de salud y el 10,6% corresponde a deudas del Estado, incluidas las entidades territoriales y el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA⁴²⁸. Según la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos – ACESI, ese estimado de cartera en realidad puede superar los cuatro mil millones de dólares, si se consideran los pasivos no informados en el periodo de 2016 y la cartera de difícil cobro que corresponde a entidades promotoras de salud en liquidación o liquidadas.

Adicionalmente, los planes de beneficios en el sector salud “han estado acompañados de numerosas limitaciones y en los últimos años el País ha vivido un amplio debate sobre la política de salud. Existe una discusión sobre diversos factores que afectan al sector: la manera en la que está organizada la provisión de los servicios, la calidad y acceso a los mismos, la ineficiencia en el manejo de los recursos o la escasez de estos, el diseño de los planes de atención en los regímenes vigentes, la crisis financiera de los hospitales públicos y los resultados en materia de prevención y promoción de la salud”⁴²⁹.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia se centra en los principios de universalidad, obligatoriedad, libre escogencia, calidad, oportunidad e integralidad, pero al mismo tiempo, se evidencia una priorización en los intereses económicos, una ineficiente actuación de las autoridades públicas, una permanente presencia de corrupción y un deficiente uso de los recursos públicos.

⁴²⁸ Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas – ACHC (2016: 2-7).

⁴²⁹ *Ibidem*.

Como moderador y regulador de la activa participación privada en el aseguramiento y la prestación del servicio, el Estado ha creado un enorme entramado normativo, institucional y burocrático⁴³⁰, amparado en centenares de leyes y reglamentos que han reconocido derechos, promulgado garantías para toda la población y establecido las formas de operación del sistema general de seguridad social en salud.

Por supuesto, las innumerables instituciones creadas en Colombia al interior del sistema general de seguridad social en salud, no han solucionado los cientos de miles de requerimientos de protección a la salud que han hecho los usuarios. En el trasfondo, existe una permanente crítica al sistema de salud por su demostrada carga normativa versus la permisividad y la inoperancia.

A pesar del esfuerzo de todos, en realidad gran parte de los recursos públicos se diluyen en soportar el gasto de esas instituciones públicas y en la corrupción, mientras que resulta insignificante el valor que paga el Estado a las aseguradoras para cubrir los costos de atención en salud, reflejado en una unidad de pago por capitación - UPC que asciende a un promedio de *doscientos cincuenta dólares* por persona afiliada al año⁴³¹.

Por contraste, en España, a pesar de las restricciones presupuestales que ha generado la crisis económica, persiste una política de prestación sanitaria pública⁴³², con un gasto per cápita anual promedio en salud de *dos mil seiscientos cuarenta y ocho dólares*⁴³³.

⁴³⁰ Han sido creadas y funcionan en Colombia el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud (máxima autoridad de inspección, vigilancia y control), el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos – Invima, el Instituto Nacional de Salud, las Direcciones Territoriales y Seccionales de Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Aportes Parafiscales - UGPP, Coljuegos, miles de Empresas Sociales del Estado (hospitales prestadores públicos) y muchas otras entidades públicas relacionadas con la regulación, financiación, aseguramiento, prestación y control del sistema.

⁴³¹ Resolución 6411 del 26 de diciembre de 2016. Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones. Ministerio de Salud y Protección Social Colombia. 2016.

⁴³² Lillo Fernández de Cuevas (2013: 2).

⁴³³ Banco Mundial (2015).

En términos generales las instituciones, la regulación y la afiliación aumentaron en Colombia, pero no mejoraron en las mismas proporciones el monto de los recursos destinados, la calidad, la integralidad y la oportunidad de la prestación del servicio.

La máxima prueba de la debilidad del sistema de salud y de la falta de efectividad del derecho, radica precisamente en el protagonismo de los jueces en Colombia. De manera que son los jueces y no el sistema de salud los que desde hace dos décadas han protegido a los ciudadanos y han proferido más de un millón trescientos veintitrés mil fallos de acciones de tutela⁴³⁴.

Por supuesto, no deberían ser los jueces quienes diseñen las políticas o promuevan mandatos generales que solucionen los problemas estructurales⁴³⁵, pero cuando la institucionalidad no sirve para salvaguardar el derecho fundamental, como sucede en Colombia, resulta obvio que debe darse un profundo ajuste y mientras tanto, los jueces, como *última ratio*, han de garantizar el derecho subjetivo e imponer formas de efectividad en la atención sanitaria.

Mientras se sufren las dolencias de un sistema de salud en crisis y se debaten soluciones la mayoría de las veces a nivel meramente normativo formal, en la práctica se desatienden factores sanitarios recurrentes y se deterioran gravemente los indicadores de salud.

El Estado y todos los habitantes nos adentramos en ese debate normativo formal, y nos adormecemos frente a las responsabilidades diarias en salud, de manera que no tenemos conductas saludables preventivas, entre otras cosas, porque el Estado no ha brindado las herramientas suficientes para que la población aprehenda esas conductas.

⁴³⁴ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014:88).

⁴³⁵ Dueñas Ruíz, Oscar José (2006: 12).

El sistema de salud, al margen de si se centra en la intermediación, o en el aseguramiento con coberturas limitadas y preestablecidas, o en la prestación universal por parte del Estado, o en el subsidio a la oferta, o en el subsidio a la demanda, debe ser eminentemente preventivo. Lo anterior significa la responsabilidad de todos en el cuidado de la salud y un volcamiento de las políticas de salud al cuidado ambiental, a la responsabilidad social, al bienestar integral de la población y, en últimas, a una atención oportuna, digna y adecuada.

Se dijo en esta investigación que la salud no es la simple ausencia de enfermedad sino el equilibrio del ser humano con la naturaleza⁴³⁶. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el concepto de salud supone el bienestar físico, mental y social del individuo. El Estado, sus instituciones y todos los que hacen parte del entramado social, deben reconocer de manera práctica, irresoluta y real, no meramente formal, que la salud es un derecho subjetivo y fundamental de manera que el derecho debe operar y ser efectivo, y la institucionalidad debe servir para esa efectividad.

Un sistema de salud en su esencia debe responder prioritariamente a la satisfacción de las necesidades sanitarias de la población, como principio operativo y justificación misma del Estado, por encima de las condiciones de sostenibilidad.

Sin embargo, “no se trata de acomodar la justicia a la economía o viceversa, sino de hacer políticas públicas justas, que simultáneamente pueden evitar costos excesivos para el Estado y la sociedad en general”⁴³⁷. Lo contrario, significa desfinanciar al Estado, ser irresponsables con las generaciones futuras o conseguir y destinar recursos, esfuerzos, burocracia y tiempo, a un sistema que no funciona, que además resalta el ánimo de la utilidad privada desafortunadamente por encima del interés público.

⁴³⁶ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. (2004: 78).

⁴³⁷ Parédez Hernández, Natalia (2003: 76).

El sistema debe centrar la eficiencia en las mejores tecnologías, en las condiciones de prevención en salud, en las medidas de austeridad administrativa y en el control.

Respecto del control “puede afirmarse que la ausencia de responsabilidad no es más que un efecto del mal funcionamiento de los sistemas de control”. Por eso, es imperativa la necesidad de fortalecer la institucionalidad y proponer “un control posible adecuado que debe comenzar desde la generalidad hasta descender al caso más concreto. Es decir, podemos plantear la idea de un principio de control que ha de vertebrar vertical y horizontalmente la organización pública”⁴³⁸.

La Superintendencia Nacional de Salud debe transformarse radicalmente y dejar de ser una entidad centralizada y lejana a la población, para convertirse en una institución con presencia en todo el territorio nacional, activa, cercana a los usuarios del sistema. Adicionalmente, debe dotarse a la Superintendencia de unos procedimientos administrativos policivos, preventivos y sancionatorios especiales, que sean preferentes y expeditos conforme lo demanda la naturaleza fundamental del derecho a la salud. Esos procedimientos deben tener la misma capacidad de respuesta e inmediatez que han demostrado los jueces en la resolución de acciones de tutela, quienes tienen un plazo constitucional perentorio de diez días para proferir sus fallos.

Finalmente, advertimos que está en crisis el culto a las normas que “prometen” garantías plenas de acceso a los beneficios por parte de la población. En su lugar, se impone la eficacia de los derechos, como principio operativo de justificación de la organización política.

Los derechos dejan de ser una mera declaración o compendio normativo, para hacerse más democráticos, participativos, solidarios y realizables. No existe el

⁴³⁸ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 345-346).

derecho por su sola mención en una norma, sino por su garantía y realización en el entramado social.

La ley en sentido material ya no debe ser un mero texto que reconozca derechos, formule obligaciones, establezca procedimientos o regule mandatos superiores. Debe ser el marco en el que se hagan operativas las adecuadas relaciones interpersonales, bajo una real participación de la población referida al respeto, la libertad y el desarrollo humano. La Ley abandona el paradigma de ser eficaz por sí sola, de cumplirse ciegamente, para ahora probar su valía en las relaciones interpersonales, en el día a día, en la realidad cierta de la satisfacción real de los derechos, concretamente en la prestación oportuna, eficiente e integral de los servicios sanitarios.

7. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Desde su creación en el año 1993, el sistema general de seguridad social en salud de Colombia ha sido conculcado en su esencia, de manera reiterada y sistemática, por la marcada inoperancia institucional, graves problemas financieros, inequidad, falta de acceso al servicio, negligencia, fallas en la integralidad, deficiencias en la oportunidad, falta de planeación, falta de control y corrupción.

Ese panorama se enmarca dentro de lo que se conoce como *estado de cosas inconstitucional*, concepto desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que encaja muy bien en el marco de la deficiente prestación de los servicios de salud.

La figura consiste en la existencia de una violación masiva y persistente de uno o varios derechos fundamentales, a pesar de existir recursos económicos y abundantes normas legales y reglamentarias que creen o reglamenten sistemas complejos de prestación de servicios, dirigidos a salvaguardar esos derechos. En realidad, el Estado cumplen formalmente esas normas por medio de la creación

y operación de entidades y la ejecución de cuantiosos esfuerzos y recursos, pero sin efectividad real en la satisfacción del derecho, lo que hace que exista legalidad formal pero no constitucionalidad.

La declaratoria de un *estado de cosas inconstitucional* surge como reflejo de la inexistencia o inoperancia de las instituciones públicas y privadas para amparar los derechos y mandatos constitucionales. La consecuencia inicial del reconocimiento jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional es el llamado que hace el juez de tutela, para que se respeten los derechos y se cumplan con los mandatos jurídicos superiores conculcados.

La misma Corte Constitucional ha listado los factores que permiten evidenciar si existe un *estado de cosas inconstitucional*, así: "(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial".⁴³⁹

Una vez evidenciados esos factores, en la revisión de un fallo de una acción de tutela la Corte Constitucional resuelve hacer un análisis general y declara el

⁴³⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.

estado de cosas inconstitucional, instruyendo a todas las instituciones para que respeten el derecho conculcado previsto en la norma superior.

Así mismo, bajo el imperativo de buscar la protección a la Constitución y bajo el principio de colaboración que debe existir entre autoridades administrativas y judiciales, el fallo impone cargas y ordena ajustes normativos e institucionales a nivel de autoridades legislativas, autoridades administrativas y particulares responsables de los servicios. Finalmente, la declaratoria busca que la población deje de acudir a la acción de tutela de manera indiscriminada y obtenga de la Administración una repuesta directa y efectiva a la garantía de su derecho.

Por supuesto la declaratoria del estado de cosas inconstitucional y las medidas generales que ordena la Corte Constitucional, han sido objeto de amplios cuestionamientos jurídicos y económicos.

Desde el punto de vista procedimental, el fallo de cada acción de tutela debe obedecer al estudio de un caso particular y concreto, no general e indeterminado.

Adicionalmente la Corte Constitucional no debería proferir mandatos generales con fuerza constitucional, mucho menos superiores a las leyes, ni le corresponde a la Corte definir políticas gubernamentales relacionadas con la regulación de los servicios públicos esenciales o con el derecho fundamental. Por lo mismo, los mandatos generales que devienen de un estado de cosas inconstitucional podrían atentar contra la misma Constitución que se pretende proteger, en la medida que se aumenta el espectro de las competencias de la Corte Constitucional, que se abroga funciones propias del Congreso y del Ejecutivo.

Finalmente, se critica que los mandatos que profiere la Corte en un fallo declarativo de estado de cosas inconstitucional afectan el orden fiscal y presupuestal del Estado, en la medida que imponen cargas que muchas veces no tienen fuentes de financiamiento.

La Corte Constitucional ha salido al paso de todas esas críticas advirtiendo de manera implícita o expresa que las demás ramas del poder no han cumplido con sus responsabilidades. En consecuencia, de no proferirse las órdenes generales habrá de continuar la sistemática violación a los derechos fundamentales, persistiendo la inoperancia de las normas legales y de las autoridades e instituciones administrativas, y los ciudadanos continuarán acudiendo a la acción de tutela como único medio efectivo de defensa, situación que es contraria a la Constitución.

En la bipolaridad que ha caracterizado al Estado que protege y garantiza normativamente los derechos de los ciudadanos, mientras que en realidad no existe esa protección y garantía real de los derechos, la Corte Constitucional y su declaratoria de estado de cosas inconstitucional ha sido una luz que viabiliza necesarios cambios estructurales.

Luego de la inmensa cantidad de acciones de tutela interpuestas para salvaguardar el derecho a la salud, la Corte Constitucional reconoció el estado de cosas inconstitucional en el sistema de salud por medio de la Sentencia T-760 de 2008.

En el precitado fallo, la Corte advierte sobre la complejidad normativa del sistema y su ineficacia para responder a la satisfacción del derecho. Reconoce que existe una crisis financiera sin precedentes y que las instituciones jurídicas y administrativas deben ajustarse para garantizarle a los habitantes el derecho fundamental a la salud, sin que tengan que acudir a la acción de tutela para procurar su garantía.

Concretamente, reafirma el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental y ordena a todas las autoridades del Estado que adoptaran medidas estructurales tales como la igualación de los pagos del Estado (UPC) en los regímenes contributivo y subsidiado, la unificación de los planes de beneficios en esos dos regímenes, la mejora en las condiciones de financiación y flujo de

recursos, y la ampliación y cambio en los planes de beneficios con miras a una real integralidad.

Por supuesto el incumplimiento al fallo de tutela implica desacato a la orden judicial, con sanciones económicas y de restricción privativa de la libertad. Por lo mismo, la Corte y todos los estamentos del Estado acordaron periódicamente la presentación de informes y una evaluación de cumplimiento a las órdenes impartidas.

Cabe preguntarse si entre la comunicación de la Sentencia T-760 del año 2008 y hoy se superó el estado de cosas inconstitucional en el sistema general de seguridad social en salud.

Al respecto, la declaratoria del estado de cosas inconstitucional causó el debate y, siete años después, la promulgación de la Ley 1751 de 2015 Estatutaria de Salud, que como se mencionó ordena una modificación en la estructura del plan de beneficios, equipara gradualmente la UPC en los dos regímenes, instruye la necesaria agilidad en el flujo de recursos al sistema y reitera la necesidad de fortalecer la inspección, vigilancia y el control.

Sin embargo, los cambios siguen siendo normativos y formales y no hay un impacto considerable en la prestación, de manera que hoy persiste la presión sobre los jueces quienes entre el año 2008 y el año 2014⁴⁴⁰ resolvieron más de seiscientos cincuenta mil acciones de tutela, con una tendencia que sigue estable entre el año 2015 y el año 2017.

Es clara la falta de voluntad política para solucionar de raíz los problemas que afectan al sistema de salud actual y se sigue insistiendo en el aseguramiento, la intermediación y la prestación del servicio, sin cambios sustanciales en los modelos y con profundas fallas en el control.

⁴⁴⁰ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014: 88).

En Colombia seguimos con la antinomia de garantizar normativamente los derechos de los ciudadanos, pero no disponer de una efectiva institucionalidad que permita su garantía real. El concepto de estado de cosas inconstitucional tratándose del sistema general de seguridad social en salud, enmarca adecuadamente la anterior afirmación y hoy por hoy está plenamente vigente.

8. CONOCIMIENTO DEL SISTEMA Y VOLUNTAD DE SENTIDO COMO HERRAMIENTAS DE CAMBIO

La posibilidad que tiene toda persona de conocer, reconocer y aceptar las condiciones jurídicas e institucionales que regulan a un sector cualquiera del Estado, constituye una de las máximas expresiones del sentir participativo y es un punto de partida para la solución efectiva a las deficiencias de la institucionalidad.

Por el contrario, el desconocimiento, la falta de reconocimiento o análisis objetivo de la institucionalidad y la falta de aceptación de las deficiencias impiden la construcción de propuestas de mejoramiento.

En sintonía con lo anterior en esta investigación se hizo una descripción evolutiva de los sistemas de seguridad social en salud, se precisaron las características generales del modelo que actualmente opera en Colombia y se hizo un análisis crítico de su funcionalidad con avances y falencias.

Se advirtió que la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 representaron un giro en la prestación de los servicios sanitarios en Colombia.

Vale decir que en el sistema de salud interactúa la Nación y diversas entidades descentralizadas del orden nacional junto con todas las entidades territoriales. Así mismo, existen más de veinte mil instituciones prestadoras de servicios de

salud habilitadas entre públicas y privadas⁴⁴¹, hay múltiples empresas públicas y privadas generadoras de recursos, y hay dieciséis entidades promotoras de salud del régimen contributivo y treinta entidades promotoras de salud del régimen subsidiado con presencia en todo el País⁴⁴² que aseguran a más de cuarenta millones de habitantes que equivalen al 96,6% de la población en Colombia⁴⁴³, lo que evidencia una altísima cobertura de aseguramiento⁴⁴⁴.

Todo lo anterior reafirma el esfuerzo y la significativa dimensión del sistema de salud actual.

Empero, como también se evidenció en esta investigación, el sistema está lejos de cumplir con sus principios orientadores y la prestación del servicio se caracteriza por el estado de cosas inconstitucional. Lo anterior significa que el derecho a la salud se afecta y se ignora a diario y que, en la práctica, si bien se cumplen gran parte de las normas regulatorias del servicio, no se logran satisfacer sus fines.

La Corte Constitucional desde el año 2008, en un diagnóstico que hoy persiste, resumió cuatro dolencias del sistema, así: 1) Corrupción causada principalmente por "la prevalencia absurda de intereses particulares, la debilidad manifiesta en el control estatal y el inadecuado manejo administrativo". 2) Inequidad entre los regímenes contributivo y subsidiado, y entre el aseguramiento de la población de escasos recursos y quienes tienen capacidad de pago para solventar sus necesidades en salud, por medio de planes privados de aseguramiento. 3) Desviación de recursos destinados a la salud, "para fines totalmente ajenos al propósito para el que fueron establecidos". 4) Falta de mejoras estructurales, de manera que "todo continúa igual y con tendencia clara a deteriorarse"⁴⁴⁵.

⁴⁴¹Ministerio de Salud y Protección Social (2016 a).

⁴⁴² Superintendencia Nacional de Salud. (2016).

⁴⁴³ Ministerio de Salud y Protección Social. (2016: 8-13).

⁴⁴⁴ Agudelo Calderón, Carlos Alberto; Cardona B., Jaime; Ortega B, Jesús (2011: 3).

⁴⁴⁵ Corte Constitucional, Auto N°044 del 5 de marzo de 2012; Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésima de la Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Colombia destina veintidós mil millones de dólares al año a la prestación de servicios de salud, que equivale al 7% de su PIB anual⁴⁴⁶, siendo uno de los Países con mayor gasto en salud en Latinoamérica. Sin embargo, el 40% de esos recursos se ejecuta en gastos administrativos y burocráticos, mientras que el gasto efectivo en salud por habitante es de solamente trescientos veintitrés dólares al año⁴⁴⁷.

Tratándose de un sistema público que interactúa con un aseguramiento y prestación principalmente privada, también debería disponer de una detallada, coordinada y eficaz vigilancia. No obstante, el control del sistema es frágil, usualmente se ejerce sin la suficiente información y por entidades débiles, muchas veces politizadas y sin capacidad de reacción.

A lo largo de los últimos quince años, en Colombia se han triplicado los tipos sancionatorios y el monto de las multas para los actores del sistema de salud, y se han ampliado las competencias y las facultades de las autoridades de inspección, vigilancia y control. Sin embargo, el control flaquea por la debilidad de una Superintendencia Nacional de Salud que funciona en Bogotá D.C., sin presencia eficiente en otras zonas del territorio nacional, con una capacidad reducida de menos de quinientos funcionarios, la mitad de los cuales se dedican a actividades administrativas.

Para mitigar esa falencia el Estado ha tratado de fortalecer y descentralizar la vigilancia asignando funciones de control a otros actores como la Superintendencia Financiera de Colombia, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y las secretarías departamentales y distritales de salud. Aun así, el control resulta insuficiente por la dimensión del sistema, por la escasa interacción entre esos diferentes agentes de control y por el incremento de las quejas ante las autoridades de vigilancia, lo que impide “asegurar plenamente el

⁴⁴⁶ Banco Mundial (2015).

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

derecho a la salud de los colombianos, que entonces recurren crecientemente a la tutela para un efectivo acceso a los servicios médicos”⁴⁴⁸.

Es evidente la necesidad de ajustes estructurales en el sistema de salud y en el ejercicio del control.

Con todo, la presente investigación no constituye una propuesta de modificación integral al modelo de salud, en la medida que su construcción requiere de variables interdisciplinarias que involucran conocimientos tecnológicos, económicos, demográficos y de salud, que trascienden el ámbito de la sola juridicidad. La investigación se ha centrado en el estudio jurídico crítico del sistema general de seguridad social en salud como herramienta de conocimiento, de transparencia, que permita reafirmar la trascendencia del derecho fundamental a la salud y su necesaria protección.

Ese *conocimiento* y esa *transparencia* se refieren al derecho y la posibilidad que debe tener la población de comprender el entramado normativo y económico del sistema, y a la viabilidad práctica y coherente que debe brindársele a cada ciudadano de hacer una evaluación objetiva sobre la operatividad real del modelo de salud, de manera que se facilite “la participación y el control, coadyuvando entonces a generar una mejor gestión pública”.⁴⁴⁹

Finalmente, en esta conclusión se resalta la importancia de la búsqueda del *sentido* en la conducta humana, como instrumento de construcción y transformación de una ética pública, que a su vez sirva para la correcta prestación del servicio y la satisfacción del derecho a salud.

Hoy en día, en el imaginario social y en gran parte de quienes ejercen la autoridad pública existe una mentalidad de aprovechamiento que contempla el beneficio propio como fin, dejando en segundo plano las motivaciones que llevarían a un

⁴⁴⁸ Corporación Para la Salud Popular (2008).

⁴⁴⁹ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 343).

correcto proceder y el bienestar general. “Y la sorpresa no es tanto por los hechos en sí (que en ocasiones asombran) como por la aparente normalidad con la que algunos servidores públicos realizan determinados comportamientos que, ya en su origen, cualquier persona con un conocimiento jurídico medio o incluso sin conocimiento alguno, pero con la normal sensatez de un correcto ciudadano (un buen padre de familia que opta por el servicio público), inmediatamente trataría de evitar”.⁴⁵⁰

Se impone la necesidad de profundizar en el sentido, en la razón trascendente que le de soporte y justificación al interés público. Un sistema de salud no puede funcionar si sus actores carecen de un sentido que motive la búsqueda del bienestar general, el correcto proceder y la adecuada prestación del servicio.

Al respecto, en esta investigación se mencionan dos postulados que apoyan la identificación y construcción de ese sentido:

a) Las normas por sí solas no le dan sentido a un sistema, ni justifican el obrar de las autoridades públicas o de las personas responsables del servicio.

Este postulado parece oponerse al principio de legalidad que sin duda es uno de los fundamentos actuales del Estado. Sin embargo, el postulado no propone ignorar la trascendencia jurídica de la norma ni fomenta su desconocimiento, todo lo contrario, se trata de proponer el cumplimiento de la Ley como principio de general aceptación, pero advirtiendo que la norma debe perseguir la satisfacción del derecho y que, de cualquier forma, debe respetarse o ajustarse o rediseñarse según se logre o no esa satisfacción del derecho.

Tratándose de los servicios de salud en Colombia el sistema normativo en su mayoría se cumple, pero es evidente la negación de los servicios reflejado en la

⁴⁵⁰ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 343-344).

infinidad de acciones de tutela que se interponen día a día y que caracterizan al persistente *estado de cosas inconstitucional*.

Respecto del ejercicio del control, éste no se debe limitar al poder de instruir, vigilar e imponer sanciones cuando se incumplan los mandatos normativos positivos. El ejercicio de un control dirigido únicamente a la legalidad y no a garantizar la efectividad del derecho, genera una frustración superior a la ocasionada por una normatividad e institucionalidad inconsecuentes, en la medida que la población además de percibir la inviabilidad del Estado, asume que hay una actitud complaciente por parte de los órganos de control, que se suponen creados para defender a la población y controlar el efectivo ejercicio de las funciones y responsabilidades públicas.

El control y la exigencia de responsabilidad debe partir del planteamiento de "las grandes políticas públicas que determinan la mayor o menor atención a las necesidades y expectativas de los ciudadanos mediante el óptimo empleo de recursos públicos y la constitución de estructuras administrativas prestadoras de servicios de calidad y sostenibles a largo plazo"⁴⁵¹.

Un control más allá del control legal, lo que implica que debe existir una evaluación permanente sobre el estado de la población frente a los servicios que recibe y que se pretenden vigilar, y una valoración permanente sobre la efectividad del derecho que se busca garantizar.

b) Las personas responsables de la regulación, dirección, control, aseguramiento y prestación deben cumplir sus responsabilidades con tal nivel de compromiso, que cuanto menos sea equivalente a la exigencia que tengan esas mismas personas o sus familias o allegados, de recibir un adecuado servicio de salud cuando así lo necesiten.

⁴⁵¹ Nevado-Batalla Moreno, P. (2014: 436-437).

Este postulado adquiere fundamento en la regla de oro de Christian Thomasius⁴⁵²: no hagas a otros lo que no quieres que hagan contigo.

Desde el punto de vista existencial, el sustento del postulado radica en que todo ser humano requiere y procura condiciones adecuadas de salud para suplir sus demás derechos. Adicionalmente, de manera consciente o inconsciente, directa o indirecta, todo ser humano padece los efectos de las dolencias en salud, sea que las sufra cada uno o sus allegados.

Obviamente lo anterior se aplica también a quienes tengan intereses políticos o económicos en el sistema, sean generadores de tecnologías en salud, hagan parte por ejemplo de empresas aseguradoras, prestadoras o farmacéuticas, o incluso, a aquellos que hayan cometido actos de corrupción y se hayan lucrado indebidamente por cuenta de los servicios de salud. Aun en esos casos, cada persona no quisiera para él ni para sus allegados sufrir los embates de una mala atención sanitaria.

Claramente, una mala atención en salud incapacita, relativiza el valor de todos los bienes y afecta las posibilidades de cada individuo. Y también supone un esfuerzo y una respuesta del colectivo dirigida a entender, prevenir y contener la dolencia, con miras a que no se replique en otra u otras personas y a que se pueda controlar o curar.

En la investigación se citaron algunos postulados de la Tercera Escuela Vienesa de Psicoterapia a efectos de establecer que la identificación de un sentido personal, principalmente en aquellos que tengan a su cargo responsabilidades, puede llevar a comportamientos éticos que redunden en una mejor prestación del servicio.

Viktor Frankl advierte que la forma de buscar y hallar ese sentido consiste en despertar el estado de latencia o indiferencia de las personas, por medio de la

⁴⁵² Citado por Kaufmann, Arthur. (1999: 320).

tensión que se genera entre el reconocimiento objetivo de lo que se ha logrado (lo que se es) y de lo que no se ha conseguido (el deber ser). Esa tensión mueve al hombre a estar en permanente significación o lo que Frankl denomina voluntad de significación.

Por el sólo hecho de querer lograr lo no alcanzado el ser humano se reta cuanto menos a seguir existiendo y a mejorar su condición. "Puede verse, pues, que la salud se basa en un cierto grado de tensión, la tensión existente entre lo que ya se ha logrado y lo que todavía no se ha conseguido; o el vacío entre lo que se es y lo que se debería ser"⁴⁵³.

Advertimos en esta investigación que los postulados de la voluntad de significación son aplicables a nivel institucional y concretamente a la operación del sistema general de seguridad social en salud en Colombia. Por tanto, para que surja el sentido de un necesario y exponencial mejoramiento, debe existir la tensión entre lo que se ha logrado en materia sanitaria (sistema general de seguridad social en salud actual) y lo que todavía no se ha conseguido (protección real del derecho y acceso oportuno e integral a los servicios de salud).

Por supuesto los postulados de la voluntad de sentido se aplican también a nivel personal, en cada una de las personas que actúan en el sistema sanitario.

Concretamente, si se logra que todos los que tengan responsabilidades conozcan vivencialmente el riesgo que representa el modelo de salud actual para ellos y sus allegados (ser), y que además reconozcan el natural interés de querer recibir una atención integral, oportuna y con calidad cuando la necesiten (deber ser), se puede generar un principio ético y personal transformador que redunde en mejores prácticas de servicio.

Si por el contrario los responsables no tienen contacto con las dificultades del sistema, usualmente porque están doblemente amparados por aseguramientos

⁴⁵³ Frankl, Viktor E. (2001: 147).

privados, no existiría ese útil principio de solución que haría personal la búsqueda de mejoramiento.

Aunque parezca contrario a los principios de autodeterminación, libertad económica y libre desarrollo de la personalidad, pueden evaluarse medidas jurídicas que restrinjan el doble aseguramiento (al sistema general de seguridad social en salud y a seguros o planes privados) cuanto menos de quienes ostenten posiciones de dirección, confianza y manejo en las entidades públicas responsables del sistema (incluyendo las encargadas del control), y de los máximos responsables privados del aseguramiento, particularmente servidores de las entidades promotoras de salud – EPS.

La tensión entre el ser y el deber ser permite un despertar de la indiferencia. De tal manera, frente a la identificación de una estructura normativa creada para prestar el servicio de salud que no responde a plenitud con esa finalidad y ante la dolencia personal de un deficiente servicio o el riesgo de sufrirlo, aflora el sentido social y personal de implementar un correcto sistema de salud que responda a la garantía real del derecho.

En últimas, es el hombre por quien se suscitan las estructuras jurídicas dirigidas a obtener una adecuada seguridad social en salud, y por lo mismo, es al hombre al que le corresponde darse y brindarse con suficiencia e idoneidad sus propios servicios de seguridad social.

Por eso, si el sistema de salud no responde a las necesidades del hombre por culpa de su misma conducta indebida, adquiere total relevancia lo dicho por Viktor Frankl: cuando ya no somos capaces de cambiar una situación, nos encontramos ante el desafío de cambiarnos a nosotros mismos.

BIBLIOGRAFIA

Agudelo Calderón, C. A., Cardona Botero, J., Ortega Bolaños, J. y Robledo Martínez, R. (2011). *Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad de Medicina, Instituto de Salud Pública, Universidad Nacional de Colombia.

Aguilera Izaguirre, G. (2010) *Modelos de evaluación de la calidad de las organizaciones dependientes de la Administración Pública en México y en España*. Tesis Doctoral. Salamanca, España: GREDOS - Universidad de Salamanca. <https://gredos.usal.es/jspui>.

Aguilera Izaguirre, G. (2010) *El régimen jurídico de la calidad en la Administración Pública española*. Madrid, España: Revista de Estudios Locales CUNAL (134), Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

Aguilera Izaguirre, G. (2010) *La calidad como parámetro de actuación de la Administración Pública*. Madrid, España: Revista Actualidad Administrativa (22), Wolters kluwer.

Aguilera Izaguirre, G. (2015) *El Estado Mexicano respecto al derecho humano a la protección de la salud*. Bucaramanga, Colombia: Revista Iustitia (13), Universidad Santo Tomas Bucaramanga.

Aguilera Portales, R. y Espino Tapia, D. (2007) *Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho*. Ciudad de México. México: Revista Telemática de Filosofía del Derecho (10). Recuperado de <http://www.rtd.es/numero10/5-10.pdf>.

Ahumada, C. (2004) *Política Social y Reforma de la Salud en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Javeriana.

Almansa Pastor, J. (1991) *Derecho de la seguridad social*. Madrid, España: Ed. Tecnos.

Alonso, J. y Conde-Ruiz, J. I. (2007) *Reforma de las pensiones: La experiencia internacional. Documento de trabajo*. Madrid, España: Fundación de Estudios de Economía Aplicada – FEDEA.

Arenas Monsalve, Gerardo. (2011) *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.

Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas – ACHC. (2012) *Entrevista Diana Margarita Ojeda, Procuradora Delegada Para Asuntos de Trabajo y Seguridad Social. "Plata hay, la falla del sistema de salud en Colombia es estructural"*. Bogotá D.C., Colombia: <http://www.achc.org.co/documentos/hospitalaria/la-entrevista-82.pdf>.

Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas - ACHC. (2016) *Estudios técnicos área de investigación y proyectos. Informe de seguimiento de cartera con corte a junio 30 de 2016*. Bogotá D.C., Colombia: ACHC.

Asociación Nacional de Instituciones Financieras - Anif. (Junio de 2015) *Retos del sector salud en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Revista Carta Financiera (170).

Baldassarre, A. (2001) *Los derechos sociales*. (Tomado de Diritti della persona e valori costituzionali, Torino, Giappichelli (1997: 123-221). Bogotá D.C., Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición.

Banco Interamericano de Desarrollo - BID (1996) *Informe Progreso económico y social en América Latina*. Washington D.C., E.U.A.

Banco Interamericano de Desarrollo – BID. (2006) *Informe global de la corrupción: corrupción y salud*. Washington D.C., E.U.A.: BID - Transparencia Internacional.

Banco Mundial. (1987) *El Financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo: Una agenda para la reforma*. Washington, E.U.A.: Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana.

Banco Mundial. (2015) *Gasto en salud per cápita*. Recuperado de: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.PCAP>.

Banco Mundial. (2016) *Gasto en salud per cápita*. Recuperado de: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.PCAP?locations=CO>

Barcelón Cobedo, S. y González Ortega, S. (2012) *Introducción al derecho de la seguridad social*. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch. 6ª Edición.

Beltrán Pardo, L. C. (2001) *El control de gestión como elemento del sistema de control interno para las entidades del Estado*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia - Centro de Investigaciones para el Desarrollo – CID. Recuperado de www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/2006838/.

Björnberg, Arne. (2012) *Euro Health Consumer Index 2012*. Danderyd, Suecia: Health Consumer Powerhouse AB.

Björnberg, Arne. (2015) *Euro Health Consumer Index 2014*. Marcella, Francia: Health Consumer Powerhouse Ltd.

Björnberg, Arne. (2016) *Euro Health Consumer Index 2015*. Marcella, Francia: Health Consumer Powerhouse Ltd.

Bonet Morón, J. y Guzmán Finol, K. (2015) *Un análisis regional de la salud en Colombia. documentos de trabajo sobre economía regional*. Cartagena, Colombia: Banco de la República (222).

Botero Gaviria, M., et al. (2006) *Seguridad social en Colombia*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Medicina.

Bustos Gisbert, R. (2000) *La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal*. En: La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos. Coordinador: Caparrós, E. F. Salamanca, España: Ed. Ratio Legis.

Bustos Gisbert, R. (2004) *La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal*. En: La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: Una tarea pendiente. En: La corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar. Coordinadores: Rodríguez García, N. y Caparrós, E. F. Salamanca, España: Ed. Ratio Legis.

Cabasés, J. M. (2002) *La financiación sanitaria en el sistema nacional de salud descentralizado*. Valencia, España: Revista Derecho y Salud (1).

Cagnoni, J. A. (1984) *Estado y Sociedad, El principio de subsidiariedad*. Punta del Este, Uruguay: Centro Latinoamericano de Economía Humana (29).

Cajigas de Acosta, B. (2007, junio) *¿Cómo vamos en salud?, Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Protección Social, Viceministerio de Salud y Bienestar.

Camacho, Yesid H. (2009) *Opinión: La gran corrupción en la liquidación de lo público en salud y seguridad social*. Bogotá D.C., Colombia: Asociación Nacional de Trabajadores Hospitalarios – ANTHOC.

Cañón Ortegón, L. (1988) *Una visión integral de la seguridad social. Volumen 1, Primera Edición*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Proa Ltda.

Caparrós, E. F. (2000) *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca, España: Ed. Ratio Legis.

Carballeira Rivera, Maria T. (2008). *Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes locales*. Documentación administrativa N°280-281 (Ejemplar dedicado a: la

potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I). Madrid, España. Instituto Nacional de Administración Pública - INAP.

Carballeira Rivera, María T. (2013) *El lado oscuro del derecho: Privatización de costas, ataque a los municipios*. Valencia, España: Revista Le Monde Diplomatique en Español (218), ediciones Cybermonde S.L.

Carballeira Rivera, Maria T. (2017) *Las administraciones públicas no tienen honor*. Madrid, España: Revista Actualidad Administrativa (1), Wolters kluwer.

Castaño Yepes, Ramón. (2004, 13 de mayo) *Elementos fundamentales del equilibrio financiero del sistema general de seguridad social en salud, que inciden en las decisiones de ajuste del POS y/o de la UPC*. Bogotá D.C., Colombia: Fundación Corona.

Castaño Yepes, Ramón. (2004, agosto) *¿Intermediación o valor agregado? Reflexiones sobre el rol de los aseguradores en el SGSSS*. Bogotá D.C., Colombia: Revista Economía Colombiana, Contraloría General de la República (Julio-Agosto).

Centro de Investigación para el Desarrollo A.C.- CIDAC. (2006, 6 de noviembre) *Una definición de estado de derecho*. Ciudad de México, México: CIDAC.

Centro de Pensamiento Social. (2015, Junio) *Las cuentas del sector salud, ¿estamos frente a una crisis?*. Bogotá D.C., Colombia: Recuperado de <http://www.centrodepensamientosocial.org/>.

Colorado Acevedo, D. (2004) *El contrato en el sistema de seguridad social. Segmento: seguridad social en salud*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia (Especialización en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social).

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2007), *Estrategia para garantizar la continuidad en la prestación pública de los servicios de aseguramiento en salud, aseguramiento en pensiones de régimen de prima media con prestación definida y aseguramiento en riesgos laborales*. Documento Conpes N°3456. Bogotá D.C. Colombia: Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia.

Contraloría General de la República de Colombia. (1986). Serie documentos. Bogotá, Colombia: Revista Economía Colombiana (10).

Contraloría General de la República de Colombia. (2012) *Sistema Nacional de Salud inmensamente rico en su miseria*. Bogotá, Colombia: Revista Economía Colombiana (336).

Corbella Duch, J. (2006) *Manual de derecho sanitario*. Barcelona, España: Editorial Atelier Libros Jurídicos.

Coronel, Daniel (2010, 30 de enero) *Las verdades detrás de las mentiras, ¿dónde está la bolita?*. Revista Semana. Recuperado de: <http://www.semana.com/opinion/articulo/donde-esta-bolita/112539-3>.

Corporación Para la Salud Popular. (2008, 16 de octubre) *La salud en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional*. Recuperado de: <http://www.desdeabajo.info/ediciones/item/3170-la-salud-en-colombia-un-estado-de-cosas- inconstitucional.html>.

Cortés González, J. C. (2007) *Reforma al sistema de salud, comentarios a la Ley 1122 de 2007*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Legis.

Cortés González, J. C. (2009) *Derecho de la protección social*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Legis.

Cortés González, J. C. (2011) *Reforma al sistema de salud, comentarios a la Ley 1438 de 2011*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Legis.

Cowen, T. (1996) *Bienes públicos y externalidades*. Biblioteca de Economía Fortune, Tomo I. Barcelona, España: Ediciones Folio S.A.

Chinchilla, Tulio E. (2011, 2 de junio) *Derechos fundamentales versus recursos escasos*. Opinión académica. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/derechos-fundamentales-vs-recursos-escasos>.

Darimont, Bárbara y Liu, D. (2013) *El Sistema de salud de China: Entre la privatización y los servicios de salud pública*. Oxford, U.K. y Malden, E.U.A.: Revista Internacional de Seguridad Social (66), Blackwell Publishing Ltd.

De la Cueva, M. (1980) *"La Revolución industrial y la política europea", Capítulo I: La seguridad social en el proceso de cambio internacional*. México: Instituto Mexicano del Seguro Social.

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2015, julio) *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014*. Bogotá D.C., Colombia; Defensoría del Pueblo de Colombia.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE (2016, 30 de junio), *Estimaciones de población 1985 - 2005 y proyecciones de población 2005 – 2020*. Bogotá D.C., Colombia: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.

Departamento Nacional de Planeación República de Colombia. (2002) *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. Hacia un Estado Comunitario. Ampliación y mejoramiento de la protección y la seguridad social*. Bogotá D.C., Colombia: Departamento Nacional de Planeación.

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia (2014) *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, Todos por un nuevo País, Paz Equidad y Educación*. Bogotá D.C., Colombia: Departamento Nacional de Planeación.

Diario El Espectador. (2011, 9 de mayo) "Así fue el desfalco a la salud". Bogotá D.C., Colombia: Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/salud/articulo-268521-asi-fue-el-desfalco-salud>.

Bolívar, Simón. (1819, 15 de febrero) *Discurso de Angostura*. Página Web del Gobierno Bolivariano de Venezuela, Recuperado de: http://chile.embajada.gob.ve/images/stories/2013/febrero/Discurso_de_Angostura.pdf.

Dueñas Ruíz, O. J. (2006, 1 de septiembre) *La seguridad social, derecho Subjetivo fundamental en el Estado de Bienestar. Trabajo de posesión como miembro correspondiente*. Tunja, Colombia; Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Durand, P. (1991) *La política contemporánea de seguridad social*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.

Etxezarreta, M. (2004, Marzo) *Hacia la privatización de las pensiones ¿qué es lo que está en juego? IX jornadas de economía crítica, área de construcción europea y política económica*. Barcelona, España: Universidad Autónoma de Barcelona.

Ferraro, A. y Ajenjo, N. (2007). *A positive ethics for public administration. Altruism, self-interest and the concept of the state*. Recuperado de: <http://www.law.kuleuven.be/ifjr/integriteit/egpa/previous-egpa-conferences/madrid-2007/ferraro.pdf>.

Flores Aréchiga, A. (2002, junio) *El sistema de salud mexicano, observaciones y notas comparativas*. Revista Salud Pública y Nutrición. (Vol. 3, N°2). Monterrey, México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Flórez, M. (2006) *Riesgos de Corrupción en el Sector Salud en Colombia. Foro salud y corrupción*. Bogotá D.C., Colombia: Transparencia por Colombia.

Flórez, M. (2008) *La corrupción enferma la salud*. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Transparencia por Colombia.

Flórez, M. (2006) *Riesgos de Corrupción en el Sector Salud en Colombia. Foro salud y corrupción*. Bogotá D.C., Colombia: Transparencia por Colombia.

Franco, Álvaro. (2001) *Sistemas previsionales, salud y reformas en América Latina*. Bogotá D.C., Colombia: Revista de Salud Pública (3), Universidad Nacional de Colombia.

Franco, Álvaro. (2014) *Sistemas de salud en condiciones de mercado: Las reformas del último cuarto de siglo*. Medellín, Colombia. Revista Facultad Nacional de Salud Pública, vol. 32, núm. 1, Universidad de Antioquia.

Frankl, V. E. (2001) *El Hombre en busca de sentido*. Barcelona, España: Editorial Herder, Edición N°21.

García-Pelayo, M. (1949) *La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein*. Logroño, La Rioja, España: Revista de Estudios Políticos, Fundación Dialnet, ISSN 0048-7694 (47).

Giraldo, C. (2001) *Finanzas públicas en América Latina: La Economía Política*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Desde Abajo.

González Díaz, F. (2003) *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria. Adaptado a la Ley 16/ 2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*. Madrid, España: Editorial Aranzadi S.A.

González Molina, M. D. y Martín-Romo, M. (2009) *Temas generales de seguridad social*. En: Máster en dirección y gestión de bienestar social y servicios sociales.

Madrid, España: Organización Iberoamericana de Seguridad Social - Universidad de Alcalá.

Gorelli Hernández, J. (2010) *Sistema de seguridad social*. Madrid, España: Ed. Tecnos.

Gorelli Hernández, J. (2013) *Lecciones de seguridad social* (3ª edición). Madrid, España: Ed. Tecnos.

Gotzsche, P. C. (2014) *Medicamentos que matan y crimen organizado*. Barcelona, España: Los Libros del Lince.

Graciano, W. G. (2012) *Nadie vio Matrix*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Planeta.

Guerrero, R., Prada, S. y Chernichovsky, D. (2014) *La doble descentralización en el sector salud: Evaluación y alternativas de política pública*. Cali, Colombia: Universidad ICESI.

Habermas, J. (1998) *Paradigmas del derecho*. En: Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, España: Ed. Trotta.

Health Consumer Power (Suecia). (2012, 15 de mayo) *La sanidad española en declive*. <http://www.healthpowerhouse.com/files/ehci-2012-press-spain.pdf>.

Hernández Álvarez, M. (2005, diciembre) *Propuestas de reforma a la Ley 100 de 1993*. Bogotá D.C., Colombia: Revista gerencia y políticas de salud (9). Universidad Javeriana.

Hernández Álvarez, M. (2012, marzo) *Propuesta de reforma del gobierno no mejora el sector salud*. Centro de Investigaciones Para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.cid.unal.edu.co/cidnews/index.php/obnavides-reformasalud/2182-saludhernandez.html>.

Herrera Jaramillo, F.J. (1991) *La ética y sus proyecciones en lo jurídico y en la función pública*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Rosaristas. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Independent Site For Affordable Care Act (2016). Obamacare Facts. Washington D. C., E.U.A.; Recuperado de: <http://obamacarefacts.com/>

Infante, Alvaro. (2000), *Las Reformas de los Sistemas de Salud en América Latina y el Caribe*. Revista Panam. Salud Pública. Washington, D.C., USA. Organización Panamericana de la Salud.

Jaramillo Pérez, I. (2000) *La Superintendencia Nacional de Salud, la descentralización y la reforma de la seguridad social en salud en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Salud, República de Colombia.

Jaramillo Pérez, I. (2001) *Evaluación de la descentralización en salud en Colombia. Evaluación de la descentralización municipal en Colombia. Balance de una década 1990-2000, análisis y resultados sectoriales*. Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Salud, República de Colombia.

Jiménez Franco, E. (2011) *Administración pública y corrupción - Iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad*. En: *El Nuevo Derecho Administrativo*. Coordinadores: Sánchez Blanco A. y otros. Salamanca, España: Editorial Ratio Legis.

Jiménez Franco, E. (2013) *Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción*. En: *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*. Capítulo de Libro. Coordinadores: Francisco José Sintura Varela y Nicolás Rodríguez García. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

Jiménez Franco, E. (2016) *Mejora del control administrativo de las administraciones públicas en España: Los órganos administrativos independientes especializados en la resolución de recursos administrativos*. En: El Control de la actividad estatal. Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial. Capítulo de Libro. Coordinador: Enrique M. Alonso Regueira. Buenos Aires, Argentina. Ed. Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.

Jiménez Franco, E. (2017), "El derecho a saber y su control como exigencia de efectividad del desarrollo sostenible", En: Corrupción y Desarrollo. Capítulo de Libro. Coordinadores: Rodríguez García N. y Rodríguez López F. Valencia, España 2017. Ed. Tirant lo Blanch.

Kaufmann, A. (1999) *Filosofía del derecho*. Traducción de Luis Villa Borda y Ana María Montolla. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Kjellberg, f., (2000 agosto) "*Corruption as an Analytical Problem: Some Notes o Research in Public Corruption*". Memorial Article presentado en el Internacional Political Science Association XVIII World Congress. Quebec, Canadá.

Lamprea Rodríguez, P. (1982) *Metodología del derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

Lillo Fernández de Cuevas, J.M. y Rodríguez Blas, M. del C. (2013) *Estadística de gasto sanitario público 2013, principales resultados*. Madrid, España: Secretaría General de Sanidad y Consumo. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España.

Londoño, J. L. y Frenk, J. (1998) *Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina*. Documento de Trabajo (353). Nueva York, E.U.A. Ministerio de Salud Colombia.

Madriñán, R.E. (1997) *El estado social de derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas.

Martínez, J. I. (1997) *Objeto de los derechos sociales: Igualdad material, condiciones materiales de vida y prestaciones*. En: ¿Qué son los derechos sociales? Cedecs, jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales. Barcelona, España. Recuperado de <http://vlex.com/vid/derechos-sociales-39332988#ixzz1molo3fnk>.

Marx, K., y Engels, F. (2014) *El manifiesto comunista* (1883). Ed. E-Artnow.

Medina González, S. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2012) *La intervención administrativa en materia de sanidad*. En: Capítulo XIX, libro: Parte especial del derecho administrativo, la intervención de la Administración en la sociedad. (2ª edición). Madrid, España: Ed. Colex.

Mesa-Lago, C. (2000, enero) *Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI*. Santiago de Chile, Chile: Revista Serie Políticas Sociales (36). CEPAL – ECLAC – ONU.

Ministerio de la Protección Social. (2004) *Diez Años del Sistema General de Seguridad en Salud: Balance y Futuro*. Medellín, Colombia: Facultad Nacional de Salud Pública.

Ministerio de la Protección Social, República de Colombia. (2007, junio) *Realización de la Encuesta Nacional de Salud, Colombia 2007. Instructivo para el diligenciamiento de encuestas a usuarios de IPS*. Bogotá D.C., Colombia. MSPS.

Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad de España. (2012) *Sistema Nacional de Salud*. [monografía en Internet]. Madrid, España. Recuperado en: www.msssi.gob.es.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. (2001, 19 de abril) *Concepto de destinación de recursos de salud - Carta Circular*. Bogotá D.C., Colombia: MSPS.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. (2010, Junio). *Cómo va la protección social, informativo de seguimiento y evaluación, monitoreo al Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá D.C., Colombia: MSPS.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. (2013) *Plan Decenal de Salud Pública, 2012 - 2021: La salud en Colombia la construyes tú*. Bogotá D.C., Colombia: MSPS.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. (2014, abril). *Informe de afiliados Base de Datos Única de Afiliación – BDUA*. Bogotá D.C., Colombia: MSPS.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2016) *Base de Datos de Prestadores*. <http://prestadores.minsalud.gov.co/habilitacion/>. Bogotá D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. (2016, enero) *Política de atención integral en salud, un sistema de salud al servicio de la gente*. Bogotá D.C., Colombia: MSPS.

Ministerio del Interior y de Justicia, República de Colombia. (2011) *El Estatuto Anticorrupción. Principales medidas*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional de Colombia, Ministerio del Interior y de Justicia.

Monsalve Arenas, G. (1998) *Las etapas de la seguridad social en Colombia. El derecho del trabajo y la seguridad social, realidades y proyecciones*. Bogotá D.C., Colombia: Colegio de Abogados del Trabajo, Editorial Legis.

Montaña Cuellar, D. (1996) *Memorias*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Nevado-Batalla Moreno, P. (2000) *Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública*. En: La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos. Coordinador: Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca, España: Editorial Ratio Legis.

Nevado-Batalla Moreno, P. (2003, enero) *Calidad de los Servicios*. Revista Estudios Socio Jurídicos. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Nevado-Batalla Moreno, P. (2010) *El desarrollo de actividades empresariales por la Administración: La instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la "huida del derecho administrativo" y las sociedades públicas en el sistema colombiano y español*. Bucaramanga, Colombia: Revista Iustitia (8), Ed. Universidad Santo Tomas Bucaramanga.

Nevado-Batalla Moreno, P. (2014) *Paradigmas de la mejora y el control de la gestión pública (transparencia, responsabilidad y calidad de los servicios) perspectivas desde el ordenamiento jurídico español*. Bucaramanga, Colombia: Revista Iustitia (12), Ed. Universidad Santo Tomas Bucaramanga.

Nevado-Batalla Moreno, P. (2015) *Función consultiva y garantía del Estado de Derecho (a propósito de un debate desleal)*. Valencia, España: Revista Española de la Función Consultiva (23).

Noriega, C., et al. (2006) *Financiamiento al sistema de salud en México. Serie Documentos de Trabajo. N°3*. Ciudad de México, México: Fundación Mexicana Para la Salud, Instituto Nacional de Salud Pública de México.

Nugent, Ricardo. (1997) *La Seguridad Social: su historia y sus fuentes*. Texto contenido en el compilado Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, coordinado por los profesores Nestor de Buen Lozano y Emilio Morgado

Valenzuela. Ciudad de México, México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México.

Organización Iberoamericana de Seguridad Social – OISS (1995). *Código Iberoamericano de Seguridad Social*. Madrid, España: http://www.oiss.org/IMG/pdf/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf.

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1944) *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*. Ginebra, Suiza; Recuperado de International Labour Organization: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A1. 2016.

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1998) *La seguridad social: Elemento estratégico en la lucha de los trabajadores y el pueblo latinoamericano. Agenda sindical para una verdadera seguridad social integral en américa latina hacia el nuevo milenio, documento final. Seminario taller los trabajadores y los sistemas de pensiones en el Área Andina*. Lima, Perú: recuperado de: <http://white.lim.ilo.org/ssos/aporsindi/rlima.html>.

Organización de las Naciones Unidas. (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Nueva York, E.U.A.; Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Organización Mundial de la Salud HSP-OPS/OMS. (2000, 24 de julio). *Perfiles de sistemas de servicios de salud en los países y lineamientos metodológicos para la elaboración de perfiles de los sistemas de servicios de salud*. Recuperado de: <http://www.americas.health-sector-reform.org>; Latin American Health Sector Reform Initiative.

Organización Mundial de la Salud. (2016) *Constitución de la Organización Mundial de la Salud: Principios*. Ginebra, Suiza; Recuperado de: <http://www.who.int/about/mission/es/>.

Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. (1997) *La Cooperación de la Organización Panamericana de la Salud en los procesos de reforma sectorial*, OPS/OMS. Washington D.C., E.U.A.: OPS.

Organización Panamericana de la Salud. (2002) *Perfil del sistema de servicios de salud de México. Segunda Edición*. Ciudad de México, México: OPS.

Organización Panamericana de la Salud. (2004) *Área de análisis de salud y sistemas de información sanitaria. Iniciativa regional de datos básicos en salud, glosario de indicadores*. Washington D.C., E.U.A.: OPS.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2016) *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de salud en México*. Paris, Francia: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/oecd-reviews-of-health-systems-mexico-2016_9789264230491-en. 2016.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2016) *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de salud*. Paris, Francia: OCDE Publishing. Recuperado de http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/oecd-reviews-of-health-systems-mexico-2016_9789264230491-en.

Ortiz Escobar, J. (1998) *Legislación laboral y seguridad social (3ª edición)*. Xalapa, México: Editorial SEC.

Osorio Hoyos, J. G. (2000) *Principios éticos de la investigación en seres humanos y en animales*. Presentado en el simposio del Comité de Ética durante la reunión anual de la Sociedad Argentina de Investigación Clínica en Mar del Plata, noviembre 1999. Buenos Aires, Argentina: Revista Medicina. (60, N°2).

Osuna Patiño, N. I. (1998) *Tutela y amparo: Derechos protegidos*. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Parédez Hernández, N. (2003) *Derecho a la salud: Su situación en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Centro de Investigación y Educación Popular, Programa por la Paz CINEP.

Pérez Luño, A. E. (1993) *Los Derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Presidencia de la República de Colombia. (2002) *Ampliación y mejoramiento de la protección y la Seguridad social*. Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2004) *Aseguramiento y financiación del sistema de seguridad social en salud - régimen subsidiado. Informe Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción, régimen subsidiado en salud (población y recursos)*. Bogotá D.C., Colombia.

Procuraduría General de la Nación. (2006, 11 de julio). *Informe sobre el Instituto de Seguros Sociales*. Bogotá D.C., Colombia: Recuperado de: www.procuraduria.gov.co.

Queisser, M. (1998) *The Second - Generation pension reforms in Latin America. Working Paper*. Paris, Francia: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE Publishing.

Radbruch, G. (1933) *Filosofía del derecho*. Trad. José Medina Echevarría. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.

Ramírez, J. M. (2000) *Reformas, crecimiento, progreso técnico y empleo en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Serie Reformas Económicas (59). CEPAL-ECLAD.

Rengifo, J. (1989) *La seguridad social en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.

Restrepo, D. I. (1991) *Transformaciones recientes en América Latina: La descentralización, mito y potencia, el caso colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Cuadernos de Economía (16), Universidad Nacional de Colombia.

Restrepo, D. I. (1992) *Neoliberalismo y reestructuración capitalista: Especialidad, descentralización y apertura. Rompiendo la corriente: Un debate al neoliberalismo*. Bogotá D.C., Colombia: Centro de Estudios e Investigación en Salud – CEIS.

Restrepo, D. I. (2001) *Descentralización y violencia en Colombia. El proceso de descentralización en la encrucijada, entre el cambio del modelo de desarrollo y la crisis del régimen político 1957-2000*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia.

Restrepo, J. y Salazar, V. (2001) *El seguro obligatorio de salud en Colombia, evolución, determinantes de la cobertura*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia - CIE.

Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, E. A. (2004) *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca, España: Ed. Ratio Legis.

Rodríguez Padilla, R. (2006) *Estado Social de Derecho y derechos humanos*. Separata especial de la Revista Número. Edición de septiembre de 2006. Recuperado de: <http://www.revistanumero.com/39sepa3.htm>.

Rodríguez Salazar, O. (2001, marzo) *Entrevista*. Revista Salud Colombia (56). Recuperado de: www.saludcolombia.com/actual/salud56/report56.htm

Rosas Vega, G. (2004) *El Problema de la salud: ¿Hasta cuándo?*. Bogotá D.C., Colombia: Revista Economía Colombiana (Julio-Agosto) Contraloría General de la República.

Ruiz Moreno, Á. G. (2004) *Nuevo derecho de la seguridad social*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Ruiz Moreno, Á. G. (2006) *La seguridad social: ¿función pública o privatización?*. Ciudad de México, México: Bibliojurídica Seguridad Social.

Sabán Godoy, A. (1991) *El Marco Jurídico de la Corrupción*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Saettone, M. (2004) *El estado de derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana*. Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos (40). Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr7.pdf>.

Saludcoop EPS. (2009) *Recurso de reposición contra el Auto 8021 de 3 de agosto de 2009 proferido por la Superintendencia Nacional de Salud*. Bogotá D.C., Colombia.

Saludcoop EPS. (2009) *Solicitud de nulidad de la actuación administrativa iniciada por el Auto 2741 de 20 de marzo de 2009 proferido por la Superintendencia Nacional de Salud*. Bogotá D.C., Colombia.

Saludcoop EPS. (2010) *Recurso de reposición contra la Resolución 29 de 11 de febrero de 2010, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud*. Bogotá D.C., Colombia.

Savedoff, W. D. y Hussmann, K. (2006) *Causas de la corrupción en el sector salud: El foco en los sistemas de atención médica: ¿Por qué los sistemas de salud son propensos a la corrupción?*. Artículo que hace parte del Informe Global de la Corrupción: Corrupción y Salud. Washington D.C., E.U.A.: BID - Transparencia Internacional.

Secretaría Federal de Salud de México. (2016, abril) *Acuerdo Nacional hacia la Universalización de la Salud*. Ciudad de México, México: Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/76997/ACUERDO_NACIONAL_FIRMADO_7_ABRIL_2016.pdf

Sen, Amartya. (2004) *La pobreza como privación de capacidades. Desarrollo y libertad*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.

Serna, I. (2009, 18 de abril) *Colombia como Estado Social de Derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Recuperado de: http://www.uniderecho.com/leer_articulo_derecho-en-general_7_1446.html

Smith, A. (1794) *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Valladolid, España: Editorial Oficina de la Viuda e Hijos de Santander.

Sojo A. (1997) *La Reforma finisecular del sector salud en América Latina y el Caribe: Su Derrotero e Instrumento*. San José, Costa Rica: Serie de Políticas Sociales, Las Políticas de Salud en el Umbral de la Reforma. UNICEF.

Sotelo, L.C. (2000) *Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico - políticas*. Bogotá D.C., Colombia: Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia.

Steiner, J. y Medellín, J. (2014) *Perspectivas fiscales 2014-2018*. Bogotá D.C., Colombia: Cuadernos Fedesarrollo (52).

Stiglitz, J. E. (1999) *El papel del gobierno en el desarrollo económico*. Bogotá D.C., Colombia: Cuadernos de Economía (Vol 18, N°30) Universidad Nacional de Colombia.

Stiglitz, J. E. (2002) *El malestar en la globalización*. Madrid, España: Santillana Ediciones Generales.

Suescún Melo, J. (2003) *Derecho privado: Estudios del derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.

Superintendencia Nacional de Salud. (2004) *Estatutos de Saludcoop EPS y autorización de funcionamiento*. Bogotá, Colombia: SNS

Superintendencia Nacional de Salud. Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud, República de Colombia. (2009) *Expediente Saludcoop EPS (Autos N°2741 de 20 de marzo de 2009, 8021 de 3 de agosto de 2009, 8028 de 6 de agosto de 2009 e informe final de visita del 11 de diciembre de 2009)*. Bogotá D.C., Colombia: SNS.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia. (2011) *Comunicación remitida por el Superintendente Nacional de Salud a la Contraloría General de la República del 29 de marzo de 2011*. Bogotá D.C., Colombia: SNS.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia. (2013, 30 de junio) *Informe cartera por venta de servicios de salud*. Bogotá D.C., Colombia: SNS.

Superintendencia Nacional de Salud. (2016). *Base de datos de entidades administradoras de planes de beneficios en el sector salud*. Bogotá D.C., Colombia: <http://www.supersalud.gov.co>.

Superintendencia Nacional de Salud (2017). *Informe de Gestión Vigencia 2016 enero 31 de 2017*. Bogotá D.C., Colombia. Superintendencia Nacional de Salud.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia (2017). Estadísticas Entidades de Medicina Prepagada. Bogotá D.C., Colombia: <https://docs.supersalud.gov.co/portalweb/supervisionriesgos/estadisticas%20entidades%20de%20medicina%20prepagada/forms/allitems.aspx>.

Tafur, L. A. (1996) *El sistema de salud de Colombia después de la Ley 100*. Cali, Colombia: Revista Colombia Médica (27), Universidad del Valle.

Tamayo Jaramillo, J. (2002) *De la responsabilidad civil. Tomo II*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Temis.

Tamayo Jaramillo, J. (2011) *Las Tensiones Entre el Estado Social y el Estado de Derecho*. Recuperado de: http://www.jurimprudencias.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=598.

Universidad Nacional de Colombia. (2011, mayo) *Estudio sobre el plan obligatorio de salud (pos) y el cálculo de la unidad de pago por capitación (UPC), contratado por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), Centro de Investigaciones para el Desarrollo – CID*. Bogotá D.C., Colombia: Facultad de Ciencias Económicas, el Instituto de Investigaciones Clínicas –IIC y la Facultad de Medicina Universidad Nacional.

Velásquez Gómez, I. (1999) *Manual de derecho disciplinario. Segunda Edición*. Ltda., Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.

Vélez Correa, L. A. y Maya Mejía, J. M. (2003) *Ética y salud pública*. Medellín, Colombia: Corporación para Investigaciones Biológicas, CIB.

Vida Soria, J. et al. (2008) *Manual de seguridad social. Cuarta Edición*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Vivas Barrera, T. G. (2013) *El amparo mexicano y la acción de tutela colombiana. un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica*. Bogotá D.C., Colombia: Revista Pensamiento Jurídico (33), Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37883>.

Villoria M, Oset M. (2007) *La corrupción Urbanística: Conceptos Básicos. En VVAA, urbanismo y democracia, alternativas para evitar la corrupción*. Madrid, España: Editorial Fundación Alternativas.

Yepes Delgado, C. (2006) *Atención primaria en salud, más pertinente que nunca*. Medellín, Colombia: Revista Investigación y Educación en Enfermería, Universidad de Antioquia.

Zagrebelsky, G. (2011) *El derecho dúctil*. Torino, Italia: Editorial Trotta.

ANEXO NORMATIVO COLOMBIANO

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (1988). Ley 11 de 1988 Por la cual se consagran unas excepciones en el régimen del Seguro Social para los trabajadores del servicio doméstico. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 516 de 1999. Por medio de la cual se aprueba el "Código Iberoamericano de Seguridad Social". Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2005). Acto Legislativo 1 de 2005 (Seguridad Social). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado (2009). Acto Legislativo 2 de 2009. Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política (Seguridad social en salud). Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Secretaría General del Senado. (2016). Edición Actualizada Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia.

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. Acuerdo 08 de 1994. Bogotá D.C., Colombia.

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia. Acuerdo 260 de 2004. Bogotá D.C., Colombia.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa (2016). Constitución Política de Colombia de 1991. Edición actualizada. Bogotá D.C., Colombia; Centro de Documentación Judicial (Cendoj) Biblioteca Enrique Low Murtra-Belm.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia (2015). Resolución N°1880 de 2015. Bogotá D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia (2015). Resolución N°2230 de 2015. Bogotá D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia (2015). Resolución N°5593 de 2015. Bogotá D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social, República de Colombia (2016). Resolución N°6411 de 2016. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1183 de 1984. (1984) Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1485 de 1994. (1994) Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1018 de 2007. (2007) Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 019 de 2012. (2012) Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1164 de 2014. (2014) Bogotá D.C., Colombia.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia. (2007 y 2010). Resoluciones N°028 y 263 de 2007 y 296 y 983 de 2010. Bogotá D.C., Colombia.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia (2015). Resolución N°2414 de 2015. Bogotá D.C., Colombia.

Superintendencia Nacional de Salud, República de Colombia. (2015). Circular 20. Bogotá D.C., Colombia.

ANEXO JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Derechos fundamentales, derecho a la salud, derechos del minusválido.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-449 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Estado Social de Derecho, derecho a la dignidad y derecho a la seguridad Social.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Derecho a la salud, derecho a la vida y derechos fundamentales.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Derechos del enfermo, Estado social de derecho, gratuidad del servicio público de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-571 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Estado social de derecho, derecho a la seguridad social, derechos fundamentales, derecho a la salud, derecho a la vida, derechos prestacionales y derecho a la asistencia pública.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-111 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Naturaleza del derecho a la seguridad social, carácter permanente de la atención médica, asistencia obligatoria en el derecho a la salud y servicio público de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Derecho a la seguridad social, concepto de seguridad social, principio de solidaridad y derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-328 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Derecho a la salud y derecho a la atención médica.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-366 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Derecho al ambiente sano, derecho a la salud y salubridad pública.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-337 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Colombia. 1993. Concepto de ley orgánica, principio de universalidad, principio del equilibrio presupuestal, prestación de servicios públicos, deberes sociales del estado y gasto público social.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Colombia. 1993. Derecho a la salud, derecho a la integridad personal, derecho a la vida y derechos del interno.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-597 de 1993, M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., Colombia. 1993. Protección del derecho a la salud, derechos prestacionales, derechos de aplicación inmediata.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-447 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia. 1994. Prevalencia del derecho a la salud del niño, derecho a la unidad familiar.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1992. Estado social de derecho, función distributiva del Estado, principio democrático, subsidio para tarifas de servicios públicos.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia SU-256 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia. 1996. Inoperancia de la conciliación sobre

derechos fundamentales frente al núcleo esencial de los derechos, derecho a la salud de trabajadores con enfermedades crónicas y contagiosas.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia SU-111 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá D.C., Colombia. 1997. Derecho a la salud, contenido prestacional del derecho a la seguridad social, derecho a la vida, incumplimiento de requisitos legales en el servicio público de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia SU-559 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá D.C., Colombia. 1997. Estado de cosas inconstitucional. Situado fiscal en materia educativa, derecho a la educación, prestación del servicio público de educación, deber de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá D.C., Colombia. 1997. Seguridad social en el Estado social de derecho, efectividad y protección de los derechos a la salud y seguridad social, Obligación del Estado de prestar plan de atención básica en salud, Delegación para prestación del servicio público de salud en las EPS, recursos del sistema de seguridad social en salud tienen carácter parafiscal.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-577 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1997. Contribuciones parafiscales, recursos del Sistema General de Seguridad Social.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia. 1998. Carácter prestacional y definición del derecho a la salud fundamental por conexidad, condiciones de gravedad en el derecho a la vida digna.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia. 1998. Legitimidad del Estado social de derecho, principio de eficiencia de la seguridad social, estado de cosas

inconstitucional, ineficiencia administrativa para resolver derechos de petición a jubilados.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia. 1998. Hacinamiento en establecimientos carcelarios, estado de cosas inconstitucional.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Bogotá D.C., Colombia. 1999. Carácter prestacional en el derecho a la salud y derechos prestacionales a la seguridad social, derechos sociales, económicos y culturales, principio de solidaridad, objeto del sistema integral de seguridad social, alcance del régimen subsidiado de seguridad social en salud, presupuestos para considerar fundamentales los derechos a la salud y a la seguridad social, seguridad social como servicio público esencial y como servicio privado de interés público, naturaleza de los regímenes contributivo y subsidiado de seguridad social en salud, objeto del Fondo De Solidaridad y Garantía, Plan Obligatorio De Salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Colombia. 2000. Código Iberoamericano de Seguridad Social, doble connotación e importancia de la seguridad social en el Estado social de derecho.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2001. Seguridad social y salud como servicios públicos, libertad de configuración legislativa en seguridad social en salud, organización, funcionamiento y administración del sistema de seguridad social en salud, libertad de empresa en servicio público de salud, grado de intervención del Estado en el servicio público de salud, entidades promotoras de salud en la libertad económica, libre competencia en el sistema de seguridad social en salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-749 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia. 2001. Acción de tutela contra empresa de medicina prepagada, derecho a la salud, cirugías estéticas que deben cubrirse, derecho a la salud, tratamiento para aliviar dolor.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia. 2001. Derecho a la salud en conexidad con la vida, alcance del derecho a la vida digna, acción de tutela – protección preventiva y no sólo en casos de gravedad, derecho fundamental autónomo a la salud del adulto mayor.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1279 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Colombia. 2001. Derecho a la salud, negativa de prestación de servicios por parte de las EPS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., Colombia. 2002. Regímenes distintos de seguridad social en salud no vulneran la Constitución, características esenciales y prestación de la seguridad social, características del derecho a la seguridad social, libertad de configuración legislativa en sistema de seguridad social en salud; regímenes distintos de afiliación en la seguridad social en salud, regímenes contributivo y subsidiado de seguridad social en salud, protección constitucional del derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., Colombia. 2002. Deberes de las entidades promotoras de salud, obligación de reembolso de gastos por administradora de régimen subsidiado, derecho a la salud de menor de edad.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia. 2002. Derecho a la salud es fundamental por conexidad con la vida, protección a personas en circunstancias

de debilidad manifiesta, deberes de las entidades promotoras de salud, derecho a la salud del disminuido físico y psíquico, suministro de tratamiento y medicamentos por administradora del régimen subsidiado a persona en circunstancias de debilidad manifiesta.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Colombia. 2002. Protección constitucional especial y régimen normativo del discapacitado, derecho a la igualdad del discapacitado, libertad de locomoción de discapacitados, servicio público de transporte para discapacitados.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-676 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., Colombia. 2002. Regulación de servicios exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Colombia. 2003. Función de regulación de servicios públicos e intervención del Estado en la economía, régimen de regulación de los servicios públicos, principios del Estado Social de Derecho y de la democracia participativa.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia. 2003. Concepto de derechos fundamentales, concepto de dignidad humana.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-858 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C., Colombia. 2003. Derecho a la seguridad social, deberes frente a los administrados en el Estado social de derecho, emisión de bonos pensionales.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia. 2003. Derecho fundamental a la salud, relevancia constitucional del contenido del plan obligatorio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-1040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., Colombia. 2003. Objeto del sistema integral de seguridad social, eficiencia como principio fundamental en el servicio público de seguridad social, origen y carácter parafiscal de los recursos en el servicio público de seguridad social en salud, cotización en seguridad social, unidad de pago por capitación, recursos, ganancias y gravámenes de la institución prestadora de salud y entidad promotora de salud, impuesto de industria y comercio en EPS e IPS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Derechos de los desplazados internos, política pública de atención a población desplazada, recursos para proteger los derechos fundamentales de desplazados, estado de cosas inconstitucional en la población desplazada, derechos sociales prestacionales.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-198 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia. 2004. Exclusión de cirugía estética en el plan obligatorio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-824 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá D.C., Colombia. 2004. Objetivo de la seguridad social en salud, seguridad social como servicio público de carácter obligatorio, destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social, carácter parafiscal de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, financiación y administración en los regímenes del sistema de seguridad social en salud, régimen contributivo de salud, unidad de pago por capitación, administración y manejo de recursos de la seguridad social en entidad promotora de salud y administradora del régimen subsidiado, exención tributaria en materia de seguridad social, exención del gravamen a movimientos financieros respecto de recursos del sistema general de seguridad social en salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-935 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá D.C., Colombia. 2005. Derecho a la salud de persona de la tercera edad como fundamental autónomo.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1026 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2005. Acción de tutela contra entidad promotora de salud por vulneración a la salud en conexidad con la vida digna, traslado a otra ciudad de usuario para realizar tratamiento médico.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1138 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2005. Derecho a la salud como fundamental por conexidad con la vida digna, requisitos para suministro de medicamentos y tratamientos excluidos del POS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-490 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia. 2006. Derecho a la salud y tratamientos estéticos excluidos del POS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2006. Derecho a la salud como fundamental por conexidad, requisitos concurrentes de acción de tutela de un derecho prestacional, derecho a la salud de persona de la tercera edad y del menor, implicación de las cotizaciones en el régimen contributivo de salud, principio de continuidad por entidad promotora de salud para proteger derechos fundamentales.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-662 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., Colombia. 2006. Alcance de los derechos prestacionales, carácter de fundamental del derecho a la salud por transmutación en derecho subjetivo o por conexidad, requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS, procedencia de la acción de tutela contra

empresa de medicina prepagada, principio de confianza legítima en materia de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1035 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2006. Prevalencia de los derechos del niño en atención del régimen contributivo de salud, derecho a la salud de bebé de beneficiaria de entidad promotora de salud, nieta de cotizante, derecho a la seguridad social de bebé prematuro, derecho a la salud de recién nacido.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, elementos que garantizan el derecho a la salud; protección del derecho a la salud a través de tutela.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-060 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Derecho a la salud, fundamental por conexidad; carácter subjetivo del derecho a la salud; tratamiento excluido del POS, régimen de seguridad social en salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-073 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Derecho a la salud del menor como derecho fundamental.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-148 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Protección reforzada del derecho a la salud del menor, fundamental por conexidad, derecho a la continuidad en el servicio de salud, inaplicación de normas del plan obligatorio de salud por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-770 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Procedencia de la acción de tutela contra entidad promotora de salud; eficiencia, continuidad y universalidad de la cobertura de los servicios públicos, derecho a la salud como derecho fundamental

frente a sujetos de especial protección, facultades del Superintendencia Nacional de Salud, derecho a la salud de persona de la tercera edad, principio de continuidad en el servicio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Aplicación del régimen de seguridad social en salud de pareja homosexual, cobertura del plan de salud obligatorio en el régimen contributivo, integración de la pareja homosexual al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia. 2007. Libertad de empresa y de libre competencia en relación con servicios de salud, limitación por modelo de mercado regulado, justificación a la limitación al modelo de libertad de empresa y de libre competencia en materia de seguridad social en salud, destinación de los recursos de la seguridad social en salud y financiación del sistema, financiamiento con recursos del FOSYGA de la Comisión de Regulación en Salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-073 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., Colombia. 2008. Derecho a la salud de persona de la tercera edad como fundamental autónomo, derecho a la salud y la vida en enfermedad que genera limitación física y depresión.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Estado de Cosas Inconstitucional en Salud. Bogotá D.C., Colombia. 2008. Declara el estado de cosas inconstitucional en materia de salud; derecho a la salud es autónomo y fundamental, derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, procedencia de la tutela para garantizar el derecho a la salud, deber de protección por parte de los organismos de regulación y vigilancia del Sistema, pronunciamiento sobre la revisión de 22 sentencias de tutela respecto del derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1178 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2008. Protección especial al adulto mayor, derecho a la salud como fundamental autónomo, procedencia de la acción de tutela contra entidad promotora de salud por vulneración al derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-471 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia. 2010. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, acceso a tratamiento médico o medicamento excluido del POS por orden de fallo de tutela.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-689 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2010. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, derecho a la salud y suministro de medicamentos sin limitarse a su denominación genérica.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-744 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2010. Derecho a la salud del enfermo de VIH, derecho a la salud como derecho constitucional fundamental y servicio público esencial, principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, derecho a la salud y principio de integralidad.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-022 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia. 2011. Protección reforzada a la salud en los sujetos de especial protección constitucional, derecho a la salud del adulto mayor, principio de integralidad en la prestación del servicio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-845 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia. 2011. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en niños, niñas y adolescentes, reglas jurisprudenciales sobre procedencia de acción de tutela para obtener prestaciones excluidas del POS, cubrimiento de gastos de transporte por las EPS, suministro de medicamentos y el derecho a la salud, a la vida digna y a la seguridad social.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-955 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia. 2011. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, régimen contributivo y subsidiado en el sistema de seguridad social en salud, principio de integralidad del sistema de seguridad social en salud, requisitos de la acción de tutela para ordenar traslado en ambulancia o subsidio de transporte, incluido el alojamiento y suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos excluidos del POS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-057 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., Colombia. 2012. Derecho a la salud mental como derecho fundamental por conexidad con la vida, obligación estatal de brindar tratamientos para trastornos afectivos, mentales y del comportamiento y de adicción a sustancias psicoactivas o fármaco dependencia, cobertura bajo el principio de solidaridad familiar con personas que padecen de trastorno afectivo bipolar.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-344 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia. 2012. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, cobertura universal del sistema general de seguridad social en salud, derecho a la salud de sujetos de especial protección como derecho fundamental autónomo, procedencia y reglas de la acción de tutela para ordenar suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS, pagos moderadores no pueden obstaculizar el derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-355 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia. 2012. Derecho a la salud - fundamental con referencia la salud psíquica, exigibilidad de medicamentos, procedimientos y servicios no incluidos en el POS, reglas de procedencia de la acción de tutela para ordenar suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS, Atención estatal especial a quien padece problemas de

fármacodependencia o drogadicción como sujeto de especial protección, obligación subsidiaria del Estado de asumir el costo de servicios de salud no incluidos en el POS cuando persona que los requiere no tiene capacidad económica, reembolso de servicios de salud no cubiertos por el POS a cargo del FOSYGA o entidades territoriales.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia. 2012. Deber de las EPS de prestar el servicio de salud de acuerdo con el principio de integralidad, derecho fundamental a la salud y principio de integralidad.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombia. 2013. Estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario; persistencia del estado de cosas inconstitucional en establecimiento carcelario y en materia de hacinamiento carcelario; violación grave y sistemática del derecho a la salud en la crisis del sistema penitenciario y carcelario; niños, niñas, extranjeros, personas con orientaciones sexuales diversas, indígenas y afrodescendientes privados de la libertad en establecimientos carcelarios, como sujetos de especial protección constitucional; derecho a la salud, a la integridad física y mental y a vivir en un ambiente salubre e higiénico de las personas privadas de la libertad; hacinamiento de personas privadas de la libertad y reglas de equilibrio y equilibrio decreciente.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-024 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., Colombia. 2014. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, personas en situación de discapacidad-protección en el ordenamiento constitucional, inaplicación de normas del plan obligatorio de salud, subreglas sobre los requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS, incapacidad económica en materia de salud, principio de solidaridad social con los enfermos mentales, acción de tutela contra EPS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-268 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia. 2014. Protección constitucional del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, pactos internacionales de derechos Humanos, desarrollo de instrumentos de protección de derechos para sujetos de protección especial, derecho a la continuidad en el servicio de salud, derecho a la libre escogencia de entidad promotora de salud, derecho a la libre escogencia de IPS por parte del usuario, derecho de la EPS a escoger con que IPS contratar, posibilidad de autorizar la realización de terapias alternativas a menores discapacitados.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Control Previo de Constitucionalidad Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015. Bogotá D.C., Colombia. 2014. Definición, naturaleza, principios, contenido y ámbito de aplicación del derecho fundamental a la salud, definición del sistema de salud, consulta previa de medidas legislativas a las comunidades y grupos étnicos, implicaciones de políticas públicas, jurisprudenciales y legales del derecho fundamental a la salud en proyecto de ley estatutaria.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-613 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia. 2014. Derecho a la salud como derecho fundamental y servicio público, procedencia de la tutela para amparar el derecho fundamental a la salud, deber de las EPS de prestar el servicio de salud sin dilaciones, derecho a la salud y principio de integralidad en la prestación del servicio, derecho a la salud, a la vida digna y a la seguridad social.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-012 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., Colombia. 2015. Adopción de medidas concretas y específicas para garantizar el derecho fundamental a la salud frente a sujetos de especial protección como niños, niñas y adultos mayores, derecho a la salud y a la vida digna, transporte y alojamiento en el sistema de salud y su nexo con el principio de integralidad.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-043 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia. 2015. Derecho fundamental a la salud y farmacodependencia o drogadicción en el ordenamiento jurídico nacional, derecho a la salud de habitantes de la calle, enfermedad de drogadicción como problema de salud pública.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-171 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia. 2015. Naturaleza y alcance del derecho fundamental a la salud, derecho a la libre escogencia de IPS por parte del usuario y derecho de la EPS a escoger con que IPS contratar, procedencia excepcional de la acción de tutela para reembolso de gastos médicos.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-239 de 2015, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Bogotá D.C., Colombia. 2015. Derecho fundamental a la salud frente a sujetos de especial protección (énfasis en niños, niñas y adultos mayores), protección constitucional especial de paciente con cáncer, principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la cual debe ser oportuna eficiente y de calidad; criterios constitucionales para acceder a servicios no POS; derecho fundamental al diagnóstico como parte del derecho a la salud; derecho a la salud, a la vida y a la seguridad social del adulto mayor.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-380 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., Colombia. 2015. Aplicación del derecho fundamental a la salud; principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la cual debe ser oportuna eficiente y de calidad; presupuestos para el acceso a servicios médicos no incluidos en el POS que se requieren con necesidad; derecho fundamental al diagnóstico como parte de la salud; principio de continuidad en el servicio de salud; reglas jurisprudenciales sobre la prueba de incapacidad económica en materia de salud; acción de repetición, obligación subsidiaria del estado de asumir el costo de servicios de salud no incluidos en el POS cuando persona que los requiere no tiene capacidad económica, requisitos del recobro ante el

FOSYGA. Tratamiento integral como presupuesto para el derecho a la salud de niños y niñas.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-002 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la cual debe ser oportuna eficiente y de calidad, transporte y alojamiento en el sistema de salud y su nexos con el principio de integralidad, inclusión en el POS del servicio de transporte o traslado de pacientes para el régimen contributivo y el subsidiado.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-010 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Protección constitucional especial del derecho a la salud a personas que padecen problemas de farmacodependencia y/o drogadicción, internación para manejo de enfermedad en salud mental incluida dentro del POS.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-098 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Derecho a la salud y su relación con el suministro oportuno de medicamentos, principio de continuidad e integralidad en el servicio público de salud, reglas jurisprudenciales para la exoneración de cuotas moderadoras y copagos, requisitos para el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del POS, derecho de acceso al servicio de salud que se requiere con necesidad, principio de solidaridad con persona de la tercera edad.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-100 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Derecho a la salud y suministro de medicamentos por parte de las EPS, ordenados por médico diferente a los de su red prestacional; derecho a la salud como derecho fundamental, derecho fundamental al diagnóstico como parte del derecho a la salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-115 de 2016, M.P. Luir Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Derecho a la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable, derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, estructura financiera del sistema de seguridad social en salud, naturaleza jurídica de las cuotas moderadoras y copagos, acción de tutela para exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-296 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Protección reforzada al derecho fundamental a la salud del adulto mayor, subsistema de salud de las fuerzas militares y de la policía nacional, derecho a la libre escogencia en el sistema de seguridad social en salud, prohibición de afiliación simultánea en regímenes exceptuados o especiales y el sistema general de seguridad social en salud, derecho a la continuidad en el servicio de salud.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-362 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., Colombia. 2016. Naturaleza y alcance del derecho fundamental a la salud, principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, derecho fundamental a la salud de niños y niñas, prestación efectiva y continua de los servicios de salud y derecho a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida.
