

TENSIONES INSTITUCIONALES EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

Katherine Flórez Pinilla

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Económico (c), Universidad Externado de Colombia; Economista, Universidad Industrial de Santander. Docente - Investigadora Universidad Santo Tomás - Seccional Bucaramanga.
E-mail: katheflorezpinilla@gmail.com

Resumen

Analizar el diseño institucional de la prestación de servicios de salud en Colombia, resulta indispensable para comprender los resultados de las políticas de salud actuales. Para este fin, se tomó como referencia las instituciones y las organizaciones que han dado forma al actual modelo que identifican dos niveles de tensión. El primer nivel suscitado por las tensiones inherentes a la prestación de servicios de salud o la asistencia sanitaria como bien económico, el cual se ha defendido desde mecanismos de provisión de mercado hasta mecanismos totalmente centralizados comandados por el Estado. Cada uno de estos esquemas genera tensiones entre los actores directamente implicados en la provisión y en la demanda, tales como los pacientes, médicos, prestadores, aseguradoras y Estado. El segundo nivel se refiere a las tensiones institucionales que se han manifestado desde la puesta en marcha del sistema colombiano y las garantías constitucionales, en las cuales la Corte Constitucional ha delineado nuevas formas de prestación.

Palabras clave

Instituciones formales, organizaciones, sistema de salud, competencia regulada, tutelas.

Abstract

Analyzing the institutional design of the health services in Colombia, it is essential to comprehend the results of the actual health policies. In order to accomplish this, it was taken as reference the institutions and organizations that have given form to the actual model, where can be seen two levels of tensions. The first level comes from the tensions inherited by the health services or the sanitary assistance as an economic commodity, which has been defended like a mechanism that provides the market to a totally centralized mechanism commanded by the State. Each one of those schemes generate a tension between the directly implicated actors in the supply and demand system, such as patients, physicians, providers, insurance companies and the State. The second level refers to the institutional tensions that have been manifested since the start of the Colombian system and the constitutional guarantees, on which the Constitutional Court has outlines new forms of services.

Key Words

Formal institutions, organizations, health care, regulated competition, health system



Camino a la "Laguna Colorada"

TENSIONES INSTITUCIONALES EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO*

Katherine Flórez Pinilla

De acuerdo con Douglass North (1990) las instituciones son las principales causantes del desempeño económico y social de las sociedades, son las que definen tanto los sistemas y las estructuras de producción, los esquemas de intercambio y de consumo, así como también los esquemas mentales de las personas. Cualquier actividad económica, cualquier proceso de regulación y cualquier organización están regidos por cierto marco institucional que influencia su actuación y desempeño ante la sociedad¹.

Un estudio de las instituciones colombianas puede ser el punto de partida para analizar el desempeño económico del país, según la visión económica-institucional de North (1995, 13), según la cual, las instituciones constituyen *reglas de juego*² que definen, incentivan o moldean el comportamiento de los integrantes de una sociedad, éstos últimos denominados *jugadores* (que pueden tener forma de empresas, organizaciones sin ánimo de lucro y agrupaciones, entre otras). Tales reglas del juego, según interpreta el autor, pueden ser *formales* o *informales*, las primeras aluden a la estructura misma del derecho positivo, tales como Constituciones, leyes y contratos; las segundas constituyen elementos propios de la cultura (convenciones, acuerdos recíprocos, códigos de conducta, reglas morales asociadas a ideologías, religiones y otros) que han determinado la convivencia y la trayectoria histórica de las sociedades.

* El artículo reflexiona sobre el diseño institucional de la prestación del servicio de salud en Colombia, en el marco del proyecto de investigación: Derecho, Política y Sistema de Salud en Santander 1996 – 2008, de la Línea Administración y Gobierno del Estado Social de Derecho, Grupo Derecho Público Usta-Bga.

- 1 Esta postura en economía abre una nueva perspectiva de investigación frente a los postulados metodológicos imperantes en la disciplina, según los cuales el estudio de la economía se debía diferenciar del estudio de las instituciones, del derecho y de la política.
- 2 El autor realiza la analogía con las reglas de juego en los deportes.

En este sentido, el funcionamiento de las instituciones (reglas del juego), las organizaciones³ y sus integrantes (jugadores) llevan a cabo actividades deliberadas para lograr los objetivos que se proponen dadas unas reglas instauradas y como resultado de sus decisiones se direcciona el cambio institucional. Para poder entender el papel de las organizaciones en este esquema teórico, North retoma el argumento de Ronald Coase, el cual afirma que los costos de transacción son la base de la existencia de las organizaciones (y especialmente de la empresa), debido a que los costos de búsqueda, negociación y monitoreo para el cumplimiento obligatorio de los acuerdos entre agentes, hacen preferible consolidar organizaciones que negociar por separado e individualmente todos los intercambios. En este sentido, North afirma que las “Instituciones [constituyen] la extensión necesaria del modo en que los humanos procesan la información” y reducen la incertidumbre propia de la “interacción humana” (North, 1995, 16).

En este sentido, North señala que la relación y retroalimentación entre instituciones y organizaciones determinan la vía del cambio institucional:

“Las instituciones, junto con las limitaciones ordinarias de la teoría económica, determinan las oportunidades que hay en una sociedad. Las organizaciones u organismos son creados para aprovechar esas oportunidades y, conforme evolucionan los organismos, alteran las instituciones” (North, 1995, 19).

Analizar el diseño institucional del sector salud en Colombia y las tensiones que de él han emergido entre instituciones y organizaciones supone identificar las *instituciones* y las *organizaciones* en el Sentido de North y con ello las interacciones que han dado lugar a cambios y a la evolución misma del sistema. En cuanto a las instituciones del sistema de salud colombiano se debe destacar que entre éstas existe constante tensión, tal como la evidenciada entre la Constitución Política y la ley que propone y desarrolla los medios para alcanzar los derechos conferidos en la primera. Además por su enfoque sistémico las normas o instituciones formales creadas específicamente para el sistema de salud se tensionan con otras propias del funcionamiento del Estado (especialmente los gobiernos central y descentralizado y las finanzas, entre otras) y del actuar de los actores privados (en este caso empresas y usuarios).

Sin embargo, el problema institucional del sistema de salud colombiano no subyace sólo del funcionamiento del sector, emerge de la propia concepción o teoría económica dispuesta para su diseño, elemento descuidado en los análisis políticos

3 North se refiere a las organizaciones como los *jugadores* dadas las reglas, las cuales se reflejan en los “organismos políticos (partidos políticos, el Senado, el cabildo, una agencia reguladora), cuerpos económicos (empresas sindicatos, ranchos familiares, cooperativas), cuerpos sociales (iglesias, clubes, asociaciones deportivas), y órganos educativos (escuelas, universidades, centros vocacionales de capacitación).” North (1995, 15). Sobre estos y su interacción con las institucionales recae el cambio institucional.

del sector salud⁴. En este sentido, se desarrollará el presente artículo a partir de la tensión teórica vigente para abordar luego las tensiones entre instituciones formales y las mismas entre instituciones y organizaciones.

1. TENSIÓN TEÓRICA

1.1. El mercado como proveedor de salud

En un estudio anterior (Flórez, 2010) se discutió el papel del modelo económico inmerso en el diseño del sistema de salud Colombiano, influenciado por la teoría de la competencia regulada de Alain Enthoven (1989), el cual emergió de los límites de un modelo de mercado para la prestación de asistencia sanitaria. Un modelo de mercado no puede asignar eficientemente los recursos dedicados a la salud, debido a varios fenómenos particulares que afectan al bien asistencia sanitaria.

(...) el bien *asistencia sanitaria* es un bien escaso y limitado, excluye y rivaliza el consumo entre personas, por lo cual motiva la competencia para su obtención. Tales bienes, en teoría, deben ser provistos por particulares, que dado su ánimo de lucro también competirán por ofrecer el mejor producto y la mayor cantidad. Esta interacción entre demandantes y oferentes alrededor de un bien, determina automática y espontáneamente el precio y la cantidad óptima de intercambio, a este fenómeno se le conoce como mercado (Flórez, 2010, 5).

El primer fenómeno relacionado con la poca sensibilidad de este bien con la escasez y, por tanto, con los precios. El bien asistencia sanitaria depende de una demanda no-voluntaria, por lo cual la persona no elige un estado de salud determinado ni una cantidad de bienes y servicios relacionados de acuerdo a precios.

En segundo lugar, el intercambio de bienes se efectúa en un contexto de asimetría de información entre las partes, en este caso médico y paciente, puesto que el segundo es quien determina los bienes de consumo del primero para satisfacer su necesidad, a este fenómeno se le denomina *demanda inducida*.

Dadas estas fallas inherentes, los defensores del mercado han propuesto el mecanismo del aseguramiento como forma para distribuir el riesgo propio de la incertidumbre de adquirir una enfermedad. Pero tal mecanismo no está exento de fallos pues el problema de la información asimétrica y la actitud hacia el riesgo por parte de asegurados y aseguradores incide en la presencia de tres fallos o problemas básicos: selección adversa, riesgo moral y selección de riesgos. El primero se refiere

4 Los proyectos de reforma del sistema no han indagado este punto, la organización del mismo la toman como dada.

a los incentivos de los aseguradores a no asegurar (acabar el mercado) puesto que no conocen la información de los asegurados, quienes tienen incentivos para ocultar su carga de enfermedad y perfil epidemiológico; el segundo, corresponde al comportamiento del asegurado después de adquirir el seguro, el cual tendería a no tomar precauciones y cuidados a la salud. Por último, la selección de riesgos alude a la tendencia de las aseguradoras a seleccionar los asegurados según estado de salud y evitar los altamente propensos a sufrir enfermedad o aquellos que padecen enfermedades costosas.

1.2. El Estado como proveedor de salud

Ante las dificultades del mercado libre, el Estado ha ensayado una política proteccionista sobre la salud, por medio de su gestión y provisión directa a partir del gasto público. Los Estados pueden diseñar sistemas de salud que incluyan mecanismos de aseguramiento o por medio de provisión directa de servicios. Estos han sido llamados los Servicios nacionales de salud que incluyen acceso y cobertura universal, racionamiento implícito, provisión pública regulada y profesionales empleados por el Estado, sector privado residual o alternativo (López y Ortún, 1998, 45-47).

No obstante, este modelo al igual que el de mercado, posee problemas de incentivos, al ser la provisión gratuita para el consumidor (paciente), este no tendrá incentivos para procurar su cuidado y prevención de enfermedad, por lo cual, promueve mayor consumo de asistencia sanitaria entre los ciudadanos, en este sentido Stiglitz (2003) señala:

“el gasto fiscal fomenta tanto la adquisición de seguros médicos como el propio gasto médico, por lo cual inducen a la gente a consumir más servicios y a preocuparse menos por su costo”.

Un segundo incentivo que posee este modelo es al poco racionamiento por parte de los gestores y proveedores por lo cual se provee una atención sub-óptima a mayores costos.

1.3. Esquemas mixtos y la importancia de las *reglas de juego*

Frente a los obstáculos que plantea tanto el modelo de mercado como el de provisión pública estatal, se ha coincidido en diseñar modelos mixtos que combinen las ventajas de uno y otro esquema y hagan frente a sus límites. Uno de los modelos mixtos es el aplicado en Colombia, denominado Competencia Manejada por su principal expositor Alain Enthoven (1989). Enthoven propone un modelo pro-*eficiencia* como único medio y condición necesaria para lograr la *equidad*, para el autor eficiencia-equidad no constituyen indicadores excluyentes e incompatibles en el sistema de salud, siguiendo a Restrepo (2000, 674-675), se refiere a una relación articulada y condicionante entre los dos, puesto que no es posible proveer salud para todos sin

maximizar los recursos disponibles y este cometido es alcanzado potencializando la funcionalidad del mercado.

Pero para lograrlo es necesaria la acción estatal por medio de reglas de juego que permita y garantice la competencia que promueva el desarrollo de mecanismos de aseguramiento y elimine los incentivos para comportamientos oportunistas en el entorno de incertidumbre e información asimétrica.

Al poner la presión del mercado sobre los proveedores para reducir costos, las reformas del mercado de la promoción de la competencia funcionan sólo si todos los que pueden contribuir a la financiación del sistema lo hacen, puesto que, resalta Enthoven, no funcionaría un sistema en que todos estén cubiertos pero sólo unos paguen, incentivaría la presencia de *free riders*, por tanto, la distorsión de modelo (Enthoven, 1993, 41-42).

De acuerdo a la conceptualización anterior, un modelo mixto debe prever las tensiones institucionales que se pueden presentar en los sistemas de salud las cuales surgen de la misma naturaleza y de los intereses contrapuestos de los agentes que interactúan en él. En un esquema mixto como el que propone Enthoven se espera el mejor comportamiento de los agentes del modelo o el comportamiento cooperativo, el objetivo es buscar los incentivos adecuados que promuevan dichas conductas.

Tabla 1. Conductas apropiadas entre instituciones

Qué esperan los/ de	Pacientes	Profesionales	Instituciones productoras	Agencias compradoras	Financiador	Ciudadano contribuyente
Pacientes		Juramento hipocrático	Comodidad	Acceso ilimitado	Gratuidad	Solidaridad
Profesionales	Conductas apropiadas		Satisfacción (retribución + otros)	Libertad clínica	Suficiente financiación	Adhesión
Instituciones productivas	Consumo racional de servicios	Agencia perfecta+ amplitud		Financiación estable	Transparencia	Lealtad
Agencias de compra	Utilización adecuada del sistema	Actitud	Tarifas mínimas		Suficiencia	Elección
Financiador	Racionalidad individual	Ética	Eficiencia	Cobertura comprehensiva		Racionalidad colectiva
Ciudadanos contribuyentes	Racionalidad individual, seguro prudente	Ética+ Eficiencia	Externalidades de opción	Reputación excelencias + costo mínimo	Baja fiscalidad	

Nota. Tomado de López, G.&Ortún, V. (1998, 26).

Tal como se mencionó en Flórez (2010), la competencia regulada se basa en una institución que señala las reglas de juego del mercado de la salud denominad*opatrocinador*, supone que puede actuar como ente imparcial, que puede emitir reglas que moldeen la interacción entre oferentes y demandantes hacia la eficiencia, además de establecer los elementos coordinadores del mercado tales como el mecanismo de aseguramiento, producto, el precio (la prima de seguro) y las reglas de entrada y salida del mismo. Con estas reglas se prevé que los productores van a racionalizar su función de producción de forma óptima en pro del consumidor.

2. TENSION ENTRE INSTITUCIONES FORMALES

Colombia ha ensayado dos tipos de modelos de salud⁵, el de provisión pública desde la instauración del seguro social estatal para aquellos que laboraban en la economía formal (Hernández, 2002) hasta la implementación y desarrollo del Sistema Nacional de Salud mediante el Decreto extraordinario 056 del 15 de enero de 1975, como producto de la orientación estatista de la época (Estado de Bienestar) y el rol de los servicios públicos en éste. No obstante, un nuevo paradigma del Estado reflejado en la Constitución Política de Colombia, conllevó a cruciales cambios en la forma de concebir la producción y provisión de servicios público, entre ellos la salud.

2.1. Constitución de 1991

La Constitución Política de 1991 establece el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social como un Derecho Económico, Social y Cultural (DESC) para los habitantes del territorio, hace alusión a las tendencias internacionales en la materia que destaca su carácter fundamental y de estrecha relación con la vida y la dignidad humana.

Dichas tendencias internacionales que emergen en la posguerra con la creación de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración de Derechos Humanos, incidió en un nuevo rol del Estado para procurar la dignidad humana por medio de la garantía de ciertos mínimos, entre estos la salud (artículo 25. 21). Y con él una serie de ratificaciones vinculantes para el Derecho Colombiano, tales como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 7 (PIDESC) en 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966. Ley 74 de 1968 (Artículo 11 y 12); el Artículo 5 de la Declaración de Viena; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC- Protocolo de San Salvador 1988.

5 Bajo la concepción de Sistema de Salud pues antes del seguro social existían esfuerzos desarticulados de provisión.

Ley 319 de 1996 por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 reconocer a la salud como derecho individual y colectivo, por lo cual dispone que sea reconocido como *bien público*⁶(art. 10).

También existe instrumentos no contractuales (no vinculantes) relevantes a nivel internacional tales como la Declaración de Alma Ata, 1978 y la Carta de Ottawa, 1986.

El Comité de DESC ha destacado que los Estados miembros tienen especialmente cuatro obligaciones en materia de salud que aseguren en sus habitantes el goce efectivo de dichos derechos señalados en sus observaciones generales Nos. 14 y 15: “*disponibilidad, acceso, aceptabilidad y calidad.*” (Defensoría del Pueblo, 2006).

En Colombia todo el activismo internacional a favor del derecho a la salud se evidencia en la carta política en la cual se establece a la salud como un *servicio público*(artículo 49) inherente a la finalidad del Estado (Artículo 365), por lo cual, se busca la garantía universal mediante la prestación eficiente, artículo 49:

(...) 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.

La Corte Constitucional ha argumentado el derecho a la salud y lo ha acaparado de mecanismos que propenden por su aplicación efectiva. Según desarrollo jurisprudencial reciente, y especialmente en el contenido de la Sentencia de Tutela 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, la evaluación la política de salud se debe medir en términos del goce efectivo del derecho a la salud, el cual corresponde a un derecho fundamental por cuanto se encuentra en Conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana (tutelabilidad); cuando el tutelante es un sujeto de especial protección (niñez, tercera edad, etnias, discapacitados); y por ser parte de los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud para proteger una vida digna.

6 De hecho este concepto *político* ya es controvertible desde el punto de vista instrumental, en cuanto que la salud, o los bienes que componen dicho estado, comportan características de *bienes privados* en el sentido económico.

Desarrollo legal: la tensión por los medios

La forma o el modelo adoptado para cumplir dichas finalidades legales se remiten al debate entre *finés* y *medios* que se evidencia en la misma tensión entre el Derecho y la Economía. Para cumplir las finalidades asumidas por el Estado colombiano, se asumió un modelo mixto, inspirado en la competencia regulada de Alain Enthoven y evidenciado en la Ley 100 de 1993⁷, según la cual se establece un esquema de *seguro obligatorio* mediante tres regímenes de vinculación: contributivo⁸, subsidiado⁹ y vinculados (total o parcialmente)¹⁰. Los tres regímenes serían administrados por entidades privadas Empresas Promotoras de Salud (EPS), Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) privadas, estatales¹¹ y comunitarias, y la regulación de tales estaría a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud hoy Comisión de Regulación en Salud (CRES), la Superintendencia de Salud y el Ministerio de salud de la época.

La principal novedad que establecería la reforma tiene que ver con el nuevo papel que desempeñaría el Estado en el sector salud. El Estado pasaría de ser prestador directo de servicios de recuperación, a ser *garante* de la promoción, prevención y recuperación en salud. Mediante el diseño y regulación de los mecanismos del sistema: las reglas para la configuración de un seguro universal, el precio pagado por los beneficiarios (Unidad de pago por capitación [UPC]) y el diseño periódico del plan de beneficios según perfil epidemiológico (Plan Obligatorio de salud)¹².

7 No obstante, antes de la Ley 100, la Ley 10 de 1990 impuso un precedente en materia de descentralización territorial del sistema de salud, configuró y fortaleció los Sistemas Locales de Salud. Esta Ley tenía como principal objetivo, no sólo el darle autonomía a los municipios, sino también permitir la articulación organizaciones-comunidad-municipio para garantizar la integralidad de las políticas que redundarán en el mejoramiento del estado de la salud de las personas y por ende en su calidad de vida. La creación de Direcciones Locales de Salud (hoy Secretarías de Salud, departamentales y municipales) fue la principal novedad. Artículo 6 de Ley 10 de 1990.

8 Para afiliarse a todas las personas que tienen un contrato de trabajo, a los pensionados y a los trabajadores independientes con capacidad de pago.

9 Para las personas más pobres y vulnerables del país de las áreas rural y urbana, personas en situación de desempleo, empleados independientes sin capacidad de pago en el cubrimiento del monto total de la cotización establecida

10 personas con características socioeconómicas que no permitan clasificarlos en ninguna de estas modalidades, puesto que no cuentan con la capacidad de pago para hacer parte del contributivo y no son lo suficientemente pobres para estar en el subsidiado, la Ley indica que "mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado" agrupándose en la modalidad de vinculados.

11 Esta Ley exigió que las entidades públicas existentes fuesen sometidas a un proceso de reestructuración para adecuarse a un esquema en el cual tuviesen independencia a nivel administrativo, técnico y financiero.

12 Artículo 162, Ley 100 de 1993.

Para este propósito se propone que los afiliados al régimen subsidiado antes del año 2001 recibirían progresivamente los beneficios del POS estándar, iniciando con un 50% del valor de dicho plan, hasta el año 2001. Diez años después de tal límite se corrobora la ineficacia del sistema para cumplir sus objetivos en el marco de una crisis que señala insostenibilidad del sistema.

Adicional a esto, se crea un plan complementario de beneficios a cargo del Estado denominado Plan de Atención Básica (PAB)¹³ y el Plan Nacional de Salud Pública¹⁴ que influye en el mejoramiento y mantenimiento de la salud pública incluido acciones de saneamiento ambiental en niveles que favorecen el desarrollo de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad. Este producto estaría a cargo ya no del mercado sino del ejecutivo en los diferentes entes territoriales, por lo cual los gobiernos departamentales y locales protagonizarían un nuevo rol dentro del sistema de salud.

Entonces, por un lado encontramos un diseño institucional que fomenta el mercado de asistencia sanitaria por medio de reglas de coordinación: producto, precios, mecanismo de manejo de riesgos como el seguro obligatorio¹⁵; y un diseño institucional que fomenta el activismo planificador para proveer dicho mercado de bienes públicos que aminoren la carga de enfermedad, tales como el PAB y otras políticas públicas.

Reglas del mercado

Después de catorce años de vigencia de la Ley 100 los resultados evidenciaban una distancia considerable con lo planteado por el legislador, estos se resaltaban principalmente por un masivo uso del mecanismo constitucional de la tutela por derechos fundamentales para exigir la protección en salud, la congestión judicial (como se evidencia en el siguiente acápite) han incidido en los cambios acelerados en la política pública y la reevaluación una y otra vez del modelo de 1993.

13 En el artículo 165 de la Ley 100, se expone que la prestación del PAB será gratuita y obligatoria y que estará constituido por intervenciones dirigidas directamente a la colectividad o aquellas dirigidas a los individuos pero que generan altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales.

14 Decreto 3039 de 2007. Su objetivo la atención y prevención de los factores de riesgo para la salud y la promoción de condiciones y estilos de vida saludables, fortalece la capacidad de la comunidad y la de los diferentes niveles territoriales para actuar

15 Con este esquema se pretendía configurar un esquema que fomentara un sector privado en salud que garantizara la libertad de elección de prestador, la atención gratuita de urgencias en todo el territorio; el libre traslado de EPS de acuerdo a ciertas reglas; la escogencia de las IPS y de los profesionales entre las opciones que cada EPS ofrezca dentro de su red de servicios y la participación de los afiliados en todas las instancias de asociación, representación, veeduría de las entidades rectoras, promotoras y prestadoras y del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Miranda y Márquez (2004) afirman que existen, por lo menos, cuatro puntos en los cuales los modelos regulatorios emergentes fallan: “i) el papel otorgado a la administración puede ser más perjudicial que las fallas inherentes del mercado; ii) la incompetencia del regulador para responder a problemas de información en los mercados; iii) “la falacia de la existencia de fallas de mercado” cuando es la forma natural del actuar de los mercados, y iv)

“la incapacidad de las agencias de regulación para proteger el interés público cuya guarda les ha sido asignada, resulta ser que dichas autoridades han sido subvertidas por presión, influencia y ‘cohecho’ para proteger los intereses de aquellos que son sujetos de la regulación” (Miranda & Márquez, 2004, 98) por lo cual, la regulación muchas veces pone en desventaja a agentes del mercado e incentiva procesos de corrupción y captura por grupos de presión (Flórez, 2010).

En el sentido de North (1995), en este caso las instituciones y las organizaciones del sistema de salud colombiano se diluyen o por lo menos privilegian las reglas de una parte de las organizaciones en desmedro de instituciones. Si el ente imparcial del sistema depende de la suerte de racionalidad de los partidos políticos y estos, a su vez, de las organizaciones o empresas que proveen los bienes o productos del sistema, podemos decir que se privilegiaría sistema político a una parte del mercado.

El primer cambio instaurado por la reforma: Ley 1122 de 2007 incidió en la figura del regulador a manos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por la CRES, que asume funciones de definir el valor por beneficiario de los *subsídios parciales en salud*, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo tales subsidios; y de tener la capacidad de proponer reformas al sistema cuando a su juicio sean requeridas; además de las anteriores funciones ejercidas por ley 100.

El segundo cambio consistió en la instauración de un sistema de evaluación y seguimiento, que permita a las organizaciones del sistema mejorar los mecanismos de vigilancia y control. Esto permitirá garantizar, en teoría, mejores servicios y mejores actuaciones de las entidades municipales y departamentales al implementar un mecanismo de evaluación por resultados e de indicadores de gestión y de resultados que muestren el seguimiento de la inversión de los recursos del sistema (Flórez, 2010).

Teniendo en cuenta las dificultades que se evidenciaron para igualar los planes de beneficios entre regímenes, la CRES se encargará buscar un acercamiento progresivo del plan subsidiado al del contributivo y además modificar el POS cuando las circunstancias lo requieran. En aquellos casos de *enfermedad de alto costo*¹⁶ en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el POS¹⁷, las EPS llevarán a

16 Ratificadas por Ley 972 de 2005.

17 Artículo 19 Ley 1122 de 2007 “Para la atención de enfermedades de alto costo las entidades promotoras de salud contratarán el reaseguro o responderán, directa o colectivamente por dicho riesgo, de conformidad con la reglamentación que sobre la materia expida el Gobierno Nacional.”

consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos (artículo 14 apartado j, artículo 19). Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante *acción de tutela*, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA.

En Colombia a partir de la Ley 100 de 1993 triunfó el modelo de Enthoven como medio para alcanzar ciertas finalidades constitucionales en el ámbito de la salud, no obstante su implementación evidenció fallas de diseño que aún distorsionan el modelo. Se desconoce que el regulador o patrocinador también actúa bajo cierta racionalidad y reglas que le vedan su carácter imparcial, lo cual puede llevar a desvío de sus fines, en un contexto institucional como el nacional. Además la figura del *regulador*, que para este caso está presente sustancialmente en la Comisión de Regulación en Salud (CRES), también presenta obstáculos para emitir disposiciones legislativas vinculantes sin que pasen por un proceso político propio del ordenamiento jurídico y de la configuración del poder en Colombia¹⁸ (Flórez, 2010).

3. EVIDENCIA DE TENSION NORMATIVA

Para el caso colombiano es necesario resaltar el papel de la Corte Constitucional en la interpretación de Constitución Política de 1991, que sin duda ha generado un cambio de paradigma del Estado y sus obligaciones¹⁹, pero más esencialmente un cambio en la tradicional forma de planeación económica estatal, la cual ha estado en manos de los órganos legislativo y ejecutivo (tri-división del poder público), y ahora, por medio de la interpretación, por parte de los jueces constitucionales.

Es claro que Colombia evidencia inequidades sociales producidas por gran cantidad de factores que incluyen el “desarrollo *medio*” de su economía²⁰, su evolución política, falencias en planeación: políticas públicas oportunas, sistemáticas, progresivas y continuas, que redunden en efectos económicos y sociales favorables; ésta última, que desde varias posturas, constituye la solución a muchos de los problemas, se menoscaba con intervenciones políticas de corte inmediatista y poco estructurales.

18 Para ahondar en las razones del fracaso regulatorio ver González (2007, 6) quien replica que la CRES tal como fue diseñada no soluciona los problemas del sistema puesto que sus funciones “no tocan aspectos sustantivos, y no ofrecen ningún mecanismo que le permita a la CRES escapar de la inercia institucional existente” resultado de la influencia de los grupos de presión (los mismos agentes del sistema) sobre las decisiones del regulador.

19 En un Boletín de prensa la Corte Constitucional afirma “La Constitución de 1991 marcó un hito al estructurar un nuevo andamiaje institucional, en un intento por responder a los retos establecidos por los grupos guerrilleros y el narcotráfico, ampliando los mecanismos de representación de los ciudadanos y ofreciendo mayores herramientas para demandar la acción del Estado”. Corte Constitucional. Boletín de prensa 9 de junio de 2011. *Pese a carta del 91, congreso sigue al margen de debates claves*.

20 Según el Informe de Desarrollo Humano 2010 de PNUD, Colombia se encuentra entre los países de *desarrollo medio* a nivel mundial.

La tensión entre fines y medios en el sector salud evidenciada por lo previsto constitucionalmente y lo alcanzado con los métodos de la Ley 100, ha sido objeto de tensiones constantes entre las ramas del poder público y especialmente entre la Corte Constitucional y el ejecutivo debido a la presión que ejerce la tutela como mecanismo utilizado masivamente por los ciudadanos para exigir su derecho a la salud. Para algunos las soluciones de la Corte, más allá de fallar al interpretar la Constitución han obligado a realizar acciones o intervenciones gubernamentales en afectación a lo planeado de forma tecnocrática por el gobierno; según esta perspectiva, con tal tensión no se logra solucionar los problemas del sistema de salud, sino acentuarlos.

García (2002, 27) en una discusión anterior les pregunta a relevantes figuras políticas nacionales *¿Qué garantiza la Constitución pero que, en realidad, no está disponible?* García (2002, 26) mostrando el retraso que existe para lograr la garantía de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución de 1991, Luis Jorge Garay apunta a un buen diseño de política pública, establece que para tomar medidas efectivas

“es indispensable basarse en la frontera de posibilidades de producción, para escoger y evaluar alternativas, con base en los recursos disponibles, las prioridades y evitar cometer los errores del pasado en materia social.”

Pero los resultados de la garantía de derechos constitucionales no sólo dependen de las medidas adoptadas por los gobernantes, sino al entendimiento ciudadano de la Constitución tanto en sus derechos como en sus deberes. Kalmanovitz (2001) resalta un fallo importante en el diseño constitucional, la Carta del 1991 demuestra la configuración de un Estado paternalista, el cual no incentiva el desarrollo económico y social, en este sentido, señala:

“La Constitución de 1991 (...) insistió mucho más en los derechos de primera y segunda generación del ciudadano que en sus deberes, reflejando la noción de ciudadano pasivo, receptor de favores que le llega desde arriba”. Kalmanovitz (2001, 3).

En esta línea resalta las contribuciones de Adam Smith sobre el papel del Estado como promotor del desarrollo económico “Para Smith, el desarrollo económico surge del intercambio entre los individuos que requiere de una especificación adecuada de la libertad económica, que el Estado defienda los derechos de propiedad de los agentes, que regule los mercados adecuadamente para lograr su profundización, que los contratos tengan cumplimiento obligatorio”. Kalmanovitz (2001, 4). Un Estado paternalista propio de las ideas de mediados de siglo XX, no es compatible con el modelo económico adoptado por Colombia en la década de los noventa.

Es claro que el reto que impuso la Carta de 1991 es de gran alcance y, por tanto, requiere de una planeación sistemática, que ponga en función el aparato estatal a la luz del cumplimiento de derechos, pero esta planeación debe ser efectiva en términos de origen, diseño, implementación, evaluación y retroalimentación. Hoy nos encontramos que la planeación es desarticulada y que proviene de diferentes emisores y para distintos destinatarios. El cambio de paradigma del Estado de Derecho

al Estado Social de Derecho impulsa nuevos mecanismos para hacer efectivos los derechos y garantías ciudadanas, no obstante este cambio entra en colisión con la actual infraestructura estatal que poseen países como Colombia, caracterizados por la rigidez institucional, la presencia de grupos de interés y de cazadores de rentas alrededor del diseño de política, así como elementos de la cultura política, en este aspecto Arango (2007, 125) argumenta:

“en países en vía de desarrollo no existe, o existe de manera precaria, una infraestructura administrativa y de control, una legislación y una jurisdicción sociales en las que se realice el Estado social de derecho. La pobreza, la desigualdad y la exclusión, unidas a la carencia de recursos económicos por parte del Estado, la corrupción de autoridades y particulares y las precisiones de intereses supranacionales, son una constante que favorece la vulneración de los principios, derechos y deberes fundamentales de la persona”

Si bien el avance en la concepción de derechos sociales y dignidad humana es de gran magnitud y coadyuva a los procesos de consolidación de la democracia, el diseño constitucional no tuvo en cuenta que para hacer efectiva la “parte dogmática” de la Carta debería contar con un diseño institucional o una estructura orgánica igualmente renovada.

El nuevo actor que genera tensiones en este sentido, es la Corte Constitucional, su jurisprudencia constituye fuente de derecho y las recomendaciones de política que se realizan en los “*Resuelve*” de las sentencias han generado tensión entre las ramas del poder público en Colombia, puesto que las hace exigibles con ciertas prerrogativas, como por ejemplo cortos plazos determinados, metas presupuestales y de cambio organizacional. En este sentido, Arango (2007, 100) manifiesta:

“la tensión entre la vigencia inmediata del Estado social de derecho y los principios de dignidad humana y solidaridad social, por una parte, y el desarrollo legal progresivo de los derechos prestacionales y su prestación por particulares y entidades oficiales, por otra parte se ve reflejada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia”.

3.1. Papel de los jueces constitucionales en el sector salud

La Corte Constitucional según las atribuciones que la Carta política le establece en el artículo 241 “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, para lo cual le compete solucionar los conflictos suscitados entre los ciudadanos y el Estado por medio de acciones de los primeros, como las demandas de inconstitucionalidad y la tutela²¹. Después de su promulgación los nuevos jueces constitucionalistas ratificaron sus funciones en la Sentencia T-406 de 1992, así:

21 “(...) la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de *protección inmediata* de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.” (Corte Constitucional Colombia, Sentencia 406 de 1992).

“El juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución sus principios y sus normas con la ley y con los hechos *hace uso de una discrecionalidad* interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.” [Cursivas añadidas]

Desde el punto de vista de política pública consultar en los tribunales, y especialmente en la Corte Constitucional, las disputas que promueven los ciudadanos contra el Estado es un indicador del grado de respuesta del mismo ante las demandas sociales y debe constituir un llamado a la acentuación, estabilidad o moderación de las políticas en los frentes requeridos. Las tutelas en el ámbito de salud han ascendido a más del 40% lo cual es un indicador relevante frente a la cantidad de derechos fundamentales objeto de tutela en el país, aun más es una muestra de la ineficacia de la política pública en este frente²².

Tabla 1. Número de tutelas de salud en Colombia

Año	Total Tutelas	Tutelas en salud	% de participación	Tasa de crecimiento	
				Total	Salud
1999	86.313	21.301	24,7%	-	-
2000	131.764	24.843	18,9%	52,7%	16,6%
2001	133.272	34.319	25,8%	1,1%	38,1%
2002	143.887	42.734	29,7%	8,0%	24,5%
2003	149.439	51.944	34,8%	3,9%	21,6%
2004	198.125	72.033	36,4%	32,6%	38,7%
2005	224.270	81.017	36,1%	13,2%	12,5%
2006	256.166	96.226	37,6%	14,2%	18,8%
2007	283.637	107.238	37,8%	10,7%	11,4%
2008	344.468	142.957	41,5%	21,4%	33,3%
2009	370.640	100.490	27,1%	7,6%	-29,7%
	2.321.981	775.102	33,4%		

Fuente: Defensoría del Pueblo (2010, 20)

En el año 2009 los ciudadanos presentaron un total de 370.640 tutelas, un 7,6% más que en el año inmediatamente anterior de las cuales alrededor de la tercera parte pertenecen al derecho a la salud (Defensoría del Pueblo, 2010, 20).

Las entidades que son más demandadas por parte de los usuarios del sistema

22 Sobre este tema abordar Cepeda, M., J., Montealegre, E., Julio, Alexei. (2007). Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia.

son las EPS del Régimen contributivo seguidas por las Entidades territoriales (Secretarías de Salud) y las EPS del régimen subsidiado.

Tabla 2. *Tutelas en salud según tipo de entidad demandada*

Tutelas en salud según tipo de entidad demandada	2008		2009		Variación Porcentual %
	No de Tutelas	Part %	No de Tutelas	Part %	
EPS Régimen Contributivo	73.961	51,7	35.354	35,2	-52
Entes Territoriales	21.675	15,2	19.324	19,2	-11
EPS solamente en régimen subsidiado	15.727	11	16.827	16,7	7
EPS Régimen Contributivo y Subsidiado	21.494	15	14.074	14	-35
Empresas del Estado	2.291	1,6	6.206	6,2	171
Instituciones Prestadoras de Salud	3.605	2,5	3.317	3,3	-8
Entidades particulares	1.034	0,7	1.455	1,4	41
Regímenes de excepción	1.007	0,7	1.379	1,4	37
Inpec/Penitenciarias	1.044	0,7	1.148	1,1	10
Administradoras de riesgos profesionales	449	0,3	768	0,8	71
Empresas de Servicios Públicos	421	0,3	321	0,3	-24
Empresas Adaptadas al Sistema	117	0,1	212	0,2	81
Empresas de Medicina prepagada	132	0,1	105	0,1	-20
Total	142.957	100	100.490	100	-30

Fuente: *Tutela y Derecho a la salud*. Defensoría del Pueblo, 2009. p., 29, 37

Arango (2007, 91) afirma que la Corte Constitucional ha intervenido en la política de salud colombiana en los siguientes ámbitos:

- i. *La definición del derecho a la salud*: de acuerdo a Arango el derecho a la salud ha sido interpretado por la Corte Constitucional como un “*derecho fundamental por conexidad*”, no obstante, es de destacar que a partir de la Sentencia T-706 de 2008, se interpreta como un derecho fundamental. La Corte ha asumido el derecho con una doble connotación, por un lado, como derecho fundamental y por otro lado, como un derecho constitucional de orden social (2007, 92). Describe el autor que el alto tribunal ha utilizado

tres criterios para definir el derecho en mención: “*la conexidad*²³, *el subjetivo, el material*”.

En este sentido, la Sentencia T 760 de 2008 marcó hito en materia de definición del carácter fundamental del derecho a la salud, en este sentido expuso:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de *conexidad* con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

- ii. *Los beneficiarios del derecho*: la corte ha reiterado en sus fallos la importancia del derecho a la salud principalmente para aquellas personas que manifiestan mayor grado de vulneración, tales como los niños, la tercera edad, los enfermos terminales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, las personas en situación de desplazamiento, las mujeres embarazadas cabeza de familia y personas privadas de la libertad, entre otras.
- iii. *Los alcances del derecho*: la Corte ha intervenido en la definición de obligaciones principales y accesorias, incluidas en el Plan Obligatorio de salud²⁴:

“la tendencia básica de la jurisprudencia también abarca la delimitación de obligaciones, que trascienden el marco del POS y van más allá de lo expresamente prescrito por el POS, mediante la aplicación preferente de los derechos fundamentales respecto del marco contractual y legal principalmente para defender la vida, la dignidad y la integridad de la persona, mediante

23 En palabras de Néstor Osuna Patiño la conexidad es una “herramienta interpretativa de la jurisprudencia constitucional (...) que permite al juez proteger mediante tutela casos en los que ha invocado derechos que, en principio, parecen excluidos de esta garantía, pero en los cuales la actuación inconstitucional del demandado alcanza también a afectar otros derechos que sí proceden tutela.” P., 167. El “momento inaugural” de dicha figura, reseña el autor, se expresa en la Sentencia T-406 de 1992.

24 *Ibid.*, p., 102.

el reconocimiento del derecho fundamental a la salud por conexidad y su protección por vía constitucional para evitar su vulneración”²⁵

Por esta vía el alto tribunal ha ordenado

“tratamiento o suministro médico por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliada la persona y en muchos casos, reconocer a la entidad obligada a repetir contra el Estado, en particular contra el FOSYGA para el reembolso de los costos que por Constitución o ley no le corresponde asumir como obligación social a cargo de particulares” (Arango, 2007, 103).

Para tomar sus decisiones, argumenta Arango, la Corte se ha basado en principios de razonabilidad y proporcionalidad.

- i. El acceso al servicio: el acceso a la salud es el indicador principal para determinar el Goce efectivo del derecho, en este ámbito la Corte ha decidido de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto, especialmente en situaciones fácticas referidas a la atención inoportuna, atención a no afiliados y a vinculados, revisión de los criterios de selección de beneficiarios y acceso prioritario para grupos poblacionales con vulnerabilidades manifiestas, entre otras.

Este elemento consiste en que el servicio a la salud esté al alcance de todos, para cubrir las necesidades de atención médica sin ninguna clase de limitación. Para la realización de este fin es necesario:

- *que no exista discriminación, que permita* el acceso de todos los sectores de la población a los establecimientos, bienes y servicios de salud;
- *Accesibilidad física*, consiste en que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance geográfico y físico de toda la población, para facilitar el acceso al servicio;
- *Accesibilidad económica* : hace referencia al equilibrio económico, teniendo en cuenta la capacidad de pago dentro de los sectores de la población para hacer posible el acceso a la salud, determinando un monto justo de pago por los servicios de atención;
- *Acceso a la información*: comprende la facultad de solicitar, recibir y difundir información, sin ir a vulnerar el derecho de toda persona de mantener bajo reserva la información de su estado de salud.

Afirma que la Corte tiene su papel de evaluador cuando el ejecutivo y el legislativo no cumplan con políticas públicas efectivas para garantizar los derechos constitucionales, en este sentido uno de los argumentos de la sentencia T 760 de 2008 proyecta:

“Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que

25 Ibid., p., 103.

debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por el pedidas, si tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.

No obstante, los jueces constitucionales son ampliamente criticados por *desconocer la restricción presupuestal social* de la nación, por lo cual no tienen incentivos para emitir fallos bajo criterios de racionalidad económica, este argumento lo sostiene Pérez (2007):

“los jueces no tienen incentivos simétricos para la ampliación del gasto estatal en un bien público o meritorio (...) sin tener la responsabilidad de decidir de dónde provendrán los recursos para pagarlos, o qué otro rubor del gasto público debería reducirse para compensarlos”

En este sentido, Pérez clasifica los fallos de la Corte según tres efectos: *sobre la distribución social, la eficiencia, y los costos de transacción*. El primero alude a que necesariamente la acción de distribuir o de redistribuir recursos por medio de fallos judiciales dejará perdedores y ganadores, pero la Corte no tiene en cuenta las pérdidas que pueden ocasionar dichas intervenciones o si las ganancias son lo suficientemente equivalentes para compensar los perdedores, o si son socialmente deseables. Un fallo constitucional que aumente el gasto público, *ceteris paribus*, puede aumentar un aumento del nivel de precios y, por tanto, de la inflación lo cual ocasiona inestabilidad macroeconómica, si no se tienen en cuenta medidas de ajuste.

El segundo, referido cuando la asignación de recursos estipulada para un bien público es menos eficiente que la establecida por la norma del Congreso. Además, que no tiene un carácter programático²⁶ y de planeación lo cual puede solucionar problemas inmediatistas a unos pocos, pero perjudicar a muchos en el corto plazo, los cuales seguramente también acudirán a los tribunales a buscar la guarda de sus derechos. Así que se incentivaría un círculo complejo para el seguimiento de las intervenciones estatales en la solución de problemas sociales.

El tercero, cuando aumentan los costos de transacción, por ejemplo, la *tutela* se ha convertido en un costo de transacción injustificado para el acceso a la salud y medicamentos (Pérez, 2007), tanto para oferentes como demandantes la tutela se ha convertido en un requisito más para obtener servicios de salud.

Este último efecto de los fallos, ocasiona inseguridad jurídica, la cual según Pérez (2007, 826)

26 Aunque es particular en el caso del desplazamiento forzado desde la promulgación de la Sentencia T 025 de 2004 y sus más de 37 Autos de seguimiento a la sentencia, que evalúan las respuestas del ejecutivo y el legislativo a las manifestaciones de la misma.

“(…) es nociva para el crecimiento económico, por cuanto hace más riesgoso el entorno de las actividades productivas y desestimula la inversión”, si bien, prosigue el autor, “la institución de la tutela, cuyo objeto es precisamente hacer valer los derechos humanos y los derechos de propiedad (y por ende brindar mayor seguridad jurídica) tuvo un efecto no esperado: generar una masa inmensa de providencias de la Corte Constitucional” (2007, 876)

las cuales, como sabemos, son fuente de derecho y, al aunarse con la inflación normativa de las otras ramas del poder público, además de inseguridad generan pérdida de credibilidad de la institucionalidad formal colombiana por parte de los ciudadanos.

Ante esto Pérez argumenta la necesidad de *prudencia judicial* de la Corte al momento de emitir fallos:

“el juez constitucional debe pronunciarse acerca de asuntos concretos que son sometidos a su conocimiento por los demandantes. Normalmente no pueden comparar las consecuencias derivadas de su fallo sobre ese asunto concreto con las que se desprenden de otras decisiones públicas” (Pérez, 2007, 874).

En este sentido el actual gobierno ha presentado un proyecto de ley en julio del presente año “*por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del estado social de derecho*”, el cual propone modificar el texto literal de los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política con el fin de limitar el diseño de políticas públicas según el marco de sostenibilidad fiscal de la nación.

“La propuesta de Acto Legislativo que aquí se sustenta, tiene por objeto proteger la efectividad de los derechos propios del Estado Social de Derecho ante los diversos avatares del ciclo económico nacional e internacional, incorporando en la Constitución económica. El derecho a la sostenibilidad fiscal, así como el deber de las *ramas y órganos del Estado* de protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en su conjunto.”²⁷ [Cursivas añadidas]

De lo contrario, es importante que los jueces constitucionales tengan a disposición los conceptos de eficiencia al momento de solucionar sus fallos, los criterios de eficiencia (Pareto Superior, Pareto Wicksel, KaldorHicks) pueden ser la vía más efectiva para conseguir el bienestar y los logros socialmente deseados. Asimismo, que tengan en cuenta el principio de eficiencia así como la existencia de recursos limitados para satisfacer los derechos. La Constitución como norma de normas establece las reglas del juego prioritarias para el actuar ciudadano, la Corte Constitucional en sus fallos ha generado incentivos que en muchas ocasiones producen efectos no esperados y en contravía con los principios de la Carta política.

27 Propuesta de Acto legislativo julio de 2010. Ministerio de Hacienda y Departamento de Planeación Nacional.

3.2. La Tutela en Salud en Colombia y en Bucaramanga

Después de realizar una revisión de las Tutelas de Segunda Instancia Sala Civil Familia se encontró que para el año 2007 se registraron en el Tribunal del Distrito de Bucaramanga un total de 301 tutelas equivalentes al 43.3% de las tutelas que llegaron a segunda instancia a dicho tribunal, los contenidos de estas acciones individuales se concentraron en Procedimientos, elementos relacionados con el aseguramiento, tales como libre escogencia de IPS/EPS, pago de cuotas moderadoras y copagos y planes complementarios; así como también trataron con relevancia de tratamientos integrales y medicamentos incluidos o no en el POS.

Para el 2008 la Sala Civil Familia del Tribunal del Distrito de Bucaramanga reporta un total de 364 tutelas en salud, en las cuales se reportan en su mayoría a Procedimientos con un total de 105 acciones, seguidos por Tratamientos (POS, No POS, No POSS) con un total de 84 tutelas y medicamentos con un total de 43 tutelas (ver Tabla 3).

Según la información de la defensoría del Pueblo en Colombia durante el año 2008 y 2009 el contenido más frecuente de las tutelas se refería a Cirugías y exámenes (Defensoría del Pueblo, 2009, 55), por el contrario, en Santander el contenido de las tutelas tiene que ver mucho más con los tratamientos integrales para personas con enfermedades ruinosas y catastróficas y los procedimientos (incluidos o no dentro del Plan Obligatorio de salud).

Tabla 3 Contenido de tutelas en salud

Contenido más frecuente en las tutelas	Colombia*		Santander**	
	Solicitudes	Part. %	Solicitudes	Part. %
Tratamientos	8707	5,3%	84	23,1%
Medicamentos	30025	18,4%	43	11,8%
Cirugías	35288	21,7%	20	5,5%
Citas médicas	20340	12,5%	8	2,2%
Imágenes Diagnósticas		0,0%	9	2,5%
Prótesis y órtesis	25569	15,7%	21	5,8%
Exámenes	30541	18,8%	34	9,3%
Procedimientos	2717	1,7%	105	28,8%
Otros	9606	5,9%	40	11,0%
Total	162793	100,0%	364	100,0%

*Información Defensoría del Pueblo

**Información Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga.

Para el presente año el total de personas pertenecientes al SISBEN se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado de atención en salud. Tal como se puede apreciar en la Figura 4. En la Tabla 4 se puede apreciar también el aumento del número de cupos tanto de subsidios totales como parciales para tal régimen.

3.3. Efectos de la tensión normativa

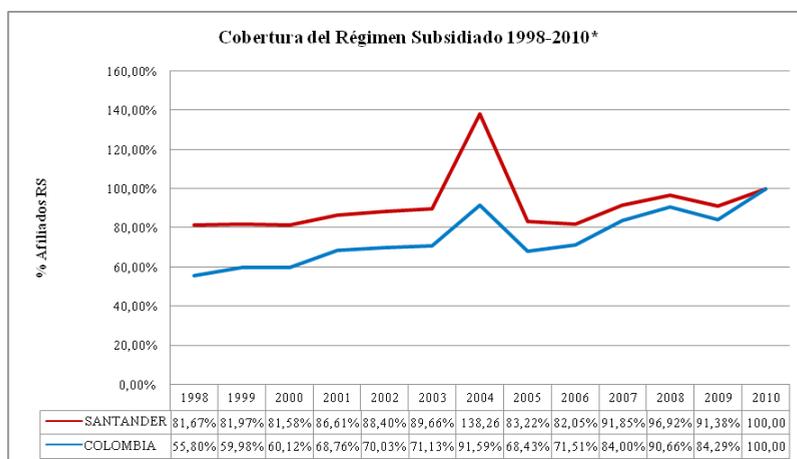
Si se quiere evidenciar algún tipo de relación existe entre la intervención de la Corte Constitucional y la evolución de la política en salud en Colombia, se puede destacar que la relación se puede encontrar en las variaciones en el diseño institucional del sector puesto que en la medida en que las acciones individuales evidenciadas en las *tutelas en salud* han demostrado la ineficacia de la política, como los indicadores del sistema no han mostrado cumplir sus estándares, el cuerpo legislativo ha efectuado cambios de diseño para dar respuesta a dichas presiones.

Entre los cambios destacados se puede señalar el Acuerdo 00267 de 2004 y el Acuerdo 000272 de 2004 del Ministerio de Protección Social-Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, permitió ampliar el espectro del régimen subsidiado mediante subsidios parciales²⁸ según asignación presupuestal compartida entre el gobierno central y los gobiernos departamentales y locales²⁹. Con este se pretendía ampliar los índices de cobertura en salud y disminuir el rubro de “vinculados”, no obstante, el efecto si bien cumplió su cometido aumentó las inequidades en el sistema, puesto que dadas las fragmentaciones, no todas las personas acceden al mismo plan de beneficios y a la misma atención en salud, por lo cual es de esperar que la tutela sea el mecanismo que haga exigible el derecho a pesar de los costos que acarrea tanto para el ciudadano, como para el Estado y las organizaciones involucradas.

28 Artículo 1. “una proporción del valor de la unidad de pago por capitación subsidiada UPC-S, destinada a cofinanciar algunos contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, POS-S”.

29 En Bucaramanga dentro de la estrategia Bucaramanga Sana se aplicó una prueba piloto del funcionamiento de esta modalidad de subsidio para hacer frente a la cobertura insuficiente del sistema en el ámbito local.

Figura 1. Cobertura Régimen subsidiado



* Del periodo 1998 a 2004, según información del Ministerio de Protección Social, las cifras muestran el porcentaje de población afiliada al Régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud en relación con el total de población con Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), del periodo 2005 a 2010 se realiza el cálculo sobre el total de personas pertenecientes al SISBEN 1, 2 y 3 que no está en el régimen contributivo.

Fuente: Ministerio de Protección Social (2010)

En el año 2005, con la expedición de la Ley 972 por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas (especialmente el VIH/Sida), como estrategia para evitar la exclusión por parte de las organizaciones del sistema de este tipo de enfermedades (evitar selección de riesgos por parte de las aseguradoras y asegurar programas para la atención oportuna y efectiva, entre otras).

En el 2007 se propone una reforma general al sistema por medio de la Ley 1122 para procurar mecanismos que fomentaran la igualación entre planes, la cobertura universal, las reglas de juego claras y la actuación transparente de las organizaciones del sector. Uno de los cambios fue la transformación del CNSSS por la CRES, pero como se trató anteriormente el regulador tiene fallas que no se han tratado desde el modelo del gobierno. Además que en Colombia la figura regulatoria no es neutral, ni imparcial en el sistema pues depende de la estructura de la rama ejecutiva y de la legitimidad del legislativo para sus actuaciones.

Otro de los cambios institucionales que inserta dicha Ley es la disminución de la posición de dominio por parte de las EPS/IPS del sistema y la disuasión del abuso de

dicha posición mediante un monto mínimo de contratación entre éstas. Además de instaurar un sistema de vigilancia y seguimiento de las reglas para el funcionamiento de las organizaciones.

Después de la Sentencia T-760 de 2008 se acentúa la posición de la Corte en la defensa y conexidad del derecho a la salud. En este sentido, obligó en 2008 que en un año el gobierno igualara los planes de beneficios y eliminara los problemas macro del sistema para conseguir el goce efectivo del derecho a la salud. La respuesta del ejecutivo constituyó en la declaratoria de Emergencia Social mediante Decreto 4975 de 2009, responde al petitorio de la Corte, argumentando que el sistema es inviable financieramente, lo cual lo lleva a imponer medidas de cambio³⁰. Sin embargo, ninguna de dichas medidas aborda lo correspondiente a medicamentos, se evidencia una ausencia de mecanismos que racionalicen los costos de los medicamentos, uno de los componentes más importantes para el funcionamiento de la prevención, atención y recuperación en salud.

REFLEXIÓN FINAL

Desde la aplicación de la Ley 100 de 1993 ha ensayado el modelo mixto desde la perspectiva de la competencia regulada hasta la actualidad. Si bien la Ley 1122 de 2007 considerables cambios, estos no modifican la sustancia del modelo de salud basada en mecanismos de aseguramiento, diseño de plan de beneficios, y precio del plan de beneficios principalmente.

No se han realizado cambios tendientes a eliminar las contradicciones del mismo o las fallas de no tener en cuenta la racionalidad de cada uno de los agentes y las organizaciones del sistema. La Ley 100 fijó un marco institucional que ha fomentado ciertas conductas que han delineado un rígido esquema de sistema de salud impermeable a los cambios, las distintas reformas legales, si bien guardan la intención de calmar las acciones individuales de inconformismo, no llegan a ningún resultado efectivo.

La presión ejercida por la corte constitucional exige resultados inmediatos y esto acentúa la inflación legislativa en el sistema pero la escasez de transformaciones del

30 alternativas de financiación individual para aquellas enfermedades no incluidas en el POS (Decreto 128 de 2010), implementación de un Sistema técnico científico en salud para actualizar el perfil epidemiológico; articulación de la investigación en salud y la asesoría técnica-científica con los organismos del sistema (Decreto 131 de 2010); implementar un sistema de inspección, vigilancia contra la corrupción (Decreto 126 de 2010); adoptar medidas en materia tributaria consistentes en generar nuevos ingresos (por concepto de cerveza, licores y juegos de azar; y presupuesto nacional) para mitigar el gasto de los medicamentos POS y No-POS (Decretos 127, 130, 134 de 2010); control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema (Decreto 129 de 2010); administración de los recursos públicos destinados al régimen subsidiado (132 de 2010); medidas tendientes a mejorar las relaciones contractuales entre agentes del sistema (EPS, IPS, Organismos estatales), así como para garantizar el acceso y la oportunidad de la prestación del servicio de salud (133 de 2010).

modelo. La aplicación e implementación de la Ley 100 colisiona con los principios constitucionales al no brindar los medios idóneos para alcanzar los fines políticos.

REFERENCIAS

Arango, R. (2007). *El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional*. En Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Cepeda, Manuel José, Montealegre, Eduardo & Julio, Alexei. Universidad Externado de Colombia. 2007.

Cepeda, M., J., Montealegre, E., Julio, Alexei. (2007). Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T 760 de 2008. Sala segunda de revisión. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Defensoría del Pueblo (2006). Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública de salud a la luz del Derecho a la salud. Serie DESC. 2006.

_____. *Tutelas en salud*. 2009.

_____. *Tutelas y Derecho a la salud 2009*. Bogotá, 2010.

Enthoven, A. (1993). The history and principles of managed competition. *Healthaffairs*, 1993, Volumen 13, 24-48.

Flórez, K. (2010). La competencia regulada en el sistema de salud colombiano. *Revista Le Bret*, 2, Diciembre de 2010.

García, M. F. (Agosto 2002). *Estado Social de Derecho ¿Qué tan lejos está estamos?* Informe especial. En: *Economía Colombiana*, No. 291, p26-31.

Hernández, M. & Obregón, D. (2002). La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano cien años de historia 1902-2002. Organización Panamericana de la Salud.

Ministerio de Protección Social (2010). Cobertura en salud. [Base de datos]. Recuperado de

<http://www.minproteccionsocial.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Historico%20cobertura%201998%20-%202010%20rs.xls>

Miranda, A. y Márquez, C. P. (2004). Intervención pública, Regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Revista Vniversitas*, 71-116.

Stiglitz, J. E. (2003). *La economía del sector público*. Antoni Bosch editor.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993

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. Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

Ley 972 de 2005. Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por

parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida. Diario Oficial No. 45.970 de 15 de julio de 2005.

López, G. & Ortún, V. (1998). *Economía y salud: fundamentos y políticas*. Madrid: Ediciones Encuentro.

North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. México.

Pérez, M. (2007). *Economía y fallos constitucionales. La experiencia de la corte colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991*. En Teoría Constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión. Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre, Alexei Julio. Universidad Externado de Colombia. 2007.

Restrepo, M. (2000). *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile y Colombia*. Vol. II. Daniel Ttelman y Andras Uthoff [compiladores]. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

