

CAPÍTULO XCIII

LA SENTENCIA T-760 DE 2008, SU IMPLEMENTACIÓN E IMPACTO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA JUSTICIA DIALÓGICA¹

por *Oscar Parra-Vera*² y *Alicia Ely Yamin*³

RESUMEN

En los últimos veinte años, la acción de tutela en Colombia se ha utilizado vigorosamente para la protección del derecho a la salud y la Corte Constitucional ha consolidado diversas formas de activismo judicial en la materia. Sin embargo, en 2008 era claro que la tutela era utilizada como una “válvula de escape” para aquellos colombianos que sufrían la falta de acceso a prestaciones e intervenciones por parte de un sistema que había sido incapaz de producir una adecuada regulación. En julio de 2008 la Corte emitió la sentencia T-760 de 2008 en la cual, luego de un análisis estructural de la crisis en el acce-

¹ Algunos de los componentes de este artículo se basan en YAMIN, Alicia Ely y PARRA VERA, Oscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates” en *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2) (2010), 431 a 459 y YAMIN, Alicia Ely, PARRA VERA, Oscar y GIANELLA, Camila, “Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?”, en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

² Abogado senior, Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO, México. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

³ Lecturer on Global Health y Directora del Program on the Health Rights of Women and Children, Francois-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard School of Public Health. En 2011, la Corte Constitucional colombiana le nombró como una de las expertas independientes sobre la implementación de la Sentencia T 760/08.

so a la salud, impartió un conjunto de órdenes generales encaminadas a conjurar las fallas de regulación respecto a los planes de beneficios, la sostenibilidad financiera, el flujo de recursos de sistema, y la cobertura del mismo. La Corte tuvo como punto de partida un enfoque de derechos y la insistencia en procesos participativos que legitimaran estos cambios. Asimismo, dicha intervención tuvo como objetivo impulsar la equidad, el adecuado funcionamiento del sistema y reducir la huída al litigio como último recurso para lograr el acceso a la salud. Sin perjuicio de que la implementación del fallo apenas se encuentra en una fase intermedia, el presente artículo analiza las causas que originaron esta creativa forma de intervención judicial, los principales dilemas que ha enfrentado y sus más importantes efectos.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo citan a menudo el caso colombiano como una historia exitosa de reforma al sistema de salud, el modelo establecido por la ley 100 de 1993 ha sido objeto de diversas críticas a lo largo de los últimos 20 años. Entre las principales críticas se encuentra la desigualdad en el diseño del sistema, teniendo en cuenta la distinción que se hizo entre un plan de beneficios para las personas con capacidad de pago y otro distinto para los más pobres, con muchos menos beneficios. Asimismo, los paquetes de beneficios carecían de claridad en su alcance, en la metodología que los fundamenta y en sus mecanismos de priorización. De otra parte, desde 1993 las aseguradoras privadas que han participado en la administración del servicio público de salud han logrado un crecimiento económico sin mayor control, a pesar de continuas quejas relacionadas con barreras en el acceso y deficiente calidad de la atención.

A estos y otros problemas que han mantenido en permanente crisis al sistema de salud, debe sumarse que en Colombia coexiste una larga tradición de democracia formal con el autoritarismo y niveles alarmantes de violencia política y social⁴. Además, existe un alto nivel de pobreza⁵ y profundas desigualdades entre las poblaciones rural

⁴ Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI (Ed.), *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*, Bogotá: Norma/Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 11-32.

⁵ SÁNCHEZ, Eduardo y VARGAS, Andrés, “Bolsas emergentes: ¿una nueva burbuja?” en *Reporte Macroeconómico* n° 20 (2009) y Boletín Mensual del Observatorio Económico, Financiero y Empresarial, Crecimiento económico y desigualdad: la situación colombiana, Universidad Sergio Arboleda, 2009, disponible en: http://www.usa.edu.co/observatorio_economico/reportes_macroecologico/2009/reportes/reportes_20.pdf.

y urbana, entre otras inequidades producto de la raza, la etnia o la clase⁶. A pesar del trasfondo de violencia endémica, las marcadas desigualdades sociales, la crisis del sistema de salud y el precario Estado de derecho, la Corte Constitucional colombiana (la Corte) ha desarrollado una jurisprudencia que se encuentra entre las más progresistas del mundo en el área de derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la salud.

En relación con ello, durante años se ha incrementado en forma extraordinaria el número de personas que presenta acciones de tutela para conseguir protección frente a las violaciones del derecho a la salud. Según informes de la Defensoría del Pueblo⁷, entre 1999 y 2011 se presentaron 975.551 tutelas ante los tribunales colombianos relacionadas con el derecho a la salud. Desde su creación, la propia Corte se ha encargado de decidir más de mil casos relativos a la salud⁸. En julio de 2008, la Corte dio a conocer una decisión crucial, la sentencia T-760/08, que busca incrementar la igualdad en el acceso a la salud y mejorar el funcionamiento del sistema de salud, para reducir así el enorme número de demandas judiciales. En esa sentencia, la Corte examinó los problemas estructurales de dicho sistema y ordenó una reestructuración importante de la política pública en salud a partir de un enfoque basado en los derechos.

Dos Gobiernos distintos han adoptado diferentes medidas respecto a la implementación de la Sentencia y todavía está por verse hasta qué punto dicho fallo logrará incidir realmente en la superación de diversos problemas en la garantía del derecho a la salud. Sin perjuicio de ello, en sus primeros cuatro años de implementación, esa decisión judicial muestra el potencial y los retos de las intervenciones judiciales para promover una mayor equidad en el sistema de salud colombiano. En diciembre de 2009, el Gobierno del Presidente Uribe (2002-2010) aprobó una declaración de emergencia social para el sistema de salud y, tras esa declaración, promulgó una serie de decretos

⁶ Colombia tiene un coeficiente Gini de 58,5, que sitúa al país en un nivel de desigualdad económica entre los más altos del mundo. UNDP, Human Development Report 2009, Geneva: UNDP, 2009 [último acceso, 5 de octubre de 2009], disponible en: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_EN_Complete.pdf.

⁷ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*, Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2007, ps. 29, 77-79; *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2009, p. 30; *La tutela y el derecho a la salud*, 2009, Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2010, p. 28.

⁸ Procuraduría General de la Nación (PGN) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá: PGN y DeJusticia, 2008.

que pretendían cumplir con parte de lo ordenado por la Corte. No obstante, esos decretos tuvieron también como fin eludir todo debate democrático sobre la naturaleza de los beneficios de salud a los cuales tienen derecho los colombianos y llevaron a protestas masivas en todo el país. De otra parte, el nuevo gobierno del Presidente Santos ha impulsado una reforma del sistema de salud, medidas para enfrentar escandalosos niveles de corrupción en el sistema y algunas decisiones dirigidas a controlar a las EPS y desarrollar un control de precios de medicamentos. En algunas de estas medidas se tuvieron en cuenta los aspectos ordenados por la Corte en el mencionado fallo. Asimismo, algunas de estas medidas buscan que la acción de tutela no siga siendo la “válvula de escape” para plantear los problemas en el acceso a la salud. El Gobierno Santos (2010-2014) también ha hecho algunas actualizaciones a los planes de beneficios y los unificó, alegando cumplir con lo ordenado por la Corte.

La intervención de la Corte Constitucional ha influido entonces en muchos debates actuales sobre el sistema de salud. El énfasis del Tribunal en la participación parece chocar con diversas críticas que se han hecho a las medidas adoptadas porque se habrían impulsado en forma precipitada y sin debatir a profundidad con propuestas alternativas que durante muchos años han solicitado diversas respuestas a los problemas del sistema de salud. Lo que sí ha quedado en evidencia son las profundas tensiones entre el poder ejecutivo y el poder judicial respecto a los alcances de la intervención judicial para solventar las barreras en el acceso a la salud.

Este artículo estudia cuáles fueron los factores que condujeron a esta tensión entre los poderes ejecutivo y legislativo y la Corte Constitucional así como al extraordinario nivel de activismo judicial en la salud que ha vivido Colombia, examina la evolución dinámica de esa intervención judicial, que culmina en la Sentencia T-760/08 y su implementación, y por último hace una valoración preliminar de la intervención de los jueces con respecto a la creación de un sistema de salud más equitativo. Se comienza con la historia del papel de la Corte Constitucional desde principios de los años noventa, que se desenvuelve entre las contradicciones inherentes a la Constitución *aspiracional* que protege. El texto constitucional consagró amplios derechos sociales e introdujo una nueva visión de la sociedad colombiana, pero al mismo tiempo se inició una reforma radical del sector de la salud basada en principios neoliberales.

Se argumenta que la intervención de la Corte en el cumplimiento del derecho a la salud se facilitó enormemente por las innovaciones estructurales de la Constitución de 1991, entre las cuales está la acción de tutela. Sin embargo, la actividad de la Corte se puede inter-

pretar como una respuesta a las deficiencias de los procesos políticos que adoptaron las políticas públicas y a la falta de supervisión y autorregulación en el sistema de salud. Se investiga luego cómo evolucionaron los criterios elaborados por la Corte con respecto a la exigibilidad judicial del derecho a la salud, que, con todo, sigue careciendo de algunas directrices sobre los alcances de las limitaciones permisibles a este derecho.

En la sentencia T-760/08, la Corte intentó responder a sus críticos y ocuparse de los problemas sistémicos de acceso y regulación en el sistema de salud. Más de cuatro años después de emitida la T-760/08, el incumplimiento de varias de sus órdenes estructurales ha puesto de manifiesto los retos que tiene promover una mayor igualdad en el área de salud mediante los tribunales en Colombia, donde el contexto sociopolítico dificulta enormemente la posibilidad de un diálogo público transparente sobre el alcance y significado del derecho a la salud. Sin embargo, como reacción frente a la magnitud de la crisis y a la falta de participación en la adopción de algunas medidas, muchos ciudadanos parecen haberse apropiado del derecho a la salud como un elemento fundamental de la democracia y del ejercicio de la ciudadanía. En última instancia, el nivel de supervisión que ejerza la Corte en relación con los procesos de reforma y de adopción de una ley estatutaria consistente con los principios que ha anunciado la Corte serán fundamentales para que lo dispuesto en la T-760/08 alcance la mayor eficacia posible en el camino hacia un control judicial de las decisiones administrativas y legislativas con el fin de garantizar las condiciones procesales y sustantivas que lleven a una auténtica deliberación democrática en temáticas tan relevantes como la salud.

II. ANTECEDENTES QUE EXPLICAN EL SURGIMIENTO DE LA SENTENCIA T-760

2.1. El surgimiento de la Corte Constitucional y de la ley 100 de 1993

La Constitución de 1991 instauró una Corte Constitucional y mecanismos como la acción de tutela para proteger los derechos individuales y mejorar en gran medida el acceso de los ciudadanos a los tribunales mediante una legitimidad procesal amplia y la supresión de requisitos procedimentales. Estas innovaciones demostraron ser tan importantes como la introducción de derechos económicos y sociales en la Constitución. Sin embargo, la Corte Constitucional podría no haber tenido la relevancia fundamental que tiene en la promoción del cumplimiento de los derechos sociales, incluido el derecho a la salud,

si no hubiera sido por la crisis de representación política y la debilidad de los movimientos sociales y los partidos de oposición⁹.

En efecto, al paso de los años, las fuerzas políticas que impulsaron la Asamblea Constituyente de 1991 se fueron debilitando y la institución que asumió con mayor vigor la defensa del ambicioso proyecto constitucional terminó siendo la Corte, particularmente durante años en los cuales la Rama Ejecutiva en Colombia favorecía las políticas neoliberales. Al igual que en otros países donde los tribunales han tenido funciones importantes a la hora de proteger los derechos sociales¹⁰, en muchas situaciones la Corte ha sido la única que ha ofrecido protección a los grupos y poblaciones vulnerables frente a la inacción y la indiferencia de los demás poderes ante el sufrimiento humano.

La ley 100 es un ejemplo al respecto. La aprobación de una reforma general del sector de la salud mediante dicha ley se ha citado como paradigma de las reformas efectuadas por “equipos de reforma” (*change teams*): tuvieron un trámite veloz en el proceso legislativo, sin ninguna clase de participación ciudadana y fueron pensadas por equipos de tecnócratas aislados del debate público y sin responsabilidad por sus acciones ante la ciudadanía¹¹. En línea con las ideas neoliberales de ajuste estructural de principios de la década de los noventa, la ley 100 adoptó un modelo de prestación de cuidados de salud basado en la gestión privada con el fin de mejorar la eficiencia¹². Antes de la ley 100, los hospitales públicos proporcionaban en teoría cuidados a los pobres, lo cual se subsidiaba mediante los precios más altos que se les cobraban a los clientes que podían pagar los procedi-

⁹ UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “The Constitutional Court and social emancipation in Colombia”, en BOAVENTURA DE SOUSA, Santos (Ed.), *Democratizing democracy: Beyond the liberal democratic canon*, vol. 1, London: Verso, 2008 y UPRIMNY, Rodrigo, “The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and debates”, en GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar y ROUX, Theunis (Eds.), *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?*, Burlington, VT: Ashgate, 2006.

¹⁰ Véase, por ejemplo: GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M., *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, New York: Cambridge University Press, 2008 y LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 19.

¹¹ Para una definición de los “equipos de reforma” y un análisis de la reforma de la ley 100, véase BOSSERT, Thomas, “Methodological guidelines for enhancing the political feasibility of health reform in Latin America”, LAC/HSR 38, Boston: Harvard School of Public Health - LAC/HSR, 2000.

¹² PLAZA, Beatriz; BARONA, Ana Beatriz y HEARST, Norman, “Managed competition for the poor or poorly managed competition? Lessons from the Colombian health reform experience” en *Health Policy and Planning* 16, Supplement 2 (2001), ps. 44-51

mientos médicos. Sin embargo, los hospitales estaban mal financiados desde siempre y en la práctica era frecuente que los pobres no recibieran tratamiento¹³. Era necesaria una reforma, pero la aprobación de la ley 100 fue muy conflictiva. Esta ley fue aprobada de manera apresurada, previamente a las vacaciones navideñas, y se desarrolló tan rápido como fue posible mediante decretos, antes de que las elecciones presidenciales —que se celebrarían unos meses después— trajeran consigo un cambio de gobierno.

En esa misma dirección, cuando en el año 2007 se aprobó la ley 1122, que reformaba la ley 100, aunque había propuestas alternativas sobre el sistema de salud, el debate legislativo respecto a estas otras propuestas duró literalmente unos pocos minutos y se aprobó sin más la propuesta de ley del Gobierno. Algunos testimonios han señalado la fuerte presión que ejerció la industria farmacéutica y las aseguradoras sobre los legisladores, y los intereses financieros de algunos de los congresistas en las empresas aseguradoras¹⁴ como razones para la rapidez con la que los legisladores aprobaron una ley que concede mayores protecciones a las empresas aseguradoras que a los pacientes, y que no recoge algunos precedentes importantes ya establecidos por la Corte Constitucional con respecto a la obligación del Estado de proporcionar un cierto nivel de cuidados de salud¹⁵. Tal como se analizará posteriormente, la discusión legislativa de la reforma al sistema de salud reprodujo nuevamente esta falta de diálogo con las perspectivas alternativas y críticas al modelo impulsado por la ley 100.

Si los canales legislativos y políticos normales para las quejas relativas al derecho a la salud estaban bloqueados, no lo estaban menos los caminos para la movilización social. El conflicto armado que ha arruinado al país durante más de medio siglo, unido a la represión autoritaria del disenso¹⁶, han tenido efectos especialmente devastadores en las posibilidades de movilización social sobre las políticas públicas de salud. Colombia es un excelente ejemplo de la hipótesis de Asa Laurell, según la cual para hacer efectivas las políticas neoliberales se

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Felipe Galvis (miembro de una unidad de trabajo legislativo al momento de la aprobación de la ley), entrevistado en Bogotá el 24 de marzo de 2009. Sobre la forma como algunos congresistas utilizarían las empresas aseguradoras como caudal político o recibirían beneficios económicos por parte de estas, ver “El cáncer de Caprecom”, en *Revista Semana*, mayo 14 de 2012, y CORONEL, Daniel, “Salud, dinero y amor”, en *Revista Semana*, 29 de marzo de 2013.

¹⁵ Cecilia López (senadora), entrevistada el 27 de marzo de 2009 en Bogotá.

¹⁶ Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI, *op. cit.*, ps. 11-32.

requiere una intervención vigorosa del Estado caracterizada por tendencias autoritarias, que paradójicamente tiene lugar dentro del proceso exigido por los neoliberales de “disminución de la intervención del Estado”¹⁷. En Colombia han sido asesinados un número importante de líderes sindicales y trabajadores del sector de la salud en un contexto de violencia sociopolítica paralelo a procesos de privatización¹⁸. Se han hecho denuncias sobre la participación de unidades militares y también grupos paramilitares (incluyendo las llamadas “Águilas Negras” o las “Bandas Criminales Emergentes”) para acosar a los trabajadores y líderes disidentes del sistema de salud, y para ocupar los hospitales públicos destinados a ser privatizados o cerrados¹⁹.

Al mismo tiempo han sido comunes los ataques a las instalaciones médicas y al personal sanitario por parte de grupos armados ilegales, especialmente en las áreas rurales, lo cual ha tenido en algunos casos un impacto negativo en los cuidados de salud y la vacunación²⁰. Algunas personas desplazadas y parte de la población que vive en zonas con presencia de los grupos armados ilegales enfrentan barreras para el acceso a la salud, miedos a suministrar información personal en hospitales e, incluso, optan por no utilizar el sistema de salud por la estigmatización que pueden sufrir al ser señalados de pertenecer a un grupo armado ilegal²¹. De otra parte, en algunas regiones, los grupos paramilitares controlaban y básicamente gestionaban los presupuestos del régimen subsidiado, con lo cual convirtieron parte del sistema de salud en otro espacio del llamado “clientelismo armado”²².

¹⁷ LAURELL, Asa Cristina, “Globalización y reforma de Estado”, en COSTA, A.M.; MÉRCHAN-HAMANN, E. y TAJER, D. (eds.), *Saúde, equidade e gênero: um desafio as políticas públicas*, São Paulo: UnB/ALAMES/Abrasco, 2000, p. 43.

¹⁸ Por ejemplo, la Asociación Nacional de Trabajadores Hospitalarios de Colombia (Anthoc) ha denunciado que 132 de sus miembros fueron asesinados entre 1996 y 2007. Asimismo, Anthoc ha denunciado además amenazas, robos domiciliarios y varios casos de detención arbitraria de sus miembros. Véase MARTÍNEZ GUEVARA, Gilberto y Anthoc, *Anthoc ante el genocidio y la liquidación*, Anthoc, 2008 [último acceso, 5 de Octubre de 2009], disponible en: http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=216.

¹⁹ *Ibíd.*; ex trabajadoras y ex trabajadores del Instituto Materno Infantil, entrevistados el 28 de marzo de 2009.

²⁰ Véase “Ataques, amenazas y asesinatos a pacientes: entre las amenazas que enfrenta personal de salud” en Cambio, Bogotá (23 Mayo, 2009) [último acceso, 30 de Octubre de 2009], disponible en: http://www.cambio.com.co/paiscambio/830/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-5289253.html. Esta nota de prensa se refiere a cuatro pacientes asesinados durante 2009 por grupos armados ilegales.

²¹ Médicos sin Fronteras, *Acceder a la salud es acceder a la vida*, Bogotá: MSF, 2010.

²² En noviembre de 2006, la Superintendencia de Salud anunció que investigaría las noticias sobre infiltración paramilitar en las EPS, ARS e IPS de diferentes departamentos y

Además, la Procuraduría ha denunciado la importante corrupción entre las administraciones locales, especialmente en relación con la apropiación ilegal o uso de los recursos del régimen subsidiado de salud²³. Otras denuncias han mencionado que el clientelismo político determina quién tiene acceso al régimen subsidiado.

A pesar de este contexto, el número extraordinario de reclamaciones de salud ante los tribunales colombianos y el alcance de las intervenciones de la Corte Constitucional se pueden explicar sólo en parte por factores sociopolíticos. La incapacidad del sistema de autorregularse tiene también una relevancia decisiva. Es crucial entender el sistema de salud que se creó mediante la ley 100 para comprender la intervención judicial de la Corte en la materia.

2.2. La crisis del sistema de salud colombiano antes de 2008

El sistema de salud puesto en práctica mediante la ley 100 en 1993 se basó en la idea de que los cuidados de salud pueden y deben asignarse mediante mecanismos de mercado, como cualquier otro bien, y que en general el sector privado tiene una mejor capacidad para gestionar eficientemente el mercado de las prestaciones de salud. Sin embargo, lo que la ley 100 contemplaba estaba lejos de ser un mercado no regulado. El Estado tenía también una función importante a la hora de regular el complejo esquema de prestadores del servicio y aseguradoras. Las contradicciones inherentes a la ley 100 hicieron que con el paso del tiempo se produjeran líneas de fractura que, junto con la ausencia de la necesaria supervisión y regulación del Gobierno, condujeron a la crisis del sistema.

Según el sistema de competencia dirigida de la ley 100 para el sector de la salud, conocido como “pluralismo estructurado”, las autoridades públicas compensan a las organizaciones prestatarias de servicios de salud por cada sujeto cubierto por el plan. Hay prestadores de servicios de salud públicos y privados, que se conocen colectivamente como IPS (instituciones prestadoras de servicios de salud). Las IPS proporcionan servicios médicos a los usuarios afiliados a la EPS (empresas promotoras de salud, que son empresas aseguradoras) de su elección.

municipios. En septiembre de 2009, un ex secretario de Salud de la ciudad de Córdoba le reconoció a la Fiscalía sus vínculos con grupos paramilitares. Ver YAMIN y PARRA-VERA, *op. cit.*

²³ Véase, entre otros documentos, Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, *op. cit.*, relacionado con la remoción de un alcalde y algunas autoridades públicas debido a la gestión ilícita de los recursos de salud.

Al lado de una competencia dirigida se dispuso la creación de un paquete de beneficios preciso que se debía suministrar mediante un sistema de seguro nacional, el Plan Obligatorio de Salud (POS), basado en la capitación, es decir, en la distribución de recursos en función del número de personas atendidas. La ley 100 introdujo también un sistema de beneficios dividido en dos niveles: i) el régimen contributivo (POS-C) para las personas empleadas formalmente o con ingresos superiores al doble del salario mínimo, y ii) el régimen subsidiado (POS-S) que, según la ley 100, tenía una capitación establecida en la mitad del régimen contributivo y que incluía muchos menos beneficios²⁴. Según la ley 100, las primas para el régimen contributivo se establecían en función de la capacidad de pago, mientras que en el régimen subsidiado se ajustaban en función del riesgo.

Hemos mencionado en la introducción las principales críticas contra el sistema respecto a la diferenciación discriminatoria entre los planes de beneficios y los problemas en su actualización. Entre los más importantes cabe resaltar que la ley 100 pretendía un plan de beneficios bien definido, su reglamentación dejó un gran número de cuestiones sin resolver que se conocieron después como “zonas grises”, en las que es poco claro si un determinado procedimiento, medicamento o servicio está cubierto o no por el POS²⁵.

La ejecución de la ley 100 sufrió también de una serie de problemas, como la falta de capacidad institucional para ejecutar el programa, el fraude en la distribución de beneficios del régimen subsidiado y la lenta implementación en las zonas rurales²⁶. Además, los costos de transacción han sido muy altos. Varios estudios han señalado que hasta un 20% de los gastos en salud se deriva de los costos administrativos y de transacción de las aseguradoras que financian las prestaciones de salud²⁷.

²⁴ PLAZA, Beatriz; BARONA, Ana Beatriz y HEARST, Norman, op. cit., ps. 44-51. Ver también SAVEDOFF, William D., “Reaching the poor through demand subsidies: The Colombian health reform”, Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2000 [último acceso 5 de octubre de 2009], disponible en: <http://www.iadb.org/SDS/doc/COHealthReform.pdf> y GLASSMAN, Amanda, “After a decade: Health insurance in Colombia Law 100 of 1993”, Global Health Council Conference, Health Systems 20/20 Auxiliary Session, 2007, 20 de Mayo, [último acceso, 5 de octubre de 2009], disponible en; <http://www.healthsystems2020.org/content/resource/detail/1927/>.

²⁵ Por ejemplo, el POS incluye la extracción de intestino y colostomía correspondiente, pero algunas EPS alegaban que no se incluye la bolsa de colostomía, razón por la cual niegan este procedimiento y muchas tutelas se han utilizado para ordenar el suministro de la bolsa.

²⁶ PLAZA, Beatriz; BARONA, Ana Beatriz y HEARST, Norman, op. cit., ps. 44-51.

²⁷ Véase, por ejemplo HOMEDES, Nuria y UGALDE, Antonio, “Why neoliberal health reforms have failed in Latin America” en *Health Policy* 71 (2005), ps. 83-96 y SAVEDOFF, William D., op. cit.

Uno de los más importantes costos de transacción que explica el tipo de preocupación que abordó la sentencia T-760 se relacionaba con el recobro de aquellos gastos efectuados por las EPS en relación con prestaciones no incluidas en el POS. En efecto, cuando los bienes y servicios no estaban incluidos en el POS, pero un juez ordenaba suministrarlos, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) reembolsaba a la aseguradora pública o privada los costos de la prestación efectuada. Sin embargo, los problemas en las bases de datos y otro tipo de obstáculos en el Ministerio de Protección generaron dificultades para hacer efectivos dichos cobros, lo cual empezó a generar deudas con las EPS y problemas en el adecuado flujo de recursos en el sistema. Además, el trámite de los cobros empezó a asociarse con prácticas de corrupción -a través de empresas intermediarias que utilizaron diversas formas de falsedad para tramitar dichos cobros. Por otro lado, conforme a la ley 100, el Consejo Nacional Seguridad Social en Salud (CNSSS) estaba a cargo de la regulación del sistema y el Ministerio de Salud debía administrarlo. En el año 2007, la ley 1122 reemplazó al CNSSS con un nuevo ente, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) que comenzó a funcionar en 2009. Hay otros dos órganos regulatorios importantes, la Superintendencia Nacional de Salud (la Superintendencia) y los Comités Técnico-Científicos de las aseguradoras. La Superintendencia está a cargo de determinar qué empresas reúnen los requisitos para ser aseguradoras y también de vigilar que éstas cumplen con las condiciones establecidas en el POS. Un informe conjunto emitido en 2008 por DeJusticia y la Procuraduría concluyó que “frecuentemente las quejas sobrepasan la capacidad administrativa de las diferentes instituciones” y que los demandantes están expuestos al antojo y la disponibilidad del funcionario que reciba la queja, teniendo en cuenta la ausencia de criterios uniformes para el registro, procesamiento y seguimiento de las quejas²⁸. Ese informe señaló que la falta de una estrategia diferenciada para responder a las solicitudes de salud de los grupos marginados, unida a las carencias de información, exacerbaban la exclusión de los afrodescendientes y otras poblaciones vulnerables²⁹.

²⁸ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit.; LÓPEZ MEDINA, Diego, “‘Sistema de salud’ y ‘derecho a la salud’: historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional”, Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, ps. 42-48, [último acceso, 5 de octubre de 2009], disponible en: http://derecho.uniandes.edu.co/derecho_uniandes/export/derecho_uniandes/facultad/rel_eventos3.html.

²⁹ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit., p. 20.

Por su parte, los Comités Técnico-Científicos (CTC) pretendían proporcionar mecanismos para solucionar los conflictos internos en el sistema de salud y permitir a los ciudadanos que las solicitudes de tratamientos y medicamentos que estuvieran fuera del POS fueran escuchadas por un órgano teóricamente independiente. Sin embargo, los CTC fueron criticados por su falta de celeridad y, en algunos casos, por problemas de independencia frente a las aseguradoras.

Asimismo, la crisis de supervisión del sistema de salud fue producto, en gran medida, de la desregulación masiva del sector farmacéutico que se produjo desde el año 2004 y que se aceleró desde 2006³⁰. Por consiguiente, durante algunos años la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos no reguló la mayoría de los medicamentos y eso, en conjunción con la promoción activa de sus productos por parte de las empresas farmacéuticas, generó una oleada de demandas judiciales, presentadas por personas que piden medicamentos muy caros para diferentes enfermedades e incluso medicamentos biotecnológicos. El Observatorio del Medicamento de la Federación Médica Colombiana (Observamed) documentó que el reembolso promedio anual del Fosyga por medicamentos creció de 1.000 millones de pesos (de 1997 a 2000) a 1 billón en 2007. En el año 2008, ese costo había excedido los 1,15 billones de pesos y se aproximaba a los 1,5 billones de pesos en 2009³¹. Al respecto, las empresas farmacéuticas alegaban que las EPS y los demás participantes van agregando en la intermediación márgenes a los precios hasta alcanzar cifras exorbitantes, lo que ha hecho que algunos medicamentos de marca cuesten en Colombia hasta 200 veces más que en otros países³². Como se verá posteriormente, en forma reciente el nuevo Gobierno ha impulsado algunas formas de control de precios de medicamentos y los resultados de esta estrategia aún están por verse.

En resumen, en 2008, cuando la Corte emitió su decisión T-760/08, ya era evidente que los CTC no estaban funcionando adecuadamente, que la Superintendencia no estaba ejerciendo sus responsabilidades de supervisión y que el sistema era incapaz de regularse por sí mismo. El sistema estaba en crisis y las personas acudían en masa a los tribunales con demandas motivadas por violaciones del derecho a la

³⁰ Ministerio de la Protección Social, Circular 04/2006.

³¹ ANDIA REY, Tatiana, "Acuerdo 8 de 2009 de la CRES no modifica listado de medicamentos incluidos en el POS" en *Boletín Informática y Salud*, 2010 [último acceso 10 de febrero de 2010], disponible en: http://www.med-informatica.net/BIS/BisBcm01de2010_29dic09a03ene10.htm.

³² CORTÉS, Carlos, "El peso de los medicamentos en la emergencia social", La Silla Vacía, Bogotá (11 de febrero, 2010), [último acceso, 14 de febrero de 2010], disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/6657>.

salud. Pero en muchos casos, lo que los tribunales hacían era limitarse a hacer cumplir los contratos de seguro. Es decir, como se estudia en mayor detalle después, un poco más de la mitad de las tutelas (54,4%) presentadas entre 1999 y 2008 en el campo de la salud se referían a bienes y servicios de salud que estaban incluidos de hecho en el Plan Obligatorio de Salud y que las aseguradoras deberían haber concedido. Sin embargo, las EPS se negaban a prestar los cuidados de salud para racionar implícitamente las prestaciones y aumentar sus beneficios. Como se analizará luego, otro gran porcentaje correspondía a reclamaciones de productos necesarios para realizar un cierto procedimiento, como las prótesis para la cirugía de reemplazo articular³³. Como se señaló en el informe conjunto de 2008 de DeJusticia y de la Procuraduría, el fracaso de la supervisión sistemática hizo que el recurso a los tribunales fuese una “válvula de escape” frente a las limitaciones propias de los mecanismos de control administrativo³⁴.

2.3. Efectos positivos y efectos inequitativos de la intervención judicial anterior a la sentencia T-760

En el presente volumen existe otro capítulo destinado al alcance de la protección judicial del derecho a la salud en Colombia³⁵, razón por la cual a continuación sólo se precisarán algunos detalles mínimos de la evolución jurisprudencial en orden a contextualizar los aportes de la sentencia T-760. Durante algunos años, en orden a permitir el acceso a prestaciones no incluidas en el POS para poder solucionar casos urgentes, la jurisprudencia desarrolló criterios de protección del derecho a la salud a partir de su conexidad con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. Asimismo, se establecieron reglas para la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Por otra parte, un antecedente importante de la sentencia T-760 lo constituye la sentencia T-025/04, en un caso en el que la Corte declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en relación con la situación de millones de personas desplazadas internamente en el país, que padecían, entre otras cosas, falta de acceso a los cuidados de salud y deplorables condiciones de vida que afectaban a su salud³⁶. En la T-025/04, la Corte ordenó a todas las autoridades relevantes

³³ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, op. cit.

³⁴ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit.

³⁵ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en esta obra.

³⁶ Sentencia T-025/04.

cumplir con sus responsabilidades a tenor de los requisitos legales, y les otorgó diversos plazos para diseñar un plan detallado.

Cabe resaltar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte fue objeto de críticas. Por ejemplo, la determinación de qué derecho se puede considerar fundamental a partir de la aplicación de la doctrina de la conexidad es claramente subjetiva. El alargamiento del pene o el viagra fueron reconocidos por algunos tribunales como necesarios para tener “una vida digna”, mientras que una prótesis de pierna, un tratamiento de fertilidad para mujeres o las pipetas de oxígeno no lo fueron. Las EPS argumentan que la intervención impredecible de los tribunales socava la estabilidad del contrato de seguro con los pacientes. Otros críticos señalaron, a su vez, la alianza perversa entre las empresas farmacéuticas, los médicos y los jueces en una “corrupción judicialmente estimulada” que lleva a que se ordenen medicamentos caros a los pacientes³⁷. La tutela ha sido utilizada por empresas farmacéuticas para crear un mercado de medicamentos no incluidos en el POS. Por ejemplo, algunos laboratorios proporcionan incentivos financieros a los médicos, los proveedores de servicios médicos o las aseguradoras para que usen medicamentos de marca en lugar de genéricos³⁸.

Con todo, fueron los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, los que explican que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa³⁹. Entre 1999 y 2008, el número de tutelas que se presentaron relativas a reclamaciones de salud aumentó continuamente. Como ilustra el cuadro 1, entre 1999 y 2011 se han interpuesto 975.551 tutelas relativas al derecho a la salud⁴⁰.

Cuadro 1

Año	Tutelas relativas al derecho a la salud	Proporción de la tutelas de salud sobre el total de tutelas (%)
1999	21.301	24,67
2000	24.843	18,85

³⁷ Oscar Andia (director de Observamed), entrevistado el 24 de marzo de 2009 en Bogotá.

³⁸ Véase LÓPEZ MEDINA, Diego, op. cit.; Oscar Andia (director de Observamed), entrevistado en Bogotá, 24 de marzo de 2009; Díaz Granados, entrevistado en Bogotá, 24 de marzo de 2009.

³⁹ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit., p. 147; Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, op. cit.

⁴⁰ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, 2011, Bogotá.

Año	Tutelas relativas al derecho a la salud	Proporción de la tutelas de salud sobre el total de tutelas (%)
2001	34.319	25,75
2002	42.734	29,69
2003	51.944	34,70
2004	72.033	36,35
2005	81.017	36,12
2006	96.226	37,56
2007	107.238	37,81
2008	142.957	41,50
	CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA T-760	
2009	100.490	27,11
2010	94.502	23,43
2011	105.947	26,14
TOTAL	975.551	31,16

Fuente: Defensoría del Pueblo a partir de datos de la Corte Constitucional.

En un apartado posterior se analizará el impacto de la T-760/08 en la reducción del número de tutelas en salud durante 2009 y 2010. Por lo pronto, y en el marco del contexto para entender dicha sentencia, cabe resaltar que la mayoría de estas tutelas buscaban hacer efectivos tratamientos y servicios que las aseguradoras deberían haber cubierto. En efecto, entre los años 2003 y 2008, el 54,4% de las tutelas eran para tratamientos y servicios contenidos en el POS⁴¹. Igualmente, entre 2006 y 2008, el 74,8% de las cirugías, el 62,6% de los exámenes, el 66,9% de los tratamientos y el 77,7% de los procedimientos solicitados en las tutelas eran parte de los beneficios a los que tenía derecho una persona cubierta por el POS-C o el POS-S, según los casos⁴². Asimismo, en el año 2009, se encontró que el 68,2% de las solicitudes requeridas a través de las tutelas se relacionaban con prestaciones incluidas dentro del POS⁴³. Por consiguiente, con

⁴¹ *Ibíd.*, p. 55 y Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*, op. cit., ps. 50,78.

⁴² Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, op. cit., ps. 65, 74 y 77.

⁴³ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. 2009*, op. cit., p. 55.

respecto a la mayoría de los 900.000 casos registrados, sería impropio hablar de activismo judicial. Los jueces se limitan a hacer cumplir obligaciones preexistentes, establecidas en políticas creadas y aprobadas por las ramas Legislativa y Ejecutiva⁴⁴. Es decir que la supervisión judicial funcionaba en la mayor parte de los casos como un control sobre la forma como se puso en riesgo la asistencia sanitaria debido a las arbitrariedades en la “contención de costos” (“quality skimping”) por parte de las aseguradoras.

Sin embargo, hay otras sentencias que han creado claramente nuevas políticas de salud y eso ha afectado indirectamente los gastos públicos. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte influyó para que el antiguo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud incluyera las pruebas de carga viral en el POS, junto con otras pruebas de diagnóstico, como las biopsias, puesto que el tratamiento efectivo para el VIH-sida y otras enfermedades depende de su diagnóstico oportuno⁴⁵. De manera parecida, la Corte ha ejercido control judicial sobre los procedimientos usados para determinar los beneficios derivados del POS⁴⁶ y los beneficiarios de las prestaciones de salud subsidiadas⁴⁷.

Además, muchas de las sentencias de la Corte han concedido directamente medicamentos, cuidados y servicios excluidos del POS, que han requerido la financiación del Estado a través del Fosyga. En algunos años los medicamentos han sido la única área en la que las tutelas para recibir cuidados no incluidos en el POS superan a las tutelas para pedir cuidados de salud teóricamente incluidos en él.

Según información del consorcio Fidufosyga, las cantidades reclamadas por reembolsos al Fosyga por medicamentos no incluidos en el POS pasaron de 4.244 millones de pesos en el año 2000 a 1.759.402 en 2008⁴⁸. Aunque el reembolso de las reclamaciones ha crecido ex-

⁴⁴ GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y SAFFON, María Paula, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, N° 1, 2011.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, sentencia T-500/2007.

⁴⁶ Véase sentencia T-960/2001 (la definición del contenido del POS no es una facultad arbitraria sino reglada y controlable, razón por la cual existe el derecho a conocer las consideraciones por las que ciertos procedimientos, exámenes y tratamientos médicos no están incluidos en el POS).

⁴⁷ Véase sentencia T-499/1995 (las situaciones de vulnerabilidad, como el estado de embarazo, y las circunstancias de debilidad manifiesta deben ser tenidas en cuenta como elementos relevantes para focalizar los beneficios del régimen subsidiado).

⁴⁸ Ver el cuadro evolutivo disponible en <http://static.elespectador.com/archivos/2012/05/de4c014efba65f9920a2ad6bf6e49f8a.jpg>, relacionado con el artículo “lupa a precios de medicamentos”, *El Espectador*, 21 de mayo de 2012.

ponencialmente cada año desde 2002, cabe resaltar que, desde el año 2006, Colombia desreguló sustancialmente su sector farmacéutico y que el porcentaje de reembolsos atribuibles a decisiones de los Comités Técnico Científicos (CTC) creció más rápidamente que el de las tutelas. De forma perversa, a las EPS, en la práctica, les comenzó a interesar más que se concediera el derecho a medicamentos no incluidos en el POS mediante la CTC o tutelas, porque así podían conseguir un beneficio sustancial cargándole al Fosyga un precio de reembolso muy superior al precio real que pagaban en el mercado, gracias a su poder de negociación⁴⁹. Posteriormente mencionaremos como el nuevo gobierno ha adoptado medidas de control de precios para frenar estos abusos en los recobros.

Otro porcentaje importante de los reembolsos del Fosyga procede de las llamadas “zonas grises” del POS, lo cual se agrava por la desconsideración sistemática por parte de las aseguradoras de la jurisprudencia constitucional que intentaba hacer esas zonas grises algo más claras. Por ejemplo, en su estudio exhaustivo del uso de las tutelas, la Defensoría del Pueblo documentó que con respecto a las cirugías, entre 2006 y 2008, “las principales negaciones son aquellas cirugías que requieren insumos o aditamentos adicionales para su realización, tales como la corrección de cataratas, los implantes de stent y, en ortopedia, las que requieren reemplazos articulares y material de osteosíntesis”⁵⁰.

En marzo de 2009, Juan Manuel Díaz Granados, presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, estimó que cubrir las zonas grises “llevaría a la quiebra de las aseguradoras”⁵¹. No obstante, desde el año 2003, la jurisprudencia de la Corte ha sido especialmente clara y coherente al afirmar que los materiales necesarios para llevar a cabo un procedimiento incluido en el POS o proporcionar “cuidados integrales” al paciente se deberían considerar incluidos en el POS, salvo que se excluyan expresamente⁵². Por consiguiente, como señalaron la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría en informes separados, las empresas aseguradoras han estado en la práctica “cobrando dos veces por lo mismo”: le han cargado a los

⁴⁹ Oscar Andia (director de Observamed), entrevistado en Bogotá, 24 de marzo de 2009.

⁵⁰ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, op. cit., p. 59.

⁵¹ Juan Manuel Díaz Granados, entrevistado en Bogotá, 24 de marzo de 2009.

⁵² Sentencia T-859/2003 (ante la duda de si un injerto requerido para un procedimiento de aloinjerto en hueso se incluye en el POS, se debe entender incluido, teniendo en cuenta una interpretación congruente con la salvaguarda de la dignidad humana).

pacientes las primas y luego han vuelto a cobrarle al Estado mediante los reembolsos solicitados al Fosyga⁵³.

En el mismo sentido, la Corte ha aclarado reiteradamente que no se les puede negar la cobertura a los pacientes con condiciones médicas catastróficas por no haber pagado las primas durante un tiempo lo suficientemente largo, por ejemplo. Aun así, los pacientes se ven obligados a acudir a los tribunales cuando buscan remedio para su situación. Al considerar el abuso de la tutela en el área de salud para solicitar que se cubra aquello que ya se debería haber cubierto, la ley 1122 de 2007 (artículo 14) estableció una sanción a las EPS que se negaran a prestar “cuidados integrales” a los pacientes en situación catastrófica o que padecieran otras enfermedades que requiriesen cuidados de salud muy caros. La ley 1122 estableció que si, a consecuencia de una tutela, una aseguradora se ve obligada a prestar los servicios de salud exigidos por esas situaciones, los costos se deberían dividir por mitades entre la EPS —la aseguradora— y el Fosyga y que no quedarían, como regla general, solamente a cargo del Fosyga. En la C-463/08, la Corte extendió esa sanción a las aseguradoras —es decir, una reducción del 50% del reembolso— con respecto a todos los medicamentos y tratamientos que la jurisprudencia previa hubiera establecido inequívocamente que estaban cubiertos⁵⁴.

Incluso frente a los hechos de desincentivar a las empresas de salud para que no obliguen a usar la tutela a los enfermos y el probable doble cobro de las aseguradoras, algunos economistas colombianos argumentan que la concesión de beneficios no previstos en el POS desestabiliza el sistema y puede llevar a la quiebra de las empresas aseguradoras⁵⁵. Aunque la Corte, en revisiones abstractas, ha mostrado frecuentemente ser consciente de las preocupaciones sobre la sostenibilidad financiera del sistema, la jurisprudencia relativa a las tutelas no proporciona muchas pistas sobre cómo limitar el alcance del derecho a la salud o, cuando es pertinente, los recobros que se le solicitan al Fosyga. En el año 2008, cuando la Corte decidió sobre el asunto en la T-760/08, el sistema parecía estar a punto de sufrir también una crisis financiera.

Por otra parte, puesto que las tutelas se otorgan a medida que se presentan y considerando que no todos los tratamientos pueden universalizarse hoy, se puede criticar a los tribunales colombianos

⁵³ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit.

⁵⁴ Véase sentencia C-463/2008.

⁵⁵ Véase los análisis de los economistas PERRY, Guillermo; GAVIRIA, Alejandro y SANTA MARÍA, Mauricio, “Debate de coyuntura legislativa: los retos del sistema de salud en Colombia” en *Instituto de Ciencia Política* 112: 1-4 (2008).

justamente por conceder beneficios de salud a aquellos que tienen mejor acceso a la justicia —a quienes por su capacidad de pago se encuentran en el régimen contributivo— un criterio que desde el punto de vista de la equidad es muy problemático. Esta desigualdad se acrecienta enormemente por el hecho de que aquellos que se han beneficiado históricamente de las tutelas son quienes están en mejor posición económica y, por consiguiente, quienes tienen un paquete de beneficios más amplio y definido. Los estudios llevados a cabo por la Defensoría del Pueblo y por la Procuraduría con DeJusticia indicaban, hacia 2008, que más de la mitad de las reclamaciones son presentadas por personas incluidas en el régimen contributivo. En contraste, menos del 20% eran presentadas por personas pertenecientes al régimen subsidiado. Si se tienen en cuenta el número de personas afiliadas a cada uno de los regímenes, la Procuraduría y DeJusticia calcularon que, en el año 2003, el índice de uso de acciones de tutela para exigir ciertas prestaciones de salud fue casi seis veces más alto para el régimen contributivo que para el subsidiado (185 reclamaciones de régimen contributivo por cada 100.000 habitantes frente a 33 del régimen subsidiado por cada 100.000)⁵⁶. Con todo, durante el año 2009, el 43,58% de las tutelas corresponde al régimen contributivo y el 56,42% al régimen subsidiado⁵⁷.

Además, entre 2006 y 2008, Bogotá (24.9%), Antioquia (20.1%), Valle (10.1%) y Atlántico (5.4%), es decir, la capital del país y tres de los departamentos más ricos, concentraron más del 60 % de las tutelas. Por el contrario, Vaupés, Guainía, Vichada y Chocó, que se encuentran entre los departamentos más pobres, no logran sumar ni el 1% del total de tutelas en dicho periodo⁵⁸.

Aparte de fomentar esta desigualdad, algunos estudios señalaban que los fondos pagados por el Fosyga para beneficios no incluidos en el POS se podrían haber utilizado mejor para expandir la cobertura, especialmente la del régimen subsidiado, o para financiar ciertas medidas de salud muy necesarias en Colombia⁵⁹. Como ya se explicó, la desigualdad extrema en Colombia se refleja en las estadísticas de

⁵⁶ Procuraduría General de la Nación y DeJusticia, op. cit., p. 173.

⁵⁷ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, 2009, op. cit., p. 55.

⁵⁸ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, op. cit., p. 28.

⁵⁹ PINTO, Diana y CASTELLANOS, María Isabel, "Caracterización de los recobros por tutelas y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud" en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* 3: 56 (2004). Según estas autoras, con las cuentas de recobro radicadas en esos años, más los gastos administrativos de su procesamiento se podrían haber asegurado aproximadamente a 199.000 personas adicionales en 2002 y a 327.000 en 2003.

salud: algunas partes del país han superado ya las enfermedades epidémicas, mientras otras continúan teniendo problemas relacionados con la infraestructura sanitaria y de salud básica. Por ejemplo, mientras que en el año 2006, el 99% de la población urbana tenía acceso a fuentes de agua mejoradas y el 86% lo tenía a instalaciones sanitarias adecuadas, esos porcentajes eran sólo del 71% y del 54% para la población rural⁶⁰.

Esas disparidades se reproducen en varios de los indicadores fundamentales relativos a la salud. Así, la vacunación contra la varicela entre los menores de un año era del 85% en las áreas urbanas, pero sólo del 75% en las rurales; igualmente, existe una diferencia del 10% en el índice de mortalidad de los menores de 5 años —un indicador útil para evaluar las condiciones de vida y la alimentación— entre las áreas rurales y urbanas⁶¹.

En resumen, en el año 2008, el sistema de salud y la actividad de los tribunales en materia de salud eran asuntos muy conflictivos en Colombia. El acceso a los tratamientos no universalizables mediante el recurso a la tutela pudo contribuir con algunas inequidades del sistema. En contraste, otras decisiones de la Corte, que pretendían hacer más transparentes las áreas grises del POS y conseguir que las acciones de las aseguradoras tuvieran un mayor control público, produjeron una mayor igualdad y proporcionaron la única defensa contra los abusos que tenían lugar en un sistema altamente desregulado. Además, la Corte actuó debido a la pasividad del Estado, que hacía que las ramas políticas del Gobierno no regularan el sistema de salud o siquiera cumplieran con su propia legislación o los ideales políticos consagrados⁶². Por otra parte, las consecuencias de sostenibilidad financiera derivadas de lo anterior empezaban a hacerse insostenibles.

⁶⁰ Para el suministro de agua e infraestructura sanitaria, véase Unicef/WHO, "Republic of Colombia: improved water coverage estimates 1980-2006", Geneva: Unicef/WHO, 2006, [último acceso 5 de octubre de 2009], disponible en: http://documents.wssinfo.org/resources/documents.html?type=country_files. Y también, Unicef/WHO, "Republic of Colombia: Improved sanitation coverage estimates" (1980-2006), Geneva: Unicef/WHO, 2008, [último acceso 5 de octubre de 2009], disponible en: http://documents.wssinfo.org/resources/documents.html?type=country_files.

⁶¹ World Health Organization Statistical Information System -Whosis, World Health Statistics 2009, Geneva: WHO, (2009), [último acceso, 20 de octubre de 2012], disponible en: <http://www.who.int/whosis/whostat/2009/en/index.html>.

⁶² Ver asimismo RODRÍGUEZ GARAVITO, César, "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones", en BERNAL, Oscar y GUTIÉRREZ, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Tal vez no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud y de las consecuencias desafortunadas que tenía ocuparse persona por persona de los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación.

3. LA SENTENCIA T-760 DE 2008

La T-760/08 recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sentencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. En la sentencia, la Corte afirma que ese enfoque estructural es necesario porque “los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela”⁶³.

Desde julio de 2006, la Corte había estado reuniendo información de la Superintendencia de Salud, los ministerios de la Protección Social y de Hacienda, la Defensoría del Pueblo y la CNSSS, además de casos ilustrativos, con el fin de fundamentar su enfoque sistémico. La Corte emitió 16 órdenes generales en las que analizó la forma en que las fallas de regulación implicaban una violación de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud. Las cuatro principales fallas de regulación se relacionaban con la i) precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; ii) sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos; iii) determinación de derechos y deberes del paciente; y iv) cobertura universal del sistema. Las órdenes emitidas involucraron, entre otros aspectos, i) claridad en la definición de los beneficios del POS, ii) la realización de auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras, así como otras medidas para fortalecer la supervisión sobre dichas empresas; iii) facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, iv) un plan de contingencia para garantizar los cobros apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S; y v) hacer una

⁶³ Sentencia T-760/2008.

revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían revisado a fondo desde hacía muchos años⁶⁴.

La Corte no declaró que el funcionamiento del sistema de salud fuera asociado a un “estado de cosas inconstitucional”, como había sido recomendado por el informe de la Procuraduría y DeJusticia, la Defensoría del Pueblo y otros actores como el Movimiento Nacional por la Salud. Según Manuel José Cepeda, el magistrado ponente de la sentencia, una declaración de estado inconstitucional de cosas le hubiera concedido al Gobierno un tiempo largo para analizar los defectos del sistema y pensar propuestas para solucionarlos, lo cual en este caso simplemente hubiera producido mayores retrasos⁶⁵.

Sin embargo, la decisión de la Corte exigía la reestructuración del sistema de salud de forma significativa. Para que se ajustara a lo dispuesto por el propio órgano legislativo en la ley 1122 de 2007, la sentencia le ordenó a la CRES actualizar completa e inmediatamente y luego año tras año los beneficios incluidos en el POS mediante un proceso que incluyera la “participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”⁶⁶, en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

La ley 100 había establecido como finalidad unificar los dos regímenes de beneficios de salud en el futuro. En el año 2006, la Corte consideró la diferenciación de los planes basada en la capacidad de pago como algo permisible constitucionalmente, pero expresó que el Gobierno debía, para cumplir con los objetivos declarados en la propia ley, formular un plan para que la unificación tuviese lugar en un plazo específico⁶⁷. En la T-760/08, citando la inacción del Gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la ley 100, la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva

⁶⁴ Antes de la decisión de la Corte en la T-760, las tasas de capitación no se habían revisado integralmente. Según las EPS, no haber actualizado la unidad de capitación, unido a los lentos reembolsos efectuados por el fondo de solidaridad público para las prestaciones no cubiertas, estaba produciendo pérdidas tan importantes que un número significativo de aseguradoras podían desaparecer antes del año 2010. Sentencia T-760 de 2008; 2009. “El próximo año podrían desaparecer nueve EPS; Fosyga les debe más de \$900.000 millones”, *El Tiempo*, Bogotá (12 de noviembre de 2009), [último acceso, 5 de octubre de 2009], disponible en: http://www.portafolio.com.co/economia/pais/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-6567527.html.

⁶⁵ Manuel José Cepeda Espinosa, entrevistado en Bogotá, 27 de marzo de 2009.

⁶⁶ Sentencia T-760/2008.

⁶⁷ Sentencia C-1032/2006.

y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población. Además de ser basado en el perfil epidemiológico de la población, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes⁶⁸. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia ley 100, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal y establecía como fecha límite el año 2010⁶⁹.

Entre otros aspectos destacables de la sentencia, la decisión de la Corte adopta el marco para la salud establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁷⁰. En anteriores decisiones, la Corte había usado los criterios establecidos por el Comité DESC. No obstante, en la T-760/08, el derecho internacional subyace a la elaboración de un marco estructural para un enfoque basado en los derechos respecto a la política pública de salud.

Por ejemplo, ajustándose a la interpretación del Comité DESC, la Corte: i) desarrolla cuáles son las diversas obligaciones estatales que emanan del derecho a la salud y cómo la supervisión es esencial para proteger el derecho a la salud, al igual que para el control público de las acciones de los distintos agentes de salud; ii) reitera que el Estado es responsable de adoptar medidas deliberadas para conseguir el cumplimiento progresivo del derecho a la salud y que las medidas regresivas son por regla general inadmisibles, y iii) afirma que el derecho a la salud exige transparencia y acceso a la información, además de planes basados en pruebas científicas y decisiones de cobertura apoyadas en procesos participativos.

De otra parte, la Corte adopta el esquema de “los elementos esenciales” establecido por el Comité DESC, según el cual las instalaciones, los bienes y los servicios de salud deben estar disponibles, accesibles, ser aceptables y tener una adecuada calidad⁷¹. La sentencia T-760/08 pone un énfasis especial en las múltiples dimensiones superpuestas de la accesibilidad: accesibilidad física, accesibilidad económica, accesibilidad a la información fundamental relativa a la salud y accesibilidad sin discriminación. Incluso, el análisis de la Corte va más allá del derecho internacional, al considerar los obstáculos buro-

⁶⁸ Sentencia T-760/2008.

⁶⁹ Sentencia T-760/2008.

⁷⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, UN DOC. E/C.12/2000/4, 2000.

⁷¹ *Ibíd.*

cráticos al acceso a los cuidados de salud, algo que no está contemplado explícitamente en la Observación General.

Además, en la T-760/08, la Corte especificó que el derecho fundamental a la salud contiene “un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas” y que el ámbito de dicho derecho puede ser objeto de limitaciones que, para ser admisibles, deben estar justificadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. En un auto de supervisión de la sentencia, la Corte complementó esta idea al señalar que:

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo [...] Pero ello no significa que el derecho a la salud sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cobija. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles⁷².

La sentencia T-760 reiteró la jurisprudencia constante de la Corte en el sentido que los cuidados de salud que estén por fuera del POS se pueden exigir inmediatamente mediante tutelas cuando i) la falta de servicio médico amenace el mínimo vital del paciente; ii) el servicio no se pueda sustituir con otro contenido en el POS; iii) el paciente no pueda pagar el precio del tratamiento o la medicación requerida y no pueda obtener ese tratamiento o medicación mediante otro régimen de salud, como los planes de seguro provistos por el empleador, planes complementarios prepagados, etc.; y iv) el servicio se haya ordenado por el médico tratante⁷³. Asimismo, la Corte también reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a un “mínimo vital”, cuyo cumplimiento es exigible inmediatamente ante los tribunales pero que puede dar cabida a un grado amplio de subjetividad, en tanto se “protege un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal”. La Corte, tal vez por no querer establecer un mínimo vital restrictivo, temerosa de que otros poderes públicos convirtieran ese mínimo en un máximo, ha hecho que la generalidad y la subjetividad que se eliminaron al abandonar la creación de derechos fundamentales mediante la doctrina de la “conexidad” puedan llegar a reintroducirse mediante un manejo equivocado del “mínimo vital”. Aparte de aquellos aspectos que se han excluido de los criterios señalados —como los procedimientos cosméticos—, no existen líneas definidas establecidas por la Corte que permitan determinar cuál es el alcance del derecho a la salud exigible inmediatamente ante los tribunales.

⁷² Sala de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008. Auto 110 de 2011.

⁷³ Sentencia T-760/2008; véase también, por ejemplo, sentencias SU-480/1997, T-83/1998, T-328/1998 y T-329/1998.

Este conjunto de criterios es diferente del adoptado por otros tribunales, como el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, que ha establecido un test de “razonabilidad” para valorar la legislación y las políticas relativas a la salud y otros derechos sociales⁷⁴. Los expertos en política de salud han alabado el enfoque del tribunal sudafricano, ya que defienden que la tarea apropiada de los jueces es exigir justificación para las decisiones de la política de salud, no tomar ellos mismos las decisiones⁷⁵. Sin embargo, teniendo en cuenta la conservadora decisión del Tribunal Constitucional sudafricano en el caso Mazibuko, relativo al derecho al agua, los críticos han argumentado que el criterio de la “razonabilidad” es demasiado subjetivo y un estándar débil a la hora de resistir las vicisitudes de las crisis económicas y los imperativos políticos⁷⁶.

Con todo, la combinación de la reticencia de la Corte a establecer principios que pudieran limitar razonablemente el derecho a la salud, junto con su deferencia continuada al criterio de los médicos para determinar los cuidados médicos necesarios, ha sido criticada. Sin embargo, la Corte argumentó que su tarea no era definir el alcance del derecho a la salud. En lugar de eso, estableció un enfoque estructural que exige un diálogo democrático amplio sobre el contenido del nuevo POS y, por extensión, del alcance del derecho a las prestaciones de salud en Colombia. La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, instó a la CRES a que cumpliera con estas funciones legales conforme a la ley 1122 de 2007.

El enfoque de la Corte a la hora de ordenar que las autoridades competentes redefinan un POS unificado es compatible con las propuestas del eticista Norman Daniels respecto a “rendición de cuentas sobre la razonabilidad”⁷⁷. Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros simi-

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign* (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC).

⁷⁵ SYRETT, Keith, *op. cit.*

⁷⁶ *Mazibuko & Others vs. City of Johannesburg and Others*, caso CCT 39/09, [2009] ZACC 28.

⁷⁷ DANIELS, Norman, “Accountability for reasonableness” en *BMJ* 321 (2000), pp. 1300-1301 y DANIELS, Norman, *Just health: Meeting health needs fairly*, New York: Cambridge University Press, 2008; véase también GONZÁLEZ-PIER, Eduardo; GUTIÉRREZ-DELGADO, Cristina y STEVENS, Gretchen, “Priority setting for health interventions in Mexico’s system of social protection in health” en *Lancet* 368 (2006), ps. 1608-1618.

lares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades⁷⁸. Por ello, argumenta que lo que se necesita es tener un proceso justo, definido como un proceso que sea: i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y v) exigible⁷⁹. La T-760/08 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

En resumen, la sentencia T-760/08 usa casos ilustrativos para identificar los principales problemas sistémicos en el acceso a la salud y en la regulación del sistema. De otra parte, sintetiza la compleja jurisprudencia de la Corte elaborada durante 16 años y establece el derecho internacional como marco para interpretar las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud. Sin embargo, como han escrito Uprimny y Rodríguez⁸⁰, se puede acusar a la Corte de no haberse pronunciado sobre los principios para “limitar el derecho a la salud de una forma constitucionalmente aceptable y financieramente sostenible”. En vez de eso, la Corte subrayó que el proceso de crear, ejecutar y evaluar las políticas de salud debería incluir la participación democrática y que el diálogo democrático debería ser elemento esencial para definir un plan de beneficios unificado.

4. IMPLEMENTACIÓN E IMPACTO DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008

La implementación del fallo ha evolucionado en diversas maneras. En marzo de 2009, la composición de la Corte cambió sustancialmente y en ese cambio se reemplazó al magistrado ponente de la sentencia. La nueva Corte decidió supervisar el cumplimiento de las complejas órdenes estructurales de la sentencia mediante una “sala especial de seguimiento”. En cuatro años la Sala de Seguimiento ha emitido más de 30 autos genéricos y decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la Sentencia⁸¹. En algunos

⁷⁸ DANIELS, Norman, *Just health: Meeting health needs fairly*, op. cit.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia” en *Observatorio de la Seguridad Social* 18, Medellín: Universidad de Antioquia, 2008.

⁸¹ Todos estos autos pueden consultarse en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/>.

autos la Corte autorizó al Ministro de la Protección Social a aplicar la “excepción de inconstitucionalidad cuando ello sea necesario” para lograr el cumplimiento de las órdenes contenidas en la sentencia. La excepción de inconstitucionalidad les permite a los órganos administrativos estatales no aplicar las leyes y reglamentos que puedan impedir cumplir con lo dispuesto en la sentencia. En los autos específicos se ha requerido información precisa sobre el progreso y los obstáculos en la ejecución de la sentencia. Otros autos han criticado la manera en que se había presentado la información y especificaba cuáles debían ser los ajustes pertinentes.

En este segmento describiremos los principales hitos en la implementación de la sentencia, con el objeto de identificar sus principales efectos e impactos. Al respecto, cabe resaltar que autores como César Rodríguez Garavito, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense respecto a la relación entre las decisiones judiciales y el cambio social, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo como a aquellos que no lo fueron. En tercer lugar, los efectos instrumentales se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el caso⁸². Además de estos elementos, cabe resaltar que la implementación e impacto del litigio en salud depende de muy diversas variables, tales como: i) el tipo de población beneficiaria, ii) los actores del sistema, iii) el tipo de normas que reconocen el derecho a la salud, iv) el tipo de proceso de implementación ordenado por la Corte, v) si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento, vi) si el tribunal respectivo es más o menos activo en la supervisión, vii) el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene una

⁸² Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Ver RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2011). “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America” en *Texas Law Review*, Vol. 89 (7). Ver asimismo, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010. En este libro se alude a cinco efectos de la sentencia “estructural” emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social.

corte para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y viii) el contexto social⁸³.

A continuación se aludirá a algunos de estos efectos y variables en relación con las principales órdenes emitidas en la sentencia T-760. En algunos temas adquirirán relevancia algunas diferencias entre el Gobierno Uribe y el Gobierno Santos y en la gestión de los cuatro ministros de salud que han tenido que impulsar la implementación de la sentencia.

4.1. Impactos en relación con el flujo de recursos en el sistema

En la sentencia T-760 la Corte hizo notar que los problemas en el flujo de recursos del sistema de salud podrían hacerlo colapsar y por ello ordenó diversas medidas relacionadas con el tema. Ya ha sido señalado que cuando las EPS asumían la carga de solventar una prestación no incluida en el POS, podían hacer un recobro al Estado. Al respecto, entre los años 2003 y 2009 el crecimiento anual promedio en el valor de los reembolsos por medicamentos No POS fue de 68% y alcanzó una cifra cercana a los \$ 2.5 billones en 2010, aproximadamente 1,317 millones de dólares⁸⁴. A pesar de la sentencia T-760, los recobros pasaron de 1.759 millones en 2008 a 2.400 millones en 2010⁸⁵.

La magnitud de este problema impulsó al Gobierno Uribe a declarar un “estado de emergencia social” en diciembre de 2009⁸⁶. Entre otras razones para aprobar dicho estado de excepción, el Gobierno alegó que “acelera[ba] el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional” en la sentencia T-760⁸⁷ y que los recobros no efectuados de prestaciones de salud no incluidas en el POS amenazaban con quebrar el sistema de salud. El Gobierno aprobó varios decretos que eludían cualquier clase de debate público sobre estas cuestiones. Algunos de los decretos tenían por finalidad asignarle recursos muy

⁸³ YAMIN, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (eds.), *Litigating Health Rights*, op. cit., ps. 333 a 372.

⁸⁴ Departamento de Planeación Nacional, Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 155, Política Farmaceutica Nacional, 30 de agosto de 2012 (en adelante, CONPES 155).

⁸⁵ CONPES 155, op. cit.

⁸⁶ Decreto Legislativo 4975/2009, [último acceso 14 de febrero de 2010], disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/decretoslinea/2009/diciembre/23/dec497523122009.pdf>.

⁸⁷ “Por qué sí, opinión del Ministro de Protección Social”, Cambio, Bogotá (27 de enero de 2010).

necesitados al sistema de salud, sin embargo, no se incluía ningún esfuerzo de regulación a los precios de medicamentos. Tampoco se utilizaba la emergencia para contener las arbitrariedades e irregularidades que se habían denunciado respecto a la utilización por las EPS de los fondos de la salud para otras empresas propias (integración vertical), así como presuntos arreglos entre EPS para negar ciertos servicios. Por consiguiente, los críticos encontraron sorprendente que el estado de emergencia se declarara para salvar a varias EPS de la quiebra, cuando no se habían adoptado medidas similares para salvar a los hospitales públicos que se cerraron en los últimos años.

Otros decretos limitaban los derechos de los pacientes a recibir ciertos tratamientos y medicamentos en el POS, en especial cuidados especializados, y la disponibilidad de acciones de tutela ante los tribunales, aspectos que provocaron protestas en toda Colombia⁸⁸. La Corte Constitucional declaró inconstitucional la emergencia social⁸⁹ y recordó su jurisprudencia en el sentido que sólo es posible recurrir a la emergencia cuando se está frente a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones normales para solucionar las crisis e impedir la extensión de sus efectos. Asimismo, la Corte indicó que no existían hechos sobrevinientes ni extraordinarios y que existían mecanismos ordinarios para conjurar una problemática que la Corte catalogó como “estructural” y que venía generada de tiempo atrás (hace más una década) y “que concierne al diseño, organización y sostenibilidad del sistema de salud”.

El Tribunal consideró que algunas situaciones que exponía el Gobierno habían sido generadas por la ausencia de claridad y actualización periódica de los planes de beneficios. A juicio de la Corte, las situaciones de abuso, elusión, evasión, ineficiencia administrativa y corrupción no se mostraban como hechos sobrevinientes y extraordinarios. Además, la solución al déficit presupuestal en salud no podía limitarse a aliviar el aspecto fiscal del sistema de salud sino que debían atacarse las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus efectos. La Corte desarrolló un control judicial importante sobre la crisis del sistema de salud y complementó el diagnóstico efectuado en la sentencia T-760 en cuanto a los problemas financieros

⁸⁸ “Miles de personas protestan en varias ciudades contra la emergencia social”, *El Espectador*, Bogotá (2010, 6 de febrero), [último acceso 7 de febrero de 2010], disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/articulo186238-miles-de-personas-protestan-varias-ciudades-contr-la-emergencia-social>. Véase también “Protestas en Colombia contra medidas para evitar el colapso de servicios de salud”, *Agence France Press* (2010, 7 de febrero), [último acceso 14 de febrero de 2010], disponible en: <http://colombia.indymedia.org/news/2010/02/111342.php>.

⁸⁹ Sentencia C-252 de 2010 del 16 de abril de 2010.

derivados de la falta de claridad de los Planes Obligatorios y la falta de inspección, vigilancia y control en el sector.

Por su parte, el Gobierno Santos adoptó diversas medidas respecto a la corrupción asociada a los recobros y en relación con el control de precios de medicamentos. Respecto al tema de corrupción, en mayo de 2011, el Presidente de la República, la entonces Fiscal General de la Nación, la Contralora General de la República, el Ministro de Salud y el Director General de la Policía anunciaron al país que durante los últimos años había existido un sistema de corrupción caracterizado, entre otros elementos, por el recobro de medicamentos con sobrecostos superiores al 1.000 por ciento, pagos a nombre de personas que no estaban identificadas o no existían y cobros a nombre de otras que nunca recibían los tratamientos. Ello condujo a intervenciones de control en diversos niveles, incluida la reacción del sistema penal y la intervención de algunas aseguradoras por parte de la Superintendencia de Salud⁹⁰.

Además de estas medidas respecto a la corrupción en el sector, el Gobierno ha adoptado medidas para regular los precios de medicamentos. El Gobierno ha adoptado 4 circulares y 7 resoluciones sobre el tema⁹¹, entre las cuales se destacan la resolución 4377 de 2010, a través de la cual se prohibió el recobro de medicamentos de marca cuyo genérico esté incluido en el POS⁹². Asimismo, cabe resaltar el decreto 4474 del 29 de noviembre de 2010, en el cual se adoptó una metodología de control de precios a partir de “valores máximos de recobro”⁹³, aspecto dirigido a que los medicamentos en Colombia no sigan siendo tan excesivamente caros en comparación con otros países de la región⁹⁴. Por otro lado, algunas medidas buscaban fomentar la receta de medicamentos genéricos y atacar la fuerte campaña de

⁹⁰ El 2 de mayo el Presidente Santos anunció la orden de captura contra 25 personas entre funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Protección Social y directivos de varias EPS. Ese mismo día la DIJIN detuvo a siete personas por los delitos de concierto para delinquir, prevaricato, peculado, cohecho y enriquecimiento ilícito en favor de particulares. Igualmente la Fiscalía ha abierto investigación preliminar contra los 34 gerentes de las EPS y la intervención de una de ellas, SALUDCOOP. “Policía halló nuevas evidencias en caso de corrupción de la salud”, en *El Tiempo*, disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/escandalo-de-corrupcion-en-el-ministerio-de-la-proteccion-social_9254840-4.

⁹¹ Una descripción de estas circulares y resoluciones puede verse en Corte Constitucional, auto 263 del 16 de noviembre de 2012.

⁹² Ministerio de la Protección Social, Resolución 4377 de 2010, Bogotá.

⁹³ Ministerio de la Protección Social, Decreto 4470 de 2010, Bogotá.

⁹⁴ En desarrollo de este decreto el Gobierno adoptó la resolución 5229 de 2010, en la cual se estableció el valor máximo de recobro para 20 principios activos que corresponden a 520 medicamentos.

desprestigio contra los mismos, impulsadas por las grandes farmacéuticas para recobrar a partir de los productos de marca⁹⁵.

La Corte valoró información sobre estos temas a lo largo de estos cuatro últimos años. Por ejemplo, en el auto 247 de 2010 la Corte indagó sobre la situación financiera del Fosyga y el abuso en los cobros ante dicho órgano. A través del auto 150 de 28 de junio de 2010, la Corte solicitó al Consorcio Fidufosyga y al Ministerio de Protección Social información sobre “las medidas tomadas respecto de las ‘prácticas perversas’ en la definición de los valores de los medicamentos y de los abusos en los cobros por servicios ordenados por vía de tutela”. De otro lado, la Corte requirió a la Contraloría información sobre las líneas de auditoría dirigidas a identificar irregularidades o abusos en el manejo de los recursos del Régimen Contributivo, incluyendo información sobre la deuda que actualmente soporta cada uno de los prestadores del servicio de salud⁹⁶. Por otro lado, en el auto 246 de 2010 se analizó “el agravamiento de las condiciones de operación por problemas de liquidez e incertidumbre en el recaudo de los recursos que soportan los procesos de aseguramiento” dentro del régimen subsidiado.

En el auto 78 de 2012 la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos. En el auto 78 la Corte hizo un balance y señaló las siguientes dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos:

- Insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema.
- Incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación.
- Graves inconsistencias entre la base de datos magnética y los soportes físicos de las solicitudes de cobro.
- Valores cobrados y pagados que exceden los toques máximos determinados por el Gobierno Nacional.
- Reconocimiento y pago de solicitudes de cobros causadas por servicios incluidos en el POS.

⁹⁵ Rossi, Francisco, “El precio exagerado de los medicamentos”, *Razón pública*, Bogotá (2010), [último acceso 20 de diciembre de 2010], disponible en: http://www.razonpublica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1408:el-precio-exagerado-de-los-medicamentos&catid=20:economia-y-sociedad&Itemid=29.

⁹⁶ A su vez, mediante los autos 107 (8 de junio de 2010), 372 y 373 (29 de noviembre de 2010) la Corte hizo seguimiento a las órdenes dirigidas a remover obstáculos al flujo de recursos relacionados con los cobros al Fosyga. En dichos autos se analizaron las normas adoptadas por el Ministerio de Protección Social al respecto así como diversos informes presentados por EPS sobre los pagos pendientes.

- Irregularidades en el sistema de verificación control y pago de las solicitudes de recobros, como fechas incongruentes, servicios ordenados a usuarios fallecidos, entre otros.
- Incongruencia entre medicamentos recobrados y número de unidades vendidas por los laboratorios según el SISMED.
- Falta de transparencia, veracidad y uniformidad en los sistemas de información.
- Corrupción al interior del sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro.

Durante la audiencia intervinieron diversas autoridades, órganos de control y representantes de la sociedad civil⁹⁷. Con posterioridad a la audiencia, fueron presentados ante la Corte los cambios en la política farmacéutica, particularmente el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) N° 155, emitido el 31 de agosto de 2012. Este documento, el más importante de la nueva política farmacéutica, resaltó que si bien la falta de actualización del POS ha sido un problema para la sostenibilidad financiera, las principales preocupaciones se encuentran en los incentivos, la ineficiencia y la corrupción. Asimismo, al momento de finalizar este artículo está aún pendiente la resolución específica sobre medicamentos biotecnológicos, la cual será crucial si se tiene en cuenta que dicho CONPES señaló que en 2010 la mitad de los medicamentos de mayor participación en el valor total del recobro, que en conjunto concentraron el 60% del recobro total, coincidía con los medicamentos biotecnológicos e innovaciones recientes⁹⁸.

En su auto 263 del 16 de noviembre de 2012 la Corte valoró la diversa información allegada en los primeros cuatro años de implementación de la sentencia T-760. A pesar de las 26 resoluciones y 3 decretos emitidos por el Gobierno respecto al procedimiento de verificación, control y pago del sistema de recobros, la Corte consideró que dicho procedimiento no se había modificado sustancialmente y que persistían demoras irrazonables y requisitos innecesarios. Asimismo, tomando en cuenta los informes de la Defensoría, resaltó que el

⁹⁷ Participaron la entonces Ministra de Salud y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Consorcio Fidufosyga, el Consorcio Sapp, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia de Industria y Comercio, Procuraduría General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralora General de la República, Voceros del Senado y la Cámara, la Federación Médica Colombiana, ACEMI, Comisión de Seguimiento a la sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural del Sistema de Salud y Seguridad Social (CSR), y el Director de DeJusticia.

⁹⁸ Asimismo, se propuso la intervención directa en el mercado de los medicamentos, particularmente el monitoreo de aquellos medicamentos asociados a monopolios de ciertos laboratorios y que por regla general son de alto costo. Cfr. CONPES 155.

53,38% de las acciones de tutela impetradas en el país corresponden a servicios incluidos en el plan de beneficios lo cual constituye un “pago de lo no debido”, toda vez que dichos servicios habían sido debidamente financiados. Además, la Corte indicó que la Contraloría determinó un detrimento patrimonial por más de 144 mil millones de pesos, ocasionado por hechos relacionados con recobros, sobrecostos en medicamentos, factores anti hemofílicos e inconsistencias en recobros. El Tribunal indicó que “las irregularidades cada vez son mayores y los desfalcos están arruinando las finanzas del sistema” por lo cual se declaró entonces el “incumplimiento general” de las órdenes relacionadas con este tema y se ordenó el rediseño del sistema de recobros en un plazo de 3 meses⁹⁹.

Por otra parte, la Corte evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud pero denunció que estos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la “indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control”. El Tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexecutable la emergencia social, al aludir a “la inversión de dineros en un ‘saco roto’” y resaltó lo denunciado por la Contraloría en el sentido que hay casos de medicamentos que valen 10 mil pesos y los recobran por 8 millones de pesos, y la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países. El Alto Tribunal consideró que los cambios en la política farmacéutica —particularmente el documento CONPES— constituían avances significativos pero que estaba pendiente su materialización. Por otro lado, si bien resaltó que las medidas asociadas a valores máximos de recobro habían permitido un importante ahorro, no se habían adoptado suficientes medidas respecto a los medicamentos incluidos en el plan de beneficios. Finalmente, se indicó que los gastos en medicamentos asociados a la malversación de fondos podrían ser invertidos en la ampliación del catálogo de servicios o en la obtención de la cobertura universal¹⁰⁰. La Corte ordenó que en 20 días el Ministerio de Salud adoptara medidas para proscribir la corrupción y el fraude y que en 20 días el Ministerio y

⁹⁹ La Corte precisó 5 ejes temáticos para este rediseño: i) clarificación de contenidos del POS, ii) garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos, iii) definición de un procedimiento claro y ágil en el pago de recobros, iv) transparencia en la asignación de recursos del Fosyga, y v) asignación de recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades en salud.

¹⁰⁰ Auto No 263 del 16 de noviembre de 2012, fundamento jurídico 4.2.10.

la Contralora controlaran y recuperaran los recursos malversados y dilapidados.

Luego de cuatro años de implementación de la sentencia T-760 en relación con los problemas de flujo de recursos en el sistema de salud, si se mira sólo desde sus efectos directos e instrumentales (*supra*), el balance es excesivamente desalentador. Es cierto que un resultado de la sentencia es el alto el número de resoluciones, circulares, estudios e investigaciones producidos por el Gobierno y las diversas instituciones y organizaciones asociadas al tema. Sin embargo, tal como lo sintetiza el documento CONPES 155, “la explosión de las reclamaciones de recobro, que pasó de 60 mil, a comienzos de la década, a casi un millón de procesos administrativos por año, sobrepasó la capacidad administrativa de control, lo cual permitió recobros carentes de racionalidad en los precios unitarios de los medicamentos reembolsados; así como en las cantidades (dosis) implícitas, mostrando además, signos de corrupción”¹⁰¹. Las medidas adoptadas han sido claramente insuficientes para revertir estos problemas que amenazan la sostenibilidad financiera del sistema.

Sin embargo, desde una perspectiva relacionada con los efectos instrumentales directos del fallo (*supra*), es posible señalar que en estos años se ha producido un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión y es también un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para implementar la Sentencia. Tal como lo reseñó la Corte en sus últimos autos, la Contraloría General de la República ha impulsado investigaciones de control fiscal, de tal forma que el dinero que reciben las EPS en relación con la prestación de servicios de salud sea debidamente manejado¹⁰². Por su parte, si bien la Superintendencia de Salud ha evidenciado notorias limitaciones y subordinación al clientelismo político¹⁰³, actualmente adelanta procesos dirigidos a

¹⁰¹ CONPES 155.

¹⁰² En particular, la Contraloría está investigando a por lo menos 59 EPS que estarían involucradas por la manipulación de medicamentos, en un desfalco que le habría costado al Estado por lo menos 32 mil millones de pesos. La Contralora también denunció que las EPS Saludcoop y Famisanar se apoderaron indebidamente de \$ 2 billones de pesos. http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/desfalco-a-la-salud-saludcoop-y-famisanar-se-apoderaron-indebidamente-de-casi-2-billones_11865261-4.

¹⁰³ Un análisis de algunos casos de presuntas irregularidades en actividades de supervisión puede verse en LEÓN, Juanita, “El nuevo SuperSalud: el muñequero que ganó Alejandro Gaviria”, disponible en <http://www.lasillavacia.com/historia/el-gran-chicharron-del-nuevo-supersalud-36548>.

controlar con más rigor a las EPS, entre lo cual se destaca la intervención efectuada en relación con la EPS más poderosa, Saludcoop. A su vez, el superintendente de Salud tiene aproximadamente 16 EPS bajo vigilancia especial, 13 intervenidas y seis en proceso de liquidación y casi de la tercera parte de estas están en manos del ente de control, mientras que tiene otras 360 investigaciones en curso contra estas entidades¹⁰⁴. En similar sentido cabe analizar el informe de la Superintendencia de Industria y Comercio que sanciona a varias EPS y ACEMI por acuerdos para la negación de servicios, informe que será analizado posteriormente en este artículo. Por su parte, la fiscalía ha empezado investigaciones penales por diversas formas de fraude que podrían involucrarse en algunos de los recobros. A su vez la Procuraduría informó a la Corte Constitucional que tenía en trámite 343 procesos disciplinarios relacionados con malversación de recursos, desviación de fondos y/o corrupción en recobros¹⁰⁵.

En suma, la sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, a través de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

4.2. Impactos en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios

Al emitirse la sentencia, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la sentencia T-760/08 era insostenible teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema derivada del hecho que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. El modelo de la ley 100 fue pensado en esta forma: el régimen contributivo, que se asumía como mayoría, debía financiar al subsidiado, que se asumía como minoría. Sin embargo, el sistema de financiación de la salud en Colombia es cada vez más precario, a medida que el porcentaje de personas del régimen subsidiado ha crecido proporcionalmente más con respecto al de personas en el régimen contributivo, como consecuencia del recorte constante del empleo formal, lo cual es producto, entre otras, de las políticas de flexibilización laboral con inspiración

¹⁰⁴ http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/desfalco-a-la-salud-saludcoop-y-famisanar-se-apoderaron-indebidamente-de-casi-2-billones_11865261-4 (última consulta el 29 de mayo de 2012).

¹⁰⁵ Ver Auto N° 263 de 16 de noviembre de 2012, antecedente 14.6.

neoliberal. Ello ha generado que el porcentaje de asegurados en el régimen contributivo haya permanecido relativamente estable, pero el del régimen subsidiado haya crecido enormemente y ha pasado de un 15,7% en el año 1993 a un 52,5% en 2009¹⁰⁶. Perry y Santa María¹⁰⁷ señalaron que la universalización aumentaría los impuestos a la nómina en el sector formal para aquellos que están en el régimen contributivo, lo que haría que más personas se transfieran al sector informal y al POS-S, lo que a su vez aumentaría de nuevo los impuestos a la nómina en los sectores formales, en un círculo vicioso.

A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte. Por ejemplo, en el auto 105 del 8 de junio de 2010 la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los acuerdos que hasta ese momento había emitidos dicho órgano con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos, los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas “zonas grises” y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios.

Los resultados más relevantes corresponde analizarlos en 2011 y 2012. En efecto, el 27 de mayo de 2011 la Sala Especial emitió el auto 110 de 2011 donde retomó toda la información recibida y resaltó, entre otras, las siguientes dificultades que impedían avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales¹⁰⁸:

- No acreditación de una participación directa y efectiva de los usuarios y la comunidad médica
- La metodología de ajuste de la Unidad de Pago por Capitalización no obedece a datos reales, actuales y verificables
- No es claro si la periodicidad de 2 años en la actualización del POS permita superar los presupuestos de la orden general

¹⁰⁶ El porcentaje de asegurados en el régimen contributivo ha permanecido relativamente estable, pero el del régimen subsidiado ha crecido enormemente y ha pasado de un 15,7% en el año 1993 a un 52,5% en 2009. Natalia Millán, Investigadora de Fedesarrollo, presentación en la Universidad de los Andes, 25 de marzo de 2009.

¹⁰⁷ SANTA MARÍA, Mauricio y PERRY, Guillermo, “El fallo de la Corte sobre salud: la Trinidad imposible” en *Economía y Política* 46. Bogotá: Fedesarrollo, 2008.

¹⁰⁸ Auto N° 110 del 27 de mayo de 2011, fundamento jurídico 7.3.

(cambios en la estructura demográfica, perfil epidemiológico, tecnología apropiada y condiciones financieras).

- No se encuentra acreditado que en la práctica la unificación de los planes de beneficios para las niñas y los niños se cumpla adecuada y efectivamente por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.
- Ausencia de certeza sobre cómo el programa y cronograma resulta óptimo y eficaz para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios.
- Debilidad y ausencia de una efectiva inspección, vigilancia y control.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil¹⁰⁹. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el Auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el Gobierno y la CRES debían seguir cuando realicen las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios¹¹⁰. La actualización se realizó en diciembre de 2011 (Acuerdo 029 de 2011, CRES) y el 1 de julio de 2012, luego de un trabajo conjunto entre los Ministerios de Salud, Hacienda y la CRES, finalizó la unificación de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado¹¹¹. El Gobierno señaló que la unificación se hizo en cum-

¹⁰⁹ Participaron los Ministros de la Protección Social, y de Hacienda y Crédito Público, un vocero de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), Superintendente Nacional de Salud, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralora General de la República, Fiscal General de la Nación, Directora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS, Vocero por las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes del Senado y la Cámara, el Presidente de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME), Presidente de ACEMI, Director de la Comisión de Seguimiento a la sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural del Sistema de Salud y Seguridad Social (CSR), Vocero del programa Así Vamos en Salud, el Director de Dejusticia, y algunos académicos.

¹¹⁰ En dicho auto el Tribunal adoptó la clasificación de parámetros de estructura, procedimiento y resultado propuesta, entre otros organismos, por las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los parámetros de estructura se refieren a la existencia y a las características de un documento o instrumento de políticas públicas. Los parámetros de proceso se refieren a las acciones concretas realizadas a partir del documento o instrumento de políticas públicas presentado por la entidad gubernamental o regulatoria con miras a lograr la actualización integral del plan de beneficios. Finalmente, los parámetros de resultado reflejan un grado de realización de la actualización integral del plan de beneficios, la cual a su vez hace parte de la garantía del derecho fundamental a la salud.

¹¹¹ Esta unificación se desarrolló a través de cuatro acuerdos: Acuerdo 04 de 2009 (unificó el POS para los niños de 0 a 12 años), Acuerdo 011 de 2010 (unificó el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años), Acuerdo 027 de 2011 (unificó el POS para

plimiento de la Ley 100, la sentencia T-760 y “atendiendo al principio de equidad”¹¹².

La Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación en el auto 261 del 16 de noviembre de 2012, en el cual determinó, entre otros elementos, que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica. En particular, la Corte constató que si bien se había hecho la unificación de los planes de beneficios de los dos regímenes, la CRES había mantenido la diferencia entre la UPC del régimen subsidiado. Al respecto, el Tribunal advirtió la “ausencia de justificaciones, razonamientos, fundamentos y/o soportes técnicos o de cualquier orden, bajo los cuales fuere constitucionalmente aceptable la fijación de una UPC diferencial entre ambos regímenes, más aun cuando por un menor valor se pretende la prestación del mismo catálogo de servicios y en condiciones idénticas de equidad, oportunidad y calidad”. Concluyó entonces que no se podía establecer una partida diferencial entre los regímenes para asumir las prestaciones contempladas en el POS unificado. Se dispuso entonces que, en virtud del principio de igualdad, se equipare la UPC del régimen subsidiado a la UPC del régimen contributivo “hasta tanto el Gobierno cuente con los estudios necesarios para fijar la UPC que corresponda”¹¹³. Una medida similar fue adoptada respecto a menores de edad. En efecto, la UPC del régimen subsidiado no era igual a la UPC del régimen contributivo de los menores de edad y, en consecuencia, la Corte ordenó que se debe entender su valor en forma igualitaria hasta que el Gobierno determine la metodología apropiada sobre la suficiencia de la UPC para los niños y las niñas más pobres¹¹⁴.

Visto en términos formales, podría decirse que los efectos instrumentales directos (*supra*) de la sentencia T-760 habrían sido importantes teniendo en cuenta que el plan de beneficios fue unificado y actualizado. Sin embargo, las críticas hechas por la misma Corte evidencian que la eficacia de las medidas emitidas fue meramente re-

los adultos de 60 y más años) y Acuerdo 032 de 2012 (unificó el POS para los adultos entre 18 y 59 años).

¹¹² <http://www.minsalud.gov.co/Paginas/ABC%20de%20la%20Unificaci%C3%B3n%20del%20POS.aspx> (último acceso el 1 de agosto de 2012).

¹¹³ Auto 261 del 16 de noviembre de 2012.

¹¹⁴ Auto 262 del 16 de noviembre de 2012.

tórica. El nuevo aumento en el número de tutelas durante los últimos años es evidencia de que la actualización ha sido incompleta e insuficiente. Asimismo, en un apartado posterior nos concentramos en los serios problemas de participación que ha involucrado el proceso de actualización, precisión y unificación. Sin perjuicio de las críticas que desarrollaremos al respecto, cabe observar que las órdenes de la Corte impulsaron diversos tipos de discusión pública en relación con el sentido de los planes de beneficios y generaron que el ministerio de salud impulsara diálogos con experiencias comparadas en la definición de planes de beneficios¹¹⁵, lo cual constituye unos primeros pasos en el entendimiento de los problemas del derecho a la salud como asuntos de interés público que requieren discusión con los ciudadanos.

Fruto de los problemas de participación y transparencia, aún no es totalmente claro por qué algunas prestaciones se incluyen o se excluyen del plan de beneficios. Dos ejemplos relevantes lo constituye la exclusión del plan de beneficios de las enfermedades huérfanas (aquellas escasas y muy costosas)¹¹⁶ y la no inclusión de métodos no quirúrgicos para la interrupción del embarazo.

Respecto a las enfermedades huérfanas, no queda claro por qué a las EPS no se les compromete con la atención de estas enfermedades, de tal forma que al concentrarse en las enfermedades más comunes, terminan por no asumir mayor riesgo. En este sentido algunos investigadores han señalado la gran contradicción de quitarles a las aseguradoras su responsabilidad sobre los eventos escasos y costosos, que son precisamente lo que deberían ser objeto de aseguramiento¹¹⁷. Este dato es relevante si se tiene en cuenta que una de las principales críticas al modelo de la ley 100 es que precisamente las EPS luchan

¹¹⁵ La información sobre la visita de representantes de los Gobiernos de Francia, Chile, instituciones como NICE, y expertos como Norman Daniels y Jaime Caro puede verse en <http://www.pos.gov.co/Paginas/Jornadas-de-Intercambio-Internacional.aspx>. En un proyecto de ley estatutaria presentado en 2010, se mencionaron los casos del estado de Oregón (USA), Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Dinamarca, Israel y Chile.

¹¹⁶ Según la ley 1392 de 2010, "las enfermedades huérfanas son aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 2.000 personas, comprenden, las enfermedades raras, las ultra huérfanas y olvidadas. Las enfermedades olvidadas son propias de los países en desarrollo y afectan ordinariamente a la población más pobre y no cuentan con tratamientos eficaces o adecuados y accesibles a la población afectada".

¹¹⁷ Ver las entrevistas con Félix Martínez, investigador del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) de la Universidad Nacional de Colombia y Francisco Rossi, Director de la Fundación Instituto para la Investigación del Medicamento en los Sistemas de Salud (Ifarma). "Académicos cuestionan orfandad de enfermos", *Semana*, Bogotá (2010, 9 de septiembre), [último acceso 22 de diciembre de 2010], disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/academicos-cuestionan-orfandad-enfermos/143843.aspx>.

por asegurar a las personas jóvenes y más sanas, mientras que las EPS menos poderosas o las instituciones públicas asumen la carga de la población más vulnerable¹¹⁸. Por su parte, respecto a los métodos no quirúrgicos para la interrupción del embarazo, el director de DeJusticia expuso en la audiencia pública celebrada en 2011 el incumplimiento de cargas argumentativas en esta materia, incluyendo la tergiversación informativa impulsada por la Procuraduría General de la Nación, aspecto que impedía una discusión transparente sobre las inclusiones o exclusiones pertinentes en el plan de beneficios¹¹⁹. Al respecto, en la sentencia T-627 de 2012, la Corte Constitucional se refirió a la manipulación informativa desarrollada por la Procuraduría y encontró vulnerados los derechos de las mujeres al acceso a servicios de salud reproductiva y a la salud, por parte de Procuradoras Delegadas que impidieron, sin fundamento alguno, la inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud – POS. Estos son sólo algunos ejemplos que ilustran lo mucho que está por hacer para una real y transparente deliberación pública respecto a los beneficios mínimos en salud.

4.3. Impacto en reformas al sistema de salud y proyectos de ley estatutaria

El Gobierno Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influenciadas por lo señalado en la sentencia T-760, especialmente respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y los alcances que podría tener su posible limitación. En particular, se destacan una ley ordinaria (ley 1438 de 2011) y diversos proyectos de ley estatutaria presentados por el Gobierno y algunos congresistas¹²⁰. La mayoría de

¹¹⁸ DE CURREA LUGO, Víctor, *El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones*, Bogotá: ILSA, 2003. Asimismo, uno de los fuertes debates durante la emergencia social era precisamente que el nuevo POS que en esos momentos se propuso se concentraría en asuntos de baja complejidad, cuando precisamente un seguro suele utilizarse para prever atención de alta complejidad.

¹¹⁹ Entre otros argumentos, el director de DeJusticia expuso que se habían excluido métodos del régimen subsidiado destinados a permitir la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo que antes se encontraban incluidos (aspiración del útero), sin cumplir con la carga de argumentación requerida por la sentencia. Asimismo, denunció la falta de argumentación técnica en relación con la no inclusión del Misoprostol, con lo cual el POS se quedaba -en ese momento- sin métodos de IVE no quirúrgicos.

¹²⁰ La Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural del Sistema de Salud —CSR— diseñó un proyecto de ley estatutaria (Nº 105- 2012 Senado) que fue acogido por varios congresistas y se integró posteriormente con el Nº 112- 2012 Senado. La coalición de la Unidad Nacional ha presentado dos proyectos y el Ministerio ha anunciado que en marzo de 2013 presentará un proyecto.

proyectos de ley estatutaria se han focalizado en la crisis financiera del sistema, asociándola con los recobros por prestaciones no incluidas en el POS y, en particular, responsabilizando a las tutelas por el descalabro financiero.

Respecto a la reforma finalizada en la ley 1438 de 2011, cabe resaltar que durante diversas mesas temáticas y en diversas intervenciones ciudadanas algunos actores insistieron en que la crisis del sistema se relaciona en gran medida con la forma como las aseguradoras sistemáticamente han desconocido la jurisprudencia constitucional sobre las llamadas zonas grises y muchos otros componentes del derecho a la salud. Al no propiciar un profundo debate sobre los alcances de la intermediación financiera y la responsabilidad de las EPS y las grandes farmacéuticas en la crisis del sistema, la ley 1438 se discutió con una visión limitada. Es cierto que se adoptaron medidas que prohíben a las EPS adoptar prácticas que limiten el acceso a los servicios (artículo 53), les exigen rendir cuentas a través de audiencias públicas (artículo 109) o que disminuyen, a partir de 2013, el porcentaje para la integración vertical. Sin embargo, un ejemplo contundente sobre las insuficiencias de la deliberación desarrollada se relaciona con la aprobación y posterior exclusión de una norma dirigida a eliminar la integración vertical, por los incentivos que esta genera para restringir el acceso a la salud y por la desventaja que dicha integración genera frente a los hospitales públicos, que no tienen una demanda garantizada.

En 2013 el Gobierno presentó un nuevo proyecto de reforma que incluye la eliminación de la integración vertical y la disminución de la intermediación financiera por parte de las EPS. En particular, las EPS sólo serían gestoras de servicios de salud. La afiliación y manejo de fondos estaría a cargo de una nueva entidad estatal y también se atacaría la forma como diversos políticos lograron tomar control de la Superintendencia de Salud¹²¹. El Gobierno ha manifestado apoyo a un proyecto de ley estatutaria, de iniciativa parlamentaria y con apoyo de la comunidad médica, en el que se alude a un plan único de salud con exclusiones específicas relacionadas con aspectos cosméticos, suntuarios, tratamientos experimentales¹²². Sin embargo, el

¹²¹ RUEDA, María Isabel, "La gente ya no tendrá que afiliarse a una EPS': Alejandro Gaviria", en *El Tiempo*, 24 de febrero de 2013, disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12615423.html. El 19 de marzo de 2013 el Gobierno radicó el proyecto de ley respectivo. Ver Proyecto de Ley N° 210 de 2013. <http://www.minsalud.gov.co/Normatividad/Proyecto%20de%20Ley%20Ordinaria%20Salud.pdf>.

¹²² Proyecto de Ley 209 de 2013 –Proyecto de Ley Estatutaria sobre el derecho a la salud.

Gobierno ha enviado al Congreso un “mensaje de urgencia”¹²³ para la Ley Estatutaria, figura que demuestra un poco interés por impulsar a fondo procesos amplios de deliberación y participación en torno a los dilemas sobre las posibles restricciones proporcionadas al derecho a la salud y la forma que debería tener el marco general de solución para los problemas de acceso a la salud diagnosticados en la Sentencia y sus autos de implementación.

Por otra parte, algunas de las reformas y proyectos de reforma se han relacionado con el objetivo de la sentencia T-760 en el sentido que la tutela no sea un mecanismo necesario para el acceso a la salud, dada la distorsión que ello generaba tanto en el uso del sistema judicial como frente al derecho a la salud. Al respecto, la ley 1438 adoptó medidas para concentrar en la Superintendencia de Salud los escenarios de solución de conflictos en el sistema de salud y tratar de evitar el alto protagonismo de la tutela. Sin embargo, tal como ha sido señalado, los informes de la Defensoría señalan que en 2011 y 2012 el número de tutelas volvió a aumentar, lo cual es un indicativo de los problemas que ha enfrentado la Superintendencia en esta materia. En un proyecto de ley estatutaria presentado en 2012¹²⁴, algunos senadores afiliados al partido de gobierno propusieron una “acción de protección a la salud” para resolver las denuncias de afectación a derechos de los usuarios por parte de las entidades prestadoras del sistema. Esta propuesta fue criticada porque se convertiría en un mecanismo que prevalecería sobre la acción de tutela, la cual ha sido un mecanismo de fácil acceso a la justicia, particularmente para las personas más pobres¹²⁵.

El principal problema que han tenido todas estas propuestas se relaciona con la participación social que es necesaria para legitimarlas. Este tema será analizado en el siguiente apartado. Por lo pronto, los 4 años de implementación de la Sentencia T-760 han involucrado diversos esfuerzos por “desjudicializar” la salud, sin que dichos esfuerzos se encuentren claramente articulados con una superación de los problemas del sistema de salud que hacen que la acción de tutela se convierta en la única salida para miles de colombianos que requieren atención en salud.

¹²³ http://www.eltiempo.com/politica/mensaje-de-urgencia-para-ley-estatutaria-de-reforma-de-la-salud_12720038-4.

¹²⁴ Proyecto de Ley N° 48 de 2012 “por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones”, radicado el 31 de julio de 2012.

¹²⁵ En particular, se destaca la crítica desarrollada por el senador Jorge Enrique Robledo, del partido Polo Democrático, en varios medios de comunicación.

4.4. Dificultades para una participación real y efectiva e impacto en la correlación de fuerzas en el sistema y en la movilización social

La falta de una adecuada y efectiva participación ha sido constante y será tarea de la Corte precisar si algunos escenarios formales de participación pueden cumplir con las exigencias de un enfoque de derechos humanos en el sistema de salud. A través de un auto emitido el 26 de mayo de 2012 la Corte solicitó numerosa información en este tema y aún está pendiente un pronunciamiento concreto al respecto¹²⁶.

Sin perjuicio de ello, es posible hacer una valoración general de algunos problemas en este tema. Un escenario muy problemático en relación con la participación lo constituye la actualización y unificación del POS. En efecto, en la T-760/08, la Corte subrayó que los procesos de ejecución de la sentencia que no tuvieran en cuenta la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la transparencia eran inaceptables. Además, según la Corte, la participación debería crear un ambiente de confianza y seguridad, que facilitase el compromiso del público y por consiguiente la ejecución de las nuevas políticas públicas. En un primer momento el Ministro de la Protección Social del gobierno anterior respondió a ello con una propuesta que incluía la propuesta de crear una unidad técnica independiente (nacional o regional) que resolviese las dudas de los ciudadanos con respecto al proceso y revisase las inclusiones y las exclusiones del POS¹²⁷. Al mismo tiempo, el entonces Ministro de la Protección Social proponía un proceso de “participación y comunicación sobre los procesos de actualización del POS”¹²⁸, para lo cual se establecían “consultas virtuales” a través de Internet y consultas sobre las guías clínicas¹²⁹.

¹²⁶ Entre otras preguntas, la Corte indagó respecto a: ¿De qué manera garantizó la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios?, ¿Qué mecanismos fueron utilizados para tal fin?, ¿Quiénes intervinieron en las diferentes sesiones?, ¿Qué no se incluyó, suprimió y/o excluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios? Ver Auto 64 del 26 de mayo de 2012.

¹²⁷ Ministerio de la Protección Social, Informe con destino a la honorable Corte Constitucional. Unificación gradual y sostenible de los Planes Obligatorios de Salud – POS, Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2009.

¹²⁸ Ministerio de la Protección Social, “Mecanismos e instrumentos para la información, participación y comunicación de los procesos de actualización de los Planes Obligatorios de Salud POS: Hacer público lo que es público”, Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2009.

¹²⁹ Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social, Consulta complementaria abierta, 23 de julio-23 de agosto de 2009, [último acceso, 10 de febrero de 2010], disponible en: <http://www.pos.gov.co/consulta/>. Véase también, Ministerio de la Protección Social, Plan Obligatorio de Salud, POS. “Guía metodológica para el desa-

Aunque se hizo referencia a la importancia de los derechos humanos y, a su vez, a la participación en ese marco, entre las deficiencias graves del proceso propuesto impulsado en 2009 estarían la falta de acceso a la información sobre los foros para la participación, a la que contribuiría la falta de acceso a Internet por parte de la mitad de la población colombiana, y la falta de acceso a las consultas públicas organizadas por el Ministro de la Protección Social¹³⁰. Además, en contra de los requisitos establecidos por la Corte, y de la responsabilidad ante la ciudadanía de las autoridades por la razonabilidad de sus decisiones, el público no tenía acceso en la práctica a la información sobre los principios y la metodología que se estaba usando para efectuar las reformas. Incluso para aquellos que seguían más de cerca el proceso fue imposible entender qué estaba realmente abierto a discusión o si el Gobierno estaba de hecho planeando igualar los planes de beneficios de salud en cumplimiento de la sentencia. Además, era difícil acceder a los resultados directos de las consultas ciudadanas realizadas en persona o por Internet, o a la información sobre las investigaciones realizadas a las aseguradoras. Por último, no se hacía ninguna previsión para poder revisar o apelar las decisiones o para crear mecanismos que permitieran a la ciudadanía controlar las decisiones adoptadas.

Por ejemplo, el 30 de julio de 2009, un día antes del cumplimiento del plazo y después de haberse reunido sólo dos veces, la CRES aprobó un acuerdo para “aclarar y actualizar íntegramente” el POS¹³¹. La CRES aludió a los “procesos participativos” y a los “estudios de adecuación” con respecto al monto de la capitación, pero no estableció ninguna metodología precisa para la determinación de inclusiones y exclusiones en el POS¹³². La CRES excluyó sólo 33 procedimientos e incluyó más de 300 por razón de su “frecuencia de uso”. No hubo cambios significativos con respecto a los medicamentos, y las llama-

rrollo de guías de práctica basadas en la evidencia”, 2009, [último acceso 10 de febrero de 2010], disponible en: <http://www.pos.gov.co/Paginas/guiaMetodologica.aspx>.

¹³⁰ GIANELLA-MALCA, Camila; PARRA-VERA, Oscar; YAMIN, Alicia Ely y TORRES-TOVAR, Mauricio, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008” en *Health and Human Rights: An International Journal* 11 (2009).

¹³¹ Comisión de Regulación en Salud, Acuerdo 03, 30 de julio de 2009.

¹³² El Gobierno señaló que el nuevo POS no era definitivo y que el acuerdo establecía una base para un “proceso dinámico, sistemático, participativo, continuo y permanente”. CORTÉS, Carlos, “El Plan Obligatorio de Salud: antes no; ahora, tampoco”, *La Silla Vacía*, Bogotá (2009, 1 de octubre), [último acceso 5 de octubre de 2009], disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/4554>.

das zonas grises permanecieron intactas¹³³. Meses más tarde, mediante el Acuerdo 8 de 2009, la CRES aclaró y actualizó “íntegramente” el POS, derogando el Acuerdo 003. Sin embargo, el Acuerdo 008 no actualizó la lista de medicamentos ni incluyó aquellos que estaban teniendo mayor impacto económico en los reembolsos¹³⁴. Dicha situación ha cambiado parcialmente con el nuevo Gobierno, pero tampoco queda claro el nivel real de participación material —no formal— en la discusión sobre inclusiones y, particularmente, sobre exclusiones en el nuevo POS. En similar sentido, un día antes del vencimiento del plazo establecido por la Corte para la igualación del POS para niños, la CRES aprobó dicha unificación pero sólo hasta los 12 años¹³⁵, lo cual exigió un pronunciamiento de la Corte señalando que la niñez abarcaba hasta los 18 años, de conformidad con la jurisprudencia y el derecho internacional¹³⁶.

Los procesos de actualización y unificación del POS han finalizado y la Corte se pronunciará sobre el proceso participativo. Cabe resaltar que en 2010 la CRES había adoptado disposiciones que intentaban fortalecer procesos de “socialización”, participación ciudadana y audiencias regionales sobre actualización del POS, en las que se adelantaban diálogos con veedurías ciudadanas, Comités de Participación Comunitaria (COPACOS), asociaciones de pacientes y usuarios¹³⁷. Sin embargo, no quedó clara la relación entre estos procesos de discusión con las decisiones finalmente adoptadas en la actualización del POS y en la reforma consolidada a través de la ley 1438 de 2011. Respecto a los procesos de diálogo en torno a las metodologías para actualizar el POS, tampoco existió claridad sobre la aplicación de criterios de priorización ni cómo se evalúa la costo-efectividad en relación a la severidad de enfermedades. A finales de 2010, en el marco del nuevo Gobierno, la CRES incluyó en el POS “12 tecnologías sanitarias” al analizar una solicitud del Ministerio de la Protección Social relacionada con la inclusión de prestaciones con peso significativo en los recobros ante el Fosyga (Portafolio, 2010). La CRES “priorizó el estudio de 32 de las tecnologías” solicitadas, las cuales fueron analizadas por la Universidad Nacional, que seleccionó las 12 que fueron incluidas. Si bien la CRES indicó los criterios tenidos

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ ANDIA REY, Tatiana, *op. cit.*

¹³⁵ Comisión de Regulación en Salud, Acuerdo 04, 30 de septiembre de 2009.

¹³⁶ Véase Corte Constitucional colombiana, Auto 342A relativo al seguimiento del incumplimiento parcial con la sentencia T-760/2008, 15 de diciembre de 2009.

¹³⁷ Comisión de Regulación en Salud, Resoluciones 150 del 9 de septiembre de 2010 y 208 del 3 de noviembre de 2010.

en cuenta al evaluar estas nuevas inclusiones en el POS¹³⁸, no queda claro bajo qué criterios se considera que una determinada institución puede adelantar un proceso objetivo de priorización y actualización.

Por otra parte, con el objetivo de impulsar la participación ciudadana en la pasada reforma, el Ministerio de Protección Social impulsó “diálogos por la salud” a través de 12 mesas temáticas y audiencias regionales a las que fueron convocados los principales actores del sistema y la ciudadanía en general. Sin embargo, diversas organizaciones resaltaron la necesidad de una reforma estructural y solicitaron al gobierno “no precipitar una reforma, tomar un tiempo prudentemente amplio en la consulta nacional, y avanzar hacia una concertación real con todos los actores del sistema”¹³⁹. Asimismo, se presentaron propuestas alternativas de reforma estructural y otras iniciativas específicas¹⁴⁰, las cuales fueron escuchadas en las mesas pero no fueron discutidas a profundidad en el Congreso. A pesar del discurso de “concertación” mencionado por el Gobierno, lo cierto es que la ley 1438 mantuvo el esquema actual del sistema, fue discutida en el Congreso en muy pocas semanas¹⁴¹ y no hubo deli-

¹³⁸ Los 9 criterios considerados por la CRES en la evaluación de las tecnologías sanitarias, fueron: 1) Garantizar que se tenga en cuenta la mayor representatividad de tecnologías sanitarias que ofrezcan impacto tanto en cobertura (p.e.: varios grupos farmacológicos en medicamentos) como en costos para el sistema; 2) La priorización no es criterio de exclusión: define un orden para el inicio de estudios de inclusión; 3) Algunas solicitudes se encuentran incluidas en los listados presentados por el Ministerio de la Protección Social; 4) Tecnologías sanitarias con mayor valor de recobro; 5) Tecnologías sanitarias con más frecuencia de recobros; 6) Aplicación de Principio de Pareto ajustado para principios activos que representen el 50% del valor total de los más recobrados de 2007 a 2009; 7) Aplicación de Principio de Pareto ajustado para principios activos que representen el 50% del total de las unidades más recobradas durante 2009 (frecuencia de recobro); 8) Aplicación de Principio de Pareto ajustado para principios activos que representen el 50% del valor total de los medicamentos pagados al 100% durante 2009; y, 9) Claridad en la información de la solicitud.

¹³⁹ “Tímido proyecto de reforma en salud o el ‘Plan B’ de la emergencia social”, *El Pulso*, Bogotá (2010, diciembre), [último acceso 22 de diciembre de 2010], disponible en: <http://www.periodicoelpulso.com/html/1012dic/index.htm>.

¹⁴⁰ Algunas propuestas, por ejemplo, rechazaban la intermediación privada y proponían fórmulas de aseguramiento público o ni siquiera basadas en aseguramiento o definición de planes básicos. Asimismo, algunos actores proponían fórmulas alternativas a la capitación como forma de distribución de recursos entre otras formas alternativas de financiación. Ver los diversos artículos publicados en *El Pulso*, *Ibíd.*

¹⁴¹ “Reforma a la salud ya tiene aprobados 76 de 126 artículos”, *El País*, Bogotá (2010, 24 de noviembre), [último acceso 22 de diciembre de 2010], disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/reforma-salud-ya-tiene-aprobados-76-126-articulos>. Véase también “Reforma a la salud, a un paso de su aprobación”, *Semana*, Bogotá (2010, 26 de noviembre), [último acceso 23 de diciembre de 2010], disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/reforma-salud-paso-su-aprobacion/147914.aspx>.

beración en torno a las propuestas alternativas al modelo de la ley 100. Respecto al proyecto de ley estatutaria, el cual fue posteriormente retirado, el Gobierno señaló que hubo un importante proceso de “socialización”¹⁴². Sin embargo, nunca se ha informado con claridad cómo se aplicarán criterios de priorización, cómo se evaluará la costo-efectividad en relación a la severidad de enfermedades, entre otros aspectos sensibles que requieren mecanismos claros, públicos y dirigidos a una efectiva —y no simbólica— participación. Asimismo, en relación con los proyectos que sustentaron la ley 1438, fue duramente criticada por algunos congresistas que votaron negativamente el proyecto alegando que no era compatible con el enfoque de derechos planteado en aquella sentencia¹⁴³.

Respecto a los actores en el grupo de seguimiento, la Corte ha solicitado la presentación de conceptos por parte de entidades académicas¹⁴⁴ y ha convocó a más de 17 órganos e instituciones para resolver interrogantes y efectuar propuestas. Entre los grupos de seguimiento se encuentran actores que defienden los intereses de las EPS, como ACEMI. También se ha consolidado la CSR (“Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma Estructural al Sistema de Salud y Seguridad Social”), en la cual confluyen gran parte de los actores que durante veinte años han efectuado diversas críticas al modelo impulsado por la ley 100, entre ellos, el Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social. A pesar de los problemas de participación, la implementación de la Sentencia ha permitido el permanente encuentro de actores que defienden diversos intereses —incluso intereses contradictorios— dentro del sistema de salud, lo cual es, en sí mismo, un efecto deliberativo tanto directo como indirecto (*supra*) del fallo¹⁴⁵. En efecto, los plazos perentorios señalados por la

¹⁴² Según el Gobierno, la propuesta fue “ampliamente socializada con los principales actores que componen el sector de la salud” y “fue difundida por medio de la página web del Ministerio de la Protección Social en dos oportunidades, dando la oportunidad a los ciudadanos para que presentaran sus observaciones y comentarios, obteniendo una respuesta amplia y satisfactoria”. También fue “socializado” con los voceros de las bancadas y congresistas, previo a su presentación”. Ver, “Gobierno presenta al Congreso proyecto de Ley Estatutaria en Salud”, 29 de octubre de 2010, disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Octubre/Paginas/20101029_02.aspx.

¹⁴³ Representantes del partido político Polo Democrático afirmaron que el proyecto de ley “busca ajustar las relaciones de los agentes dentro del mercado, estabilizando las variables del mercado”. Dichos representantes alegaron que el proyecto “de ninguna manera” cumple con las órdenes de la sentencia T-760 de 2008. Ver: OSPINA, Mauricio y PINILLA, Alba Luz, “Ponencia Negativa. Proyecto 001 de 2010 Senado ‘Por medio del cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social’”, Bogotá: Congreso de la República, 2010.

¹⁴⁴ Auto 317 del 28 de septiembre de 2010.

¹⁴⁵ Sobre la pluralidad de actores participando en el seguimiento, ver Corte Constitucional de Colombia, *Seguimiento al Cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008*,

Corte, las obligaciones procedimentales establecidas, y el tipo de indagaciones efectuadas por la Corte a través de autos y audiencias públicas, generaron un espacio obligatorio de interlocución, encuentros y desencuentros entre autoridades, órganos de control y sociedad civil. Esto es un efecto directo respecto a los actores a los que se dirigió la Corte —dado que ésta buscaba mayor coordinación, deliberación y diálogo— pero ha adquirido efectos indirectos hacia escenarios de discusión más globales, incluso relacionados con reformas más globales al sistema —aspecto no previsto inicialmente en la sentencia—.

Respecto a la movilización por la salud, diversas iniciativas y protestas han surgido en estos años debido a la crisis de la salud, particularmente por los abusos de las EPS¹⁴⁶. Algunas de estas formas de movilización han reivindicado la implementación de la sentencia T-760. Entre diversas formas de movilización se encuentran iniciativas como la de varias organizaciones reunidas en torno a la red “Saludízate”¹⁴⁷, la cual incluye mesas regionales, y la “Campaña Nacional Octava Papeleta por la Salud y Seguridad Social como Derecho Fundamentales”, del Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social¹⁴⁸. Entre los objetivos de esta campaña se encuentra la derogatoria de la ley 100 de 1993. Asimismo, en agosto de 2012, integrantes de la CSR presentaron un proyecto de ley estatutaria para reglamentar el derecho a la salud como derecho fundamental¹⁴⁹. Lo que se observa es que la consigna del “derecho a la salud como derecho fundamental” ha tenido impacto en la movilización política, al entenderse como una consigna que propugna por no supeditar la garantía del derecho a la lógica del mercado. Este tipo de empode-

Bogotá, 2011. En este documento se registran las reuniones de cuatro grupos distintos de expertos en los temas de implementación.

¹⁴⁶ “Marcha por la salud pide soluciones para el sector”, en *Semana*, 19 de Julio de 2012, [última consulta el 10 de octubre de 2012], disponible en: <http://www.semana.com/nacion/marcha-salud-pide-soluciones-para-sector/181059-3.aspx>; http://www.eltiempo.com/Multimedia/galeria_fotos/colombia5/colombianos-marcharon-contra-la-ley-100_12048616-5, y “Miles de personas marcharon contra las eps”, en *El Espectador*, <http://www.elespectador.com/noticias/salud/video-407532-miles-de-personas-marcharon-contra-de-eps>.

¹⁴⁷ <http://www.saludizate.org/index.html>.

¹⁴⁸ <http://www.saludizate.org/octavapapeleta.html> y <http://www.alames.org/documentos/campanacolombia.pdf>. La Campaña alude a la Corte Constitucional como un escenario de incidencia en el marco del seguimiento a la Sentencia T-760. Asimismo, la campaña organizó, entre otros, un “Cacerolazo por el Derecho a la Salud”, el 4 de abril de 2013.

¹⁴⁹ <http://notiagen.wordpress.com/2012/09/12/medellin-academicos-socializan-el-proyecto-de-ley-estatutaria-durante-encuentro-por-el-derecho-a-la-salud/>. Este proyecto es liderado por el profesor Saúl Franco.

ramiento a partir de la apropiación de un discurso basado en el “derecho a la salud” y la Sentencia T-760 refleja un complemento a la estrategia de resistencia ideológica a la ley 100 y por ello constituye un efecto simbólico (*supra*) de la Sentencia.

Respecto al impacto de la Sentencia en la reconfiguración de correlación de fuerzas en el sector, cabe resaltar que si bien en un primer momento la Sentencia fue vista como una herramienta a favor de las EPS —dado que éstas eran las más beneficiadas con los ajustes en el flujo de recursos—, con el tiempo la Sentencia ha generado espacios para una crítica frontal contra estos intermediarios privados. Durante la última audiencia pública el magistrado Jorge Iván Palacio, quien preside la Sala de Seguimiento, se refirió expresamente a que el Gobierno tenía que controlar a los “mercaderes de la salud”, cuya actividad “va en detrimento del derecho fundamental de niños y niñas, de mujeres embarazadas, de personas de la tercera edad, de discapacitados, de indígenas, de negritudes; y, en últimas, de la sociedad en general”¹⁵⁰. A su vez, en la última audiencia pública en mayo de 2012, la Contraloría señaló que las EPS no pueden sanear sus finanzas a través de recursos públicos¹⁵¹. Asimismo, en 2012 el Gobierno señaló que emitiría un decreto con duras condiciones financieras, técnicas y administrativas para el funcionamiento de las EPS, de tal forma que subsistan solamente entre 15 y 20, frente a las 70 que hoy operan¹⁵². En 2013, tal como fue mencionado, el Gobierno anunció la eliminación de la intermediación financiera y de la integración vertical, y en 2012 indicó que no pagará a las EPS 300.000 millones de pesos relacionados con los recobros al POS¹⁵³, y descontará del dinero que le reconoce a cada EPS por cada usuario (UPC) el valor de los servicios que estando dentro del POS sean negados a los usuarios, teniendo en cuenta la relación de estas barreras en el acceso con el aumento de las tutelas.

Otras medidas contra las EPS fueran adoptadas a través de sanciones emitidas por la Superintendencia de Sociedades. En efecto, involucrando algunos lineamientos señalados en la sentencia T-760, la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia

¹⁵⁰ Presentación realizada por el magistrado Jorge Iván Palacio en la audiencia pública realizada en mayo de 2012.

¹⁵¹ Presentación realizada por la Contralora General de la República en la audiencia pública realizada en mayo de 2012.

¹⁵² “Sistema de salud: recetario de urgencia”, en *Semana*, 24 de Julio de 2012.

¹⁵³ “EPS del contributivo se tendrán que dar un lapo de \$ 1 billón”, en *Portafolio*, 26 de octubre de 2012. <http://www.portafolio.co/economia/eps-del-contributivo-se-tendran-que-dar-un-lapo-1-billon>

—en un informe emitido en abril de 2011— concluyó que 14 de las principales EPS del país y ACEMI, la asociación que las agrupa, trasgredieron diversas normas legales al impulsar un “acuerdo tendiente a la negación de la prestación de los servicios de salud, ocultar o falsear la información e impedir la debida transparencia en el mercado de servicios de salud y la fijación indirecta del precio del aseguramiento en salud”¹⁵⁴.

En suma, la información mencionada en este apartado, si bien no constituye una evaluación exhaustiva de diversos problemas existentes en el proceso de participación, es suficiente para evidenciar falencias que están dificultando una verdadera deliberación democrática en torno a lo que significa para la sociedad colombiana la definición de prioridades en salud. Sin perjuicio de ello, también han surgido diversos tipos de movilización social y un relativo empoderamiento de algunos órganos de control articulados a la implementación de la Sentencia T-760, aspectos que han constituido un punto de partida para la reconfiguración de relaciones de poder entre los actores del sistema, en particular, a partir de un debilitamiento del poder hegemónico que habían tenido las EPS en el manejo del sistema y sus reformas.

Finalmente, cabe resaltar que un importante efecto simbólico (*supra*) de la Sentencia se relaciona con la redefinición de la discusión sobre los problemas asociados a la crisis financiera de la salud. Mientras que las EPS y el Gobierno, en un primer momento hicieron énfasis en el negativo impacto financiero de muchos fallos de tutela, e incluso se aludía a las tutelas como el principal riesgo para el colapso del sistema, los autos de la Corte han visibilizado que los principales problemas están asociados a la corrupción y al desfaldo de recursos, la falta de actualización de los planes de beneficios y los problemas en el control de precios de medicamentos.

5. LA SENTENCIA T-760 Y LA JUSTICIA DIALÓGICA

El enfoque sobre remedios judiciales asumido en sentencias como la T-760 se relaciona con las teorías del “litigio experimental” y la “jus-

¹⁵⁴ La Superintendencia Delegada estableció que las EPS concertaban criterios respecto de la negación de servicios incluidos en el POS definiendo en conjunto qué debía ser incluido y excluido del mismo, sin tener en cuenta la reglamentación. Además, revisaban y ajustaban en conjunto la información que debía ser reportada al Ministerio para definir el costo de los servicios del POS, afectando el precio del servicio, el cual se determina en la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Cfr. Informe emitido por Carlos Pablo Márquez, Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, Radicación N° 09-021413, abril de 2011.

ticia dialógica”. Como han escrito Charles Sabel y William Simon¹⁵⁵, una regulación experimentalista es un “régimen que le deja a las partes un amplio margen de discrecionalidad sobre cómo conseguir [los fines establecidos por el tribunal]. Al mismo tiempo, esta regulación precisa tanto los estándares como los procedimientos para evaluar el desempeño de la institución”. Por su parte, respecto a la justicia dialógica, Roberto Gargarella ha descrito la sentencia T-760/08 como un ejemplo positivo de contribución judicial a la democracia deliberativa. Estas visiones resaltan el esfuerzo de la Corte por garantizar que las decisiones políticas con respecto al establecimiento de prioridades en el sistema de salud se produjeran mediante un intercambio de argumentos en foros públicos, en lugar de como producto de la simple presión de grupos de interés. Las audiencias públicas también contribuyen a que los problemas constitucionales más difíciles, como la definición del alcance del derecho a la salud, se debatan adecuadamente entre todos aquellos potencialmente afectados¹⁵⁶.

Sin embargo, se puede acusar a la Corte de haber puesto demasiada fe en la existencia de un proceso deliberativo y también de ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. A partir de las ideas de John Rawls, Amartya Sen, Jürgen Habermas, algunos analistas insisten en la necesidad de un proceso que permita “la adopción de decisiones razonadas sobre política pública en un contexto de distintas perspectivas sobre la salud, que incluso pueden ser conflictivas entre sí”, tal como lo señala el teórico rawlsiano Norman Daniels¹⁵⁷. Todas estas teorías le dan una gran importancia al proceso de deliberación, basándose en que la deliberación pública y el escrutinio continuo de los valores públicos que conlleva puede configurar la manera en que valoramos qué es justo y la necesidad de igualdad en materia de salud y otros campos¹⁵⁸. En un marco democrático, los procesos para determinar qué desigualdades son realmente tales requieren participación pública —además de “razones relevantes” durante las decisiones, de “listas jerarquizadas incompletas” o de “acuerdos carentes de una teoría completa”—. Una democracia solo se puede gobernar mediante el debate, si existe un debate genuino¹⁵⁹.

¹⁵⁵ SABEL, Charles y SIMON, William Simon, “Destabilization rights: How public law litigation succeeds” en *Harvard Law Review* 117 (2004), ps. 1015-1019.

¹⁵⁶ GARGARELLA, Roberto, “Dialogic justice in the enforcement of social rights: Some Initial Arguments”, en YAMIN, Alicia y GLOPPEN, Siri (eds.), op. cit.

¹⁵⁷ Véase DANIELS, Norman, *Just health: Meeting health needs fairly*, op. cit.

¹⁵⁸ SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009, p 242.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Sin embargo, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. Al respecto, muchas de las respuestas del Gobierno a la sentencia T-760/08, particularmente durante el Gobierno del Presidente Uribe, mostraban simultáneamente un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y una estrategia para eludir su cumplimiento efectivo. Algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, el Gobierno no ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre cómo la expansión de beneficios y cobertura puede ser una amenaza para la sostenibilidad financiera de todo el sistema. Ni tampoco ha habido un debate sobre el significado de la escasez de recursos en un país en el que el gasto militar llegó a ser igual o superior al de educación y sanidad sumados¹⁶⁰, donde existe un injustificable sistema de privilegios tributarios hacia sectores económicos poderosos¹⁶¹ y donde el progresivo auge del turismo médico demuestra que existen muchos recursos disponibles pero que no son destinados a los más pobres¹⁶². La importancia asignada por

¹⁶⁰ GARAY, Luis Jorge, HERRERA, Claudia y TORRES, Uriel, "El gasto militar y en defensa en Colombia: evolución reciente y estructura" en *Economía Colombiana y Coyuntura Política*, Bogotá: Contraloría General de la República, 2008, p. 322. ISAZA, José Fernando y CAMPOS, Diógenes, "Juegos de guerra. El presupuesto de seguridad para 2008 va a ser de \$ 22,2 billones", *El Espectador*, Bogotá (2007, 19 de Diciembre), [último acceso 10 de Febrero de 2010], disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/negocios/articuloimpreso-juegos-guerra>. Véase también ROJAS, Diana, "Colombia, país con más gasto militar de América Latina", *Colombia para Todos*, Bogotá (2008, 13 de marzo), [último acceso 10 de febrero de 2010], disponible en: http://www.colombiaparatodos.net/noticia-colombia-colombia__pais_con_mas_gasto_militar_de_america_latina-id-3111.htm.

¹⁶¹ Ver las declaraciones de la entonces senadora Cecilia López y del Ex Ministro de Hacienda Juan Camilo Restrepo respecto a la forma como en exenciones tributarias se estaba regalando cerca de 8 billones de pesos a los más acaudalados. "Fisco regala \$8 billones a los más acaudalados", *El Espectador*, Bogotá (22 de abril de 2010), [último acceso 10 de Junio de 2010], disponible en: <http://www.elespectador.com/economia/articulo199554-fisco-regala-8-billones-los-mas-acaudalados>. Ver asimismo MANTILLA QUIJANO, Alejandro, "Ni estado de opinión, ni Estado de derecho: Estado de lealtad" en *AA.VV., ¿Continuidad o desembrujo? La Seguridad Democrática insiste y la esperanza resiste*, Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2009.

¹⁶² Según el Instituto Distrital de Turismo de Bogotá, el turismo de salud proyecta ingresos superiores a los US\$ 6.300 millones para 2032. Esta infraestructura, impulsada en gran medida a través de los recursos públicos, es aprovechada por extranjeros con altos recursos y no por los ciudadanos más pobres. Cfr. <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-389973-bogota-se-ratifica-meca-del-turismo-de-salud-latinoamerica>.

la Corte al debate público razonado ha tenido respuestas tales como las asociadas a la emergencia social emitida por el anterior Gobierno: en lugar de abordar los problemas estructurales, se promulga dicho estado de excepción justo antes de Navidad, lo cual le permitió tomar acciones perentorias en el sistema de salud sin tener que pasar precisamente por los canales ordinarios de debate. Por su parte, la ley 1438 fue aprobada en un tiempo muy corto, sin que existiera una profunda discusión sobre lo que ha implicado la intermediación financiera y el rol de la EPS y los últimos Gobiernos en la crisis que actualmente enfrenta la salud.

En contraste, la participación relevante y la discusión deliberativa dependen en gran medida del contexto en el que tienen lugar y de qué es lo que se puede discutir y qué no¹⁶³. Como ha argumentado Nancy Fraser sobre las precondiciones para la participación efectiva: “Se requiere una clase de igualdad aproximada que es contraria a las relaciones generadas sistemáticamente de dominación y subordinación”¹⁶⁴. Fraser argumenta que en sociedades estratificadas —es decir, en sociedades cuyo marco institucional básico genera grupos sociales desiguales entre los cuales las relaciones estructurales son de dominación y subordinación—, “la plena igualdad de participación en el debate y la deliberación públicos no es una de las opciones disponibles dentro del abanico de posibilidades”¹⁶⁵. El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras— que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas “reglas del juego” para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder. De hecho, durante la mayor parte de la implementación de la Sentencia, eso es lo que parece haber ocurrido, puesto que ni la CRES ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las EPS, las grandes farmacéuticas enriquecidas con los precios de medicamentos u otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. De

¹⁶³ YAMIN, A. E., “Suffering and powerlessness” en *Health and Human Rights* 11: 5-22 (2009); GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar y ROUX, Theunis (Eds.), *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?*, op. cit.

¹⁶⁴ Véase FRASER, Nancy, “Rethinking the public sphere: A contribution to the critique of actually existing democracy” en *Social Text* 25/26 (1990), ps. 76 y 56-80.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 76.

hecho, la CRES fue suprimida en 2012¹⁶⁶. Teniendo en cuenta este tipo de elementos, es importante tener presente lo señalado por Fraser en el sentido que “cualquier consenso que busque representar el bien común en un contexto social como ese se debe contemplar con sospecha, puesto que el consenso que se alcance mediante los procesos deliberativos estará contaminado por los efectos de la dominación y la subordinación”¹⁶⁷.

En este punto, cabe resaltar que la definición del POS es una cuestión tanto sustantiva como procedimental, de tal forma que la única función del Poder Judicial no puede ser impedir que se excluya la participación de ciertos sujetos en el debate. Uno de los fines del control judicial debe ser contribuir en la recomposición de las asimetrías de poder y en la eliminación de las jerarquías que impiden una deliberación genuina. Asimismo, el debate real no es tanto sobre quién puede definir mejor el POS, si los jueces o el legislador, sino sobre si el contexto institucional en el que se toman hoy estas decisiones es el más apropiado para el tipo de razonamiento moral requerido en una decisión tan trascendental para la sociedad¹⁶⁸. Aunque puede que los jueces no tengan la última palabra al respecto, pueden no obstante asignar distintos niveles de empoderamiento para que las propuestas alternativas, arrinconadas totalmente en los 20 años de vigencia de la ley 100, puedan tener algún tipo de relevancia en la discusión sobre las reformas. Ello otorga un valor relevante a los autos emitidos y las audiencias públicas celebradas hasta el momento, donde la Comisión de Seguimiento y Reforma (la mencionada CSR) ha encontrado un escenario muy positivo para exponer sus críticas al sistema vigente.

Si bien en algún momento el cumplimiento de la sentencia tendía a reforzar las profundas asimetrías de poder en el contexto colombiano del sistema de salud, en lugar de desestabilizarlas, el estado de emergencia declarado en el Gobierno anterior, y las reformas y proyectos de reforma han cambiado esa dinámica y la actitud de una variedad de grupos de interés, del órgano legislativo y de la propia Corte. En el momento de escribir este artículo, el efecto de la sentencia T-760/08 puede haber sido crear lo que Sabel y Simon llaman “derechos desestabilizadores”: “Reclamaciones que desestabilizan y abren instituciones públicas que han fracasado crónicamente en el

¹⁶⁶ Decreto N° 2560 de 10 de diciembre de 2012 “Por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud —CRES—, se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras disposiciones”.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 73.

¹⁶⁸ En un sentido similar, véase WALDRON, Jeremy, “Refining the question about judges’ moral capacity” en *International Journal of Constitutional Law* 7(1) (2009), ps. 69-82.

cumplimiento de sus obligaciones y cuyas acciones no están en lo sustancial sujetas a los procesos normales de control político... El efecto de la intervención inicial del tribunal es desestabilizar las expectativas que tenían las partes antes del proceso judicial mediante efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían las posibilidades de una colaboración tentativa”¹⁶⁹. Al respecto, el derecho a la salud se ha transformado en objeto de un debate público amplio en Colombia, y la estructura y la viabilidad de todo el sistema de salud se discute activamente. Este es un efecto simbólico de la sentencia, teniendo en cuenta que la discusión sobre la salud se traslada de una narrativa tecnocrática a una discusión democrática.

A partir de las experiencias estadounidenses con respecto a las demandas judiciales en asuntos de interés público, Sabel y Simon escriben que después de la desestabilización inicial, “los regímenes de estándares y supervisión que surgen normalmente de las negociaciones y que intentan solucionar el conflicto permiten esa desestabilización; el aprendizaje que genera se reproduce luego en procesos más específicos”¹⁷⁰. En un futuro corresponde analizar el nivel de “desestabilización” y “aprendizaje” que se generará en Colombia a partir del activismo judicial dialógico. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es fundamental para repensar no solo el modelo establecido en la ley 100 sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

6. REFLEXIONES FINALES

La protección judicial del derecho a la salud se ha incrementado constantemente en Colombia desde 1992 y dicha jurisprudencia se encuentra entre las más progresistas del mundo. Además, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-760/08 ha tomado en cuenta las limitaciones que tiene el reconocimiento de beneficios de salud cuando el alcance de la decisión se circunscribe a las partes de litigio. En lugar de ello, ha intentado fomentar un debate público entre los sujetos involucrados en el diseño de las políticas públicas y los bene-

¹⁶⁹ SABEL, Charles y SIMON, William, “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, op. cit., p. 1020.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

ficiarios de dichas políticas. No obstante, Colombia ofrece complejos retos para el activismo judicial “dialógico”, puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del Estado de derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil.

Sin la existencia de un control judicial estricto en la implementación de la sentencia T-760/08 se puede llegar a reforzar en la práctica los efectos que tuvo la reforma a la salud de 1993, por la cual la mayor parte del presupuesto de salud se ha invertido en el sistema de seguro individual, a expensas de la promoción de la salud pública y de los programas públicos de prevención que podían haber beneficiado a un mayor porcentaje de la población colombiana, como ocurre con los programas de vacunación. Si bien las reformas de 2007 y 2010 intentaron reforzar la salud pública, aún son muy limitados sus resultados. Se necesita entonces investigación empírica adicional para determinar si, como resultado de las políticas a las que dé lugar la decisión de la Corte, los recursos de salud se incrementan o simplemente se reasignan, cuáles son los efectos sobre la igualdad, o si se descuidan la promoción de la salud, las actividades de prevención, la infraestructura y las garantías para los profesionales de la salud. Un inadecuado desarrollo de las órdenes contenidas en la sentencia T-760/08, unidas a los problemas financieros derivados de las irregularidades en los recobros relacionados con las tutelas, podrían distorsionar la financiación de los programas de salud pública y por consiguiente promover mayores desigualdades sustantivas en una sociedad que ya es muy desigual.

Asimismo, aún es incierto hasta qué punto las medidas para fortalecer los sistemas de inspección, vigilancia y control tienen un impacto real para disminuir la intervención judicial ocurrida hasta el momento y el protagonismo de la tutela como último recurso contra las arbitrariedades en el sistema. Si bien es cierto que a raíz de las órdenes impartidas por la sentencia T-760 durante los años 2009 y 2010 se redujo en forma importante el número de tutelas en salud, lo cierto es que continúan muchos de los mismos problemas del sistema. Incluso, en 2011 el número de tutelas se incrementó nuevamente hacia una cifra muy similar a la de 2007 y cerca del 68% se relacionaban, nuevamente, con prestaciones incluidas en el POS.

La insistencia del Gobierno en concentrar gran parte de los problemas del sistema en la concesión de prestaciones excluidas de los planes de beneficios involucró una visión sesgada sobre las prioridades a resolver en el marco de la crisis del sistema de salud. En un primer momento el Gobierno tuvo como objetivo primordial dismi-

nuir las tutelas en salud y no era claro que se buscara enfrentar con similar énfasis a los problemas del sistema que han generado el uso excesivo de dichas tutelas. Durante 2011 y 2012, teniendo en cuenta los escándalos generados por la corrupción y el fraudulento manejo de recursos por muchas EPS, el Gobierno y algunos órganos de control comenzaran a adoptar medidas más integrales respecto al control de dichas entidades y respecto a los precios de medicamentos. Sólo a partir de esta crisis, y con especial reflejo en la audiencia pública que impulsó la Corte en 2012, emerge un mayor debate respecto al excesivo costo de la intermediación, la indebida utilización de los recursos para fines diferentes de la seguridad social y la conformación de monopolios y oligopolios. Estas formas de desvío de los dineros de la salud es un aspecto que necesariamente debe abordarse para un análisis serio de la “escasez de recursos” que se viene alegando para limitar el derecho a la salud.

De allí la importancia de la implementación futura de los autos emitidos por la Corte Constitucional donde se indaga sobre estos temas en el marco del seguimiento a la sentencia T-760. El control judicial debe abarcar un escrutinio estricto sobre cómo han sido prácticamente excluidos estos temas durante los debates legislativos que han sustentado las reformas previas. Tal como se ha insistido a lo largo del texto, no se trata de que la Corte imponga un modelo de lo que debe ser el sistema de salud. De lo que se trata es de impulsar la mayor deliberación posible sobre el tema, garantizando la imparcialidad en la discusión y la participación plena de todos los actores políticos, en particular, de las voces alternativas al modelo de la ley 100, que durante 20 años han intentado tener un real peso en la discusión legislativa.

De otra parte la implementación de la sentencia T-760 exigirá tomar en serio la discusión sobre las restricciones proporcionadas del derecho fundamental a la salud. Será necesario contextualizar este debate en un país donde la desregulación de los precios de medicamentos durante cierto tiempo se hizo para enriquecer a la industria farmacéutica; donde la corrupción y malversación de fondos generó la pérdida de billones de pesos en recursos; donde existe un injustificable sistema de privilegios tributarios hacia sectores económicos poderosos; donde el turismo médico se incrementa progresivamente, y donde el gasto militar es excesivamente alto en relación con el gasto social. De allí la necesidad de que la Corte fortalezca los autos ya emitidos con el objetivo de supervisar el trabajo de las instancias de control respecto a la forma como se están manejando los recursos en salud y la determinación de cuánto dinero de la salud está inmerso en

corrupción, en la intermediación financiera y la integración vertical que involucra a las EPS.

Las movilizaciones en rechazo de la emergencia social y aquellas que se desarrollaron en el marco de la reforma y de la crisis del sistema entre 2011 y 2013 muestran que la discusión social por la salud en Colombia va más allá de la sentencia T-760. Sin embargo, en la implementación de esta Sentencia la Corte, aún puede jugar un papel protagónico como árbitro de la deliberación pública para que el enfoque de derechos irrigue los respectivos foros y para impulsar una participación real y efectiva. Hasta el momento la participación de muchos sectores, en particular de los sectores vulnerables, ha sido excesivamente limitada y aún falta mayor intervención del Alto Tribunal en este tema. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, como actor político, la Corte ha pasado de una posición más anclada en el “arbitraje” entre posturas sobre la crisis del sistema, a una posición mucho más “antisistémica”, utilizando un lenguaje más directo y crítico contra las EPS, a quienes ha denunciado como “mercaderes de la salud”. En otras palabras, la Corte ha pasado de una posición moderada de respeto a las reglas del sistema a una postura mucho más crítica de dichas reglas.

El conjunto de autos, audiencias y preguntas formuladas por la Corte en estos cuatro años permiten inferir que los pasos más importantes en la implementación de la T-760 están aún por darse. Sin perjuicio de lo anterior, el contexto que se ha analizado a lo largo de este artículo debe hacernos reflexionar sobre el valor que tiene la protección judicial de los derechos a la salud, cuando el trasfondo de desigualdades sociales es tan pronunciado como en Colombia y esa desigualdad se plasma incluso en los determinantes sociales de la salud. Desde un enfoque de salud pública, existen pruebas abundantes de que los patrones de empleo, educación, vivienda, discriminación y otros factores similares tienen un impacto mucho mayor en la distribución de las poblaciones saludables y enfermas que el que tiene la prestación de cuidados de salud¹⁷¹. Si le damos una importancia moral especial a la salud, y no sólo a las prestaciones de salud, la justicia exige que nos ocupemos también de esos determinantes sociales. Por un lado, la jurisprudencia de la Corte se ha ocupado efectivamente de la protección de las minorías y de los grupos vulnerables y ha protegido los derechos a la vivienda, el empleo y la igualdad, y al hacerlo ha desafiado el equilibrio de poder en los ámbitos social, político

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, Commission on Social Determinants of Health, *Closing the gap in a generation: Health equity through action on the social determinants of health*, Geneva: CSDH / OMS, 2008.

y económico¹⁷². Sin embargo, las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales limitan también las posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de la salud mediante la intervención judicial.

¹⁷² CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, *op. cit.*, p. 549.