

Derechos humanos y planes de salud

4

Este capítulo presenta elementos de tensión entre el tema de los derechos humanos y los planes de salud. Se hace sobre la base de sentencias de la Corte Constitucional y de consideraciones de ONG de derechos humanos, con la conciencia de la naturaleza diferente de estas dos fuentes.

Para algunas de las instituciones de salud, la Corte Constitucional representa uno de los principales obstáculos en el desarrollo del sistema de salud. A la vez, según muchas de esas entidades, las reclamaciones de las ONG de derechos humanos en materia de salud, además de no ser posibles desde el punto de vista de las necesidades financieras del sistema (el llamado 'equilibrio financiero'), son reclamaciones que exageran el deber del Estado y están por fuera de las posibilidades del mercado.

Como se sabe, la ley de salud estableció la creación de IPS y EPS privadas, entidades cada vez más y más determinantes en el sistema. Antes de mostrar la tensión entre los planes de salud y los derechos humanos, se requiere precisar el marco de exigibilidad jurídica del derecho a la salud a las instituciones privadas.

ENTIDADES PRIVADAS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Uno de los debates que entraña el derecho a la salud en un sistema de salud mixto con participación de oferentes de salud de la empresa privada se da en torno al marco de exigibilidad. Si el Estado es el único responsable de los derechos humanos, de su garantía y de su oferta de servicios, la prestación de servicios por particulares, prestación por demás prevista en la misma Constitución, estaría exenta de exigencia jurídica alguna en términos del derecho a la salud.

Tenemos tres posibles escenarios. El primero, como solución a la exigencia de una garantía universal e irrenunciable del derecho a la salud, caso en el que el Estado debería entonces, de manera monopólica, prestar y controlar los servicios de salud, como en el caso de Cuba, pero entraría, por lo menos en Colombia, en contradicción con la participación de particulares que contempla la Constitución.

En el segundo escenario se limitaría la exigibilidad del derecho al sector público, con lo que se permite la oferta privada pero se sacrifica el principio de universalidad y de derecho irrenunciable del que también habla la Constitución, pues no se podría exigir a los oferentes privados deberes que son propios del Estado. El tercer escenario es la exigibilidad a particulares de derechos fundamentales cuyo agente responsable es el Estado. En este último escenario se conjugan varias nociones: la universalidad del derecho, la participación del sector privado y el concepto, ya presentado, de la salud como servicio público, cuya naturaleza no cambia ni depende del tipo de oferente del servicio.

La Constitución consagra el derecho de propiedad: "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles"¹. Además, como reconoce la Corte Constitucional,

es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular².

Pero la Corte precisa también que

al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía³.

1 Artículo 58, Constitución Política de 1991.

2 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

3 Corte Constitucional, Sentencia: T-375 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

La forma de juzgar una actividad económica determinada es la misma Constitución:

el marco constitucional otorga a los actores políticos un amplio margen de libertad, al interior del cual es posible diseñar modelos económicos alternativos. Pero dichos modelos deben, en todo caso, estar encaminados a la realización de los valores que consagra la Carta, a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por la efectividad de los derechos constitucionales⁴.

Insiste la Corte en que,

la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en el que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (C.N., artículos 333, 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado. En un Estado social de derecho, dentro del cual el poder público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (C.N., artículo 334). La libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios⁵.

Las competencias del sector privado en materia de derechos humanos, del derecho a la salud, no deben entenderse como una renuncia del Estado a su deber en esta materia, sino como la convicción de que, por un lado, los derechos humanos afectan también el espacio de las relaciones privadas y, por otro, de que los particulares están obligados al acatamiento de ciertos principios constitucionales, como el ya visto de la solidaridad. Según la Corte Constitucional,

el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-074, 25 de febrero de 1993. MP: Ciro Angarita Barón.

⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales. Ahora bien, en última instancia el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen —acorde con los derechos fundamentales— las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente. Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete directamente al Estado. Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder, de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos [...] El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares⁶.

Continúa la Corte Constitucional:

la Carta de Derechos de la Constitución de 1991 y los derechos constitucionales fundamentales en ella contenidos vinculan tanto al Estado como a los particulares [...]. La idea de que los derechos constitucionales también vinculan a los particulares, se refuerza en el artículo cuarto de la Carta, según el cual la Constitución es norma de normas, y es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades. El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares.

Aunque la Corte también precisa que “si bien es cierto, entonces, que los particulares, al igual que el Estado, están obligados a respetar los derechos constitucionales fundamentales, también es cierto que no se trata de una obligación de respeto homogénea o del mismo grado⁷.

⁶ Corte Constitucional: Sentencia C-587, 12 de noviembre de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.

⁷ Corte Constitucional: Sentencia C-587, noviembre de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

La Corte Constitucional da la misma definición de servicio público en el caso en que el prestador es del sector público o cuando es del sector privado.

Resulta claro que la tesis a cuyo amparo era considerada como de servicio público únicamente la actividad realizada por la administración, ha sido superada, razón por la cual lo corriente en la época actual es que se permita a los particulares, o a entidades provenientes del sector privado, acudir a prestar tales servicios, dentro de las prerrogativas que les otorgue el ordenamiento jurídico y, desde luego, sujetándose éstos a los controles especiales que contempla la normatividad en defensa de los intereses colectivos [...]. Nos encontramos, entonces, ante la posibilidad de que los particulares puedan garantizar la prestación del servicio público, lo cual implica la concesión de ciertas prerrogativas, con obligaciones que corresponde cumplir al particular y que al mismo tiempo impone a la administración el deber de inspeccionar tales actividades⁸.

Una vez aclarados estos dos aspectos, la exigibilidad jurídica de derechos humanos a instituciones privadas comprometidas en la oferta de un servicio público y los límites constitucionales a la libertad de empresa, podemos entrar al debate entre el sistema de salud y los derechos humanos.

ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA

El principal problema, a nuestro juicio, es la existencia de dos tipos de población de cara al sistema de salud y de los criterios que hay para su creación y definición. El sistema determina dos segmentos de la población sobre la base de su capacidad de pago al sistema, su capacidad de cotización. Entonces, lo que determina el acceso no es la necesidad. Esto, en un sistema de salud basado fundamentalmente en la cotización sobre el salario, es más grave en un país con un alto nivel de pobreza⁹, desempleo¹⁰, subempleo y empleo informal.

En Colombia, que tiene una población de 44 millones, más de 25 millones de personas viven con menos de 2 dólares diarios, 11 millones sobreviven con la mitad de eso, más de tres millones no tienen empleo y casi 7 millones están subempleadas; 2,5 millones de niños trabajan y un millón de campesinos no tiene tierra¹¹. Esta estructura de franjas poblacionales no sólo viola una noción de igualdad en los

⁸ Corte Constitucional, Sentencia: T-443, 6 de julio de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Se calcula, según fuentes del mismo gobierno, que 26 de los 40 millones de colombianos están por debajo de la línea de pobreza.

¹⁰ El desempleo en Colombia llegó en 2000 al 19,7% [Revista Dinero 2001].

¹¹ "Colombia, un Estado lamentable", *El Tiempo*, Bogotá, 26 de octubre de 2002.

planes de salud sino que, por su misma dinámica, genera sesgos que impiden el logro de una cobertura universal del sistema.

La segunda gran crítica al sistema de salud en Colombia es la serie de exclusiones planteadas para el mismo régimen subsidiado, es decir, para la gente sin capacidad de pago. Muchas de esas exclusiones son incompatibles con la noción de integralidad de la atención planteada en el sistema, sin que exista diferencia (si aceptamos las exclusiones como forma de control del gasto o como mecanismo de redistribución de la riqueza) en la exclusión que sufre la persona que recibe un salario mínimo frente a personas que reciben mucho más¹², pues la diferencia salarial no se tiene en cuenta para el régimen de exclusiones.

El tercer problema es la conjugación de los dos anteriores: las exclusiones y su impacto en el régimen subsidiado. Más allá de la lista de exclusiones, que luego detallaremos, el gran inconveniente para la población del régimen subsidiado es la limitación que establece el sistema a unos gastos en salud que no pueden superar el costo de una ya diferenciada Unidad de Pago por Capitación para el régimen subsidiado. Esto se agrava porque el desarrollo del régimen subsidiado se ha aplazado o dejado sin prioridad y cuenta con unos frágiles mecanismos de administración, lo que da la idea de un sistema centrado en la garantía del régimen contributivo.

Esto último se observa, por ejemplo, cuando la norma autoriza a las EPS a no afiliarse a personas en las zonas donde las empresas no tienen servicios contratados. Esta medida hace que las EPS puedan determinar de antemano el perfil de población que quieren cubrir: población urbana, que además cuenta con redes de agua potable y alcantarillado. Tal sesgo también se observa en el posterior desarrollo de las ARS pues si se hubiese contado con iguales mecanismos administrativos desde el comienzo, la misma aplicación de la ley 100 hubiese tenido un mejor desarrollo, como se demostrará luego. También las excepciones del régimen de libre escogencia¹³ tienen un sesgo que refuerza la tendencia de selección adversa de pacientes. Está organizado de tal manera que las EPS que quieran abstenerse de trabajar, a su vez, como ARS pueden no hacerlo, con lo cual concentra sus servicios en una franja de población con capacidad de pago (régimen contributivo) que, por demás, es el mercado de los planes complementarios de salud o planes adicionales.

Por último, preocupa la lógica que predomina en el sistema: la lógica de la eficacia del servicio, entendida en términos de rentabilidad, no de la garantía de la calidad que determina la ley de la manera citada. Este fenómeno permea todo el sistema, no sólo a las instituciones de salud privadas: en la medida en que el nuevo modelo determina que también las instituciones públicas deben ser autónomas en la

¹² En Colombia, la diferencia salarial supera la relación 20/1.

¹³ Véase al respecto el último apartado del capítulo 3: *La libre escogencia de EPS y de IPS*.

gestión de sus recursos y deben ser por tanto capaces de asegurar unos ingresos por venta de servicios de salud que sean, por lo menos, iguales a sus ingresos para garantizar su propio equilibrio financiero.

Esa lógica ha llevado, tal como lo demuestran muchos testimonios cotidianos y además las mismas sentencias de jueces constitucionales, a la violación de varios derechos: la libertad, la intimidad, la dignidad y hasta la vida, por el desarrollo de prácticas que aseguren del cliente el pago de los servicios de salud para garantizar el equilibrio financiero y la supervivencia de los hospitales.

El hospital público queda, dentro de esta lógica del mercado, compitiendo en la venta de servicios con los hospitales privados, pero sin que haya igualdad en los deberes entre los dos: el hospital público debe responder por la atención de las personas del régimen subsidiado y por las llamadas vinculadas al sistema. La norma entonces determina un marco de responsabilidad igual para instituciones de naturaleza y regímenes diferentes cuya competencia no significa, como afirman algunos, una actividad complementaria sino un subsidio del Estado a los servicios privados¹⁴.

PLANES DE SALUD

La igualdad como principio constitucional no significa simplemente una consideración de carácter abstracto para todos los miembros de la sociedad, sino que se acompaña de un criterio de aceptación de diferencias entre ciudadanos, diferencias que requieren un trato disímil, sin que por eso se caiga en un comportamiento injusto para con los no beneficiados. En la Constitución es clara la protección especial del Estado a las personas en condición de "debilidad manifiesta"¹⁵, principio que constituye un elemento central en la discusión sobre la organización de los diferentes planes de salud:

La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los 'términos de comparación'. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad [...] Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas —entre ellas rasgos o circunstancias personales— diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación

¹⁴ Fleury [sin fecha].

¹⁵ Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*.

y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etcétera). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia¹⁶.

Esto implica que no toda desigualdad constituye discriminación, pues aquella podría tener una justificación objetiva, máxime cuando, en el caso colombiano, la Constitución misma plantea la necesidad de un trato desigual para aquellos en "debilidad manifiesta". Mientras tanto, la Carta constitucional proscribía expresamente los criterios universales de trato discriminatorio que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos. Esa interpretación se ha aplicado a casos concretos relacionados con prestaciones estatales:

De acuerdo con lo señalado por el artículo 13 de la Constitución Política y reiterado por el artículo 47 del mismo estatuto, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta¹⁷.

La Corte fue clara en decir que corresponde al legislador definir criterios para fijar los alcances de un tratamiento diferenciado en la ley, pero precisa que "en el seno de un Estado social de derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes, el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional"¹⁸, con lo cual no es omnipotente el legislador para definir tales criterios. A partir de ahí, preocupa la forma como el legislador formuló los planes de salud, pues luego, por medio de sentencias de la Corte Constitucional, se obligó a diferentes instituciones a ir más allá del texto mismo de la ley 100 y se han evidenciado tensiones entre esta ley y la Constitución, como mostraremos enseguida.

Plan Obligatorio de Salud Contributivo, POS-C

Según la ley, "todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud [...] que será denominado el

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia: T-422, 19 de junio de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-401, 3 de junio de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Corte Constitucional: Sentencia C-022, 23 de enero de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz.

plan obligatorio de salud"¹⁹. Pero tal integralidad se desvanece en la misma ley 100, pues no ofrece un servicio en igualdad de condiciones para todas las personas, sino que crea dos formas de administración y dos 'paquetes' de servicios, dos POS: uno para los cotizantes y otro para los que no tienen capacidad de pago. Son parte del régimen contributivo quienes tienen capacidad de pago como cotizantes: empleados, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes. También lo son en calidad de beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante²⁰. Esta condición da derecho al POS. La norma además determina que "cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente"²¹.

El problema es que esta división de servicios basada en las formas de financiación termina creando sistemas con tratos diferentes a sus usuarios, lo que según Isuani implica la formación de ciudadanos de primera y de segunda clase: "mientras que en las políticas de seguridad social el beneficio es un derecho que el individuo posee dada su contribución al financiamiento del mismo, las políticas de asistencia pública revisten un carácter caritativo, una dádiva a los sectores más necesitados"²². Sobre el POS hay varias consideraciones:

- La idea inicial conserva el cubrimiento de 'todas las patologías' que, como veremos más adelante, se diluye en el desarrollo de la ley y de los decretos reglamentarios. Esto constituye una grave discriminación negativa de las personas (por razón de su enfermedad), con la formulación de los "períodos mínimos de cotización" para ciertas patologías, bajo el amparo del costo del servicio y sin reparar en la necesidad del mismo.
- Según la ley 100, el POS debería contener elementos ya reconocidos en el decreto ley 1650 de 1977. Es decir, era ya un paquete ya definido en la norma. Pero en la reglamentación del POS²³ se redujo el número de actividades, intervenciones y procedimientos que inicialmente buscaban incluirse. Con esto ya se viola la disposición, contenida en la ley 100, de contar con un POS integral.
- El Plan no está supeditado en su alcance a las necesidades de las personas sino a la definición que haga la ley, lo que 'legitima' la relativización del derecho a la salud al marco legal (y financiero) que se determine.

¹⁹ Literal c, artículo 156, ley 100 de 1993.

²⁰ Artículo 26, decreto 806 de 1998.

²¹ Párrafo, artículo 28, decreto 806 de 1998.

²² Isuani [1986, 113]; sobre este debate, véanse páginas 113 a 128.

²³ Decreto 1938 de 1994.

Existen pues dos contenidos del POS: uno pleno (pero no total), determinado en la reglamentación para el régimen contributivo y otro, el POS subsidiado, que equivale al 50% del valor del primero. Tanto la reglamentación de la ley 100 como las resoluciones del CNSSS precisaron la lista de exclusiones del POS contributivo²⁴:

- Tratamientos de infertilidad.
- Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial.
- Tratamientos de psicoterapia individual.
- Corsés, sillas de ruedas y zapatos ortopédicos.
- Medicamentos no autorizados o, literalmente, "medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica".
- Transplantes de órganos. Ciertos transplantes quedan autorizados pero supeditados a la "discrecionalidad" del médico. No se excluyen aquellos de reconocida eficacia, como el transplante renal, de médula ósea, de corazón y de córnea, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas guías de atención integral.
- Tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis.
- Tratamientos de enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando de ellas no exista posibilidades de recuperación.
- Várices con fines estéticos.
- Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
- Cirugía estética o con fines de embellecimiento.
- Tratamientos de carácter experimental.
- Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
- Medias elásticas de soporte, fajas, plantillas (para zapatos ortopédicos), lentes y lentes de contacto.
- Tratamientos con drogas (medicamentos) o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.
- Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas.

24

Véanse artículo 15, decreto 1938 de 1994 y artículo 7, acuerdo 8 de 1994, CNSSS.

- Actividades, intervenciones y procedimientos no autorizados expresamente en el respectivo manual.

La reglamentación plantea que “la aplicación del Plan Obligatorio de Salud en sus diferentes fases y niveles de complejidad se desarrollará de acuerdo con el equilibrio financiero del sistema”²⁵. El POS está supeditado no al perfil epidemiológico de las personas ni a las necesidades en salud sino a la viabilidad financiera del Sistema. Y no es total, lo que implica que los servicios de salud, aun para los que cotizan al Sistema, no cubren de manera integral sus requerimientos, pues están excluidos del POS numerosos servicios, lo que ha generado debates desde los derechos humanos:

- Por el derecho a la protección de la familia, sustentado en la Constitución²⁶, y por la negación de los tratamientos de infertilidad²⁷.
- Porque se excluyen las sillas de ruedas, por ejemplo, elementos fundamentales para las personas discapacitadas²⁸ y cuya exclusión no se conduce con el principio constitucional de la protección prioritaria a las personas en debilidad manifiesta²⁹.
- Por la exclusión de medicamentos como los del sida, entre otros, por razones financieras.
- Por la exclusión de tratamientos para “enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando de ellas no exista posibilidades de recuperación”. Eso deja por fuera de la “atención (inicialmente) integral” a muchas personas; con la exclusión del trauma se niega la realidad del país: el mismo Ministerio de Salud acepta que la violencia es el principal problema de salud pública.
- Porque el uso de figuras ambiguas (várices con fines estéticos, cirugías con fines de embellecimiento o tratamientos nutricionales con fines estéticos) es una puerta para la negación de servicios cuando se argumenta que el trasfondo no guarda relación con la salud. Ya ha ocurrido, por ejemplo, con pacientes víctimas de accidentes con quemaduras o deformaciones.

La discusión relacionada con los medicamentos esenciales es específica. Esos medicamentos se definen no sobre la base de la necesidad médica de su uso

²⁵ Artículo 12, decreto 1938 de 1994.

²⁶ Artículos 42 y 43, *Constitución Política de Colombia*.

²⁷ Artículo 15, decreto 1938 de 1994.

²⁸ Véase al respecto la sentencia de la Corte Constitucional citada en el siguiente apartado de este capítulo: *Exclusión de elementos para discapacitados*.

²⁹ Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*.

sino "porque su costo se ajusta a las condiciones de economía del país"³⁰. El Defensor del Pueblo demandó esa primera reglamentación del POS mediante una acción pública de nulidad, alegando la ausencia de elementos de universalidad y de integralidad³¹, que sí aparecen en la ley 100 de 1993. Sin embargo, el Consejo de Estado denegó la demanda.

Posteriormente, el POS sufrió un nuevo ajuste mediante el decreto 806 de 1998, como mostraremos luego. Así la ley ha ido moldeando el POS: se definió en la ley 100, según el decreto ley 1650 de 1977; el decreto 1938 de 1994 lo recortó y tuvo modificaciones posteriores en el decreto 806 de 1998.

Exclusión de elementos para discapacitados

En una sentencia de 1997 se discutió sobre "la necesidad de cumplir con los principios constitucionales y legales en la materia, pero conservando un equilibrio en el sistema del cual depende la supervivencia del mismo". El caso examina la solicitud de silla de ruedas para un paciente menor de edad, citando además en el mismo sentido la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*³², especialmente en lo relacionado con los niños discapacitados³³.

Consecuente con lo anterior, considera la Sala que los niños se encuentran dentro del grupo de personas que requiere especial protección del Estado por su condición física y mental que lo coloca en circunstancias de debilidad manifiesta [...]. Ello determina, que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar: la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida [...]. La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposicio-

³⁰ Parágrafo 1, artículo 23 del decreto 1938 de 1994.

³¹ La Acción Pública de Nulidad fue presentada por el Defensor del Pueblo ante la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 9 de marzo de 1995.

³² Es importante recordar el papel que otorga la Constitución colombiana a los pactos internacionales en el ordenamiento interno. Según la Constitución, éstos hacen parte del llamado "bloque de constitucionalidad" con lo cual reconocen su vigencia y valía, en el mismo nivel de la Constitución, para efectos de la interpretación de las leyes.

³³ "Los Estados partes reconocen el derecho de un niño impedido a recibir cuidados especiales" [artículo 23, párrafo 2, ONU 1989].

nes de carácter reglamentario, como es la que excluye del plan obligatorio de salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados. Si bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el plan obligatorio de salud, cuando se afectan los referidos derechos. La Constitución es norma de normas y cuando se presente la incompatibilidad entre ésta y la ley o cualquier otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales (artículo 40). En el presente caso es evidente, que la disposición del literal f) del artículo 15 del decreto 1938 de 1994, en cuanto consagra como elementos excluidos del plan obligatorio de salud las sillas de ruedas en general, riñe manifiestamente con los artículos 13 inciso final, y 44 de la Constitución, como quedó explicado anteriormente. Más aún, cuando las condiciones económicas de los padres del menor hacen imposible que puedan sufragar los costos que implica la adquisición de la silla de ruedas. En tal virtud, se inaplicará para el caso concreto la referida disposición y se aplicarán las normas constitucionales que reconocen a los niños los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social³⁴.

En el caso de un niño sordo de nacimiento que requería un implante coclear, la Corte Constitucional consideró:

Es cierto que [el paciente] puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? [...] El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana³⁵.

³⁴ Corte Constitucional: Sentencia: T-640 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-236, mayo 21 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

En otra sentencia, la Corte Constitucional se refirió al suministro de pañales para una persona con incontinencia de esfínteres como consecuencia de una enfermedad cerebral y obligó a la EPS al suministro de pañales³⁶. También se ha pronunciado sobre lentes³⁷, zapatos ortopédicos³⁸ y cirugías que la EPS quería presentar como estéticas, cuando realmente tenían fines terapéuticos³⁹.

Exclusión de transplantes

En la ley de salud, los transplantes pueden ser de dos tipos: aquellos que “no se excluyen por su reconocida eficacia”, pero que en todo caso, solo podrían realizarse “con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas guías de atención integral”, y los excluidos. Con respecto a los primeros, más adelante explicaremos la lógica aplicada a las llamadas condiciones de elegibilidad, que los convierten en transplantes excluidos.

En los segundos, aparece como excluido, entre otros, el transplante de hígado. Amparadas en la exclusión legal, las EPS han rehusado la prestación del servicio e incluso han dejado de prestar los demás cuidados como medicamentos y exámenes de laboratorio. Solo entre abril y junio de 2000, la Asociación de Enfermos Hepáticos reportó seis casos de pacientes que fallecieron por la negativa de las empresas⁴⁰. Las EPS se escudan en que este tipo de tratamientos no hace parte del POS, pero, además, tampoco hace parte de las enfermedades llamadas catastróficas o de alto costo, con lo que las personas no tienen ningún mecanismo de cobertura para enfermedades como hepatitis B y C, cirrosis y falla hepática severa.

Sobre casos de solicitud por vía de tutela de asistencia a pacientes con enfermedades hepáticas, la Corte Constitucional dijo:

En determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas [...] la Corte recuerda que la aplicación sin contemplaciones de las limita-

³⁶ Corte Constitucional: Sentencia: T-099 de 1999, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁷ Corte Constitucional: Sentencia: T-645 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

³⁸ Corte Constitucional: Sentencia: T-597 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia: T-102 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁰ “EPS no cubren enfermedades hepáticas severas. Ni se le ocurra enfermarse del hígado” [*El Tiempo*, Bogotá, 27 de junio de 2000].

ciones y exclusiones previstas en las regulaciones que definen el POS vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento⁴¹.

En otro caso relacionado con una solicitud de transplante de hígado, negada por el Instituto de Seguros Sociales por no estar previsto como procedimiento autorizado en el POS, la Corte Constitucional reconoció la íntima relación entre la enfermedad hepática y el derecho a la vida. En el caso concreto, a pesar de la existencia de la exclusión legal, la Corte ordenó a la institución,

que la Junta Médica de Transplantes autorice el transplante hepático que requiere la señora [...] a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia [...] y asumir los cuidados y controles médicos postoperatorios⁴².

La salud mental

La exclusión de la salud mental muestra lo ajena que fue a nuestra realidad la formulación del POS en particular y del modelo de salud en general: según el mismo Ministerio de Salud, alrededor del 40% de las personas tiene condiciones de riesgo para desarrollar una enfermedad mental⁴³. Dice también que una cuarta parte de la comunidad muestra algún grado de depresión clínica asociada con pobreza y prevalencia de ansiedad (9,6%) y también asoció la frecuencia de posible trastorno mental con condiciones de pobreza. En el 4,3% de las familias se encontraron menores maltratados físicamente, el 9,7%, maltratados verbalmente, y el 0,8%, víctimas de abuso sexual. El 16,7% de la población estudiada presentó alto riesgo de alcoholismo.

A pesar de estos datos, el POS excluyó "tratamientos de psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada" que es la que sobrepasa los 30 días después de haber hecho el diagnóstico, tiempo que puede gastarse entre una y otra cita con el especialista. Además, el tratamiento de las enfermedades mentales re-

⁴¹ Corte Constitucional: Sentencia T-1204, 14 de septiembre de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-1221, 20 de septiembre de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁴³ Véase, en general, Minsalud [1994b].

quiere tiempos mayores, no tenidos en cuenta en esta decisión; la norma vulnera otra vez el criterio médico y la misma realidad.

Una paciente que sufrió en un breve lapso de tiempo varias situaciones difíciles (secuestro de dos hermanos, muerte por cáncer de una hermana y su propio divorcio) solicitó a la EPS Colseguros, a la que estaba afiliada, que le prestara atención psicológica. Fue atendida al comienzo, pero después de las primeras consultas se le negó la autorización para continuar el tratamiento pues, según la EPS, no estaba en una fase crítica. En la sentencia de la Corte Constitucional al respecto se ordenó a la EPS Colseguros que le brindara el tratamiento psicológico que venía recibiendo, durante todo el tiempo que requiriera y sin costo adicional para ella:

No es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa. Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y psicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología [...] Carece de sentido, frente a la Constitución, que la persona afectada por los síntomas de un desajuste psicológico sea rechazada en cuanto al acceso a la prestación de los servicios médicos que lo corrijan o morigeren, bajo el argumento de que no se encuentra en la fase crítica y, peor todavía, arguyendo que ya pasó la etapa inicial de dicha fase⁴⁴.

En la parte resolutoria de la misma sentencia (punto 2), la Corte decidió que

Inaplicase, en este caso concreto, el artículo 15 del decreto 1938 de 1994, reglamentario del Plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, invocado por la compañía demandada al negar la continuación del tratamiento psicológico de la accionante, en la parte que excluye de la protección el ‘tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada’ y en la que limita la psicoterapia individual de apoyo a ‘la fase crítica de la enfermedad, y sólo durante la fase inicial’⁴⁵.

⁴⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-248 de 1998. MP: José Gregorio Hernández.

⁴⁵ Es necesario precisar que estas sentencias de tutela no representan la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sino sólo determinan la aplicación o no de una norma en el caso concreto, aunque la jurisprudencia producida sí puede ser invocada en otros casos.

Medicamentos esenciales

La ley estableció que un medicamento esencial es

aquel que reúne características de ser el más costo-efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbilidad de una comunidad y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país⁴⁶.

La lista aprobada de medicamentos esenciales es exhaustiva y los medicamentos recetados deberán ceñirse a tal lista "sin que por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario"⁴⁷.

Luego se creó el Comité Técnico de Medicamentos como organismo asesor del CNSSS, "que tendrá por objeto estudiar y recomendar los criterios que deben regir el proceso de actualización del listado de medicamentos esenciales incluidos en el plan obligatorio de salud"⁴⁸, con funciones como: a) realizar los estudios y análisis que en relación con los medicamentos le solicite el CNSSS; b) estudiar las propuestas de inclusión y exclusión de medicamentos esenciales del POS, c) proponer al CNSSS los ajustes que estime pertinentes en la lista de medicamentos esenciales del POS.

Este Comité está compuesto por un delegado del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, un representante del Colegio Nacional de Químicos Farmacéuticos, un médico internista, un profesional de la salud representante de la asociación mayoritaria de IPS, un profesional de la salud con especialización en ciencias económicas, representante de la asociación mayoritaria de EPS; El director de estudios económicos e inversión pública del Ministerio de Salud y el subdirector de servicios farmacéuticos y de laboratorios del Ministerio de Salud⁴⁹.

Para la vigilancia de la producción y distribución de medicamentos, la ley 100 crea el Invima,

como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos mé-

⁴⁶ Parágrafo 1, artículo 23, decreto 1938 de 1994.

⁴⁷ Artículo 13, Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud.

⁴⁸ Artículo 1, acuerdo 51 de 1997.

⁴⁹ Artículo 1, acuerdo 129 de 1999.

dico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva⁵⁰.

El proceso de toma de decisiones en materia de medicamentos, en cuanto parte del POS, deja de ser un asunto del Ministerio para convertirse en un asunto del CNSSS, que a su vez delega tal función en un Comité Técnico. Este Comité formula un listado de medicamentos para racionalizar el gasto y priorizar unas opciones terapéuticas. Para Francisco Rossi, experto en farmacoeconomía, "en Colombia debemos tener alrededor de unos ocho o diez mil medicamentos disponibles en el mercado, pero en el Plan Obligatorio de Salud se han incluido cerca de 600 productos" que sirven para resolver la mayoría de los problemas de salud⁵¹.

El problema se sitúa en lo que ocurre con los medicamentos: a) ellos representan una alternativa terapéutica pero están excluidos del POS y son esenciales para un tratamiento determinado. b) Constituyen una segunda elección, por ejemplo en caso de alergia del paciente al medicamento de primera elección c) Son la elección frente a enfermedades poco comunes y por tanto no se contemplan dentro de la lista de medicamentos más usados. A nuestro juicio, la racionalidad de recursos basada en la estadística es una herramienta, pero no una camisa de fuerza que justifique la negación del tratamiento en esos casos que no corresponden a la mayoría de problemas de salud. Solo el hecho de que exista un medicamento en las posibilidades disponibles por la ciencia implica su potencial uso terapéutico, mucho más si el país lo ha reconocido y cumple con los requisitos legales. En palabras de la Corte,

estando la droga (el medicamento) que le fue formulada aprobada por el Ministerio de Salud y a disposición del público, negarla al peticionario, que carece de recursos económicos para proveerse de ella, significa privilegiar la situación del sujeto capaz de adquirirla, quien estaría en mejores posibilidades de defender sus derechos, los mismos que vería vulnerados un afiliado al Instituto de Seguros Sociales que, enfrentando idéntico problema, no podría disponer del tratamiento completo⁵².

Así mismo, el hecho de que exista una lista de medicamentos que se ofrece al paciente cercena tanto el derecho del médico de elegir el medicamento y en general la terapéutica que él considera adecuada, como el derecho del paciente de recibir de manera integral la terapéutica más adecuada para su condición.

⁵⁰ Artículo 245, ley 100 de 1993. La regulación posterior del Invima se hace mediante la ley 1290 de 1994.

⁵¹ Entrevista a Francisco Rossi en *Salud Colombia*, núm. 50 (Bogotá, julio-agosto 2000).

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Con ocasión de una sentencia sobre el suministro o no de medicamentos no incluidos en el POS a pacientes con VIH, la Corte dijo:

La negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes, ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, 'una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance' (Sentencia T-067/94, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. Corresponde, entonces, al Estado aportar los medios adecuados y a su alcance para dar el tratamiento prescrito. Cabe indicar que, según concepto del doctor Jesús Guillermo Prada Trujillo, los medicamentos que el actor pide y que, se repite, hacen parte del tratamiento recomendado por el médico 'han sido aprobados por el Ministerio de Salud y se encuentran disponibles sobre (sic) el mercado en Colombia' (fl. 123)⁵³.

Otro caso interesante es la solicitud de Viagra a un paciente con impotencia sexual derivada de neuropatía diabética. La Corte reafirmó varias posturas: a) a pesar de que la disfunción eréctil no conlleva a la muerte, no por eso la situación es ajena a los derechos humanos. b) Reafirma la protección del derecho a la salud como tal, sin que exista la figura de conexidad con el derecho a la vida. c) A pesar de que el Viagra no se incluye en el listado de medicamentos, la Corte considera tener en cuenta el criterio médico de la utilidad del medicamento sobre la norma. d) La salud como derecho tiene un componente psicológico que guarda relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal; en repetidas ocasiones esta corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno⁵⁴.

La Corte falló a favor del enfermo pues consideró que este “adujo las consecuencias dañinas que la disfunción eréctil viene causando en su salud mental y emocional como razón para impetrar el amparo; éste, que por sí solo es un argumento suficiente para otorgarle la protección judicial”⁵⁵.

Por último,

considera la Sala que para lograr la recuperación de los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad del peticionario, según lo dispuesto por el médico especialista, es necesario que al paciente se le suministre Viagra de 50 mg, no obstante estar excluida de la lista del plan obligatorio de salud, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos cuya protección demanda el actor” [pues] “puede afirmarse que el medicamento requerido y, según lo conceptúa el médico adscrito a la entidad demandada, cumple con el propósito de superar la afección física y psicológica que presenta el peticionario y, a su turno, garantiza la recuperación de la salud del actor”⁵⁶.

En 1997 y 1998, el gobierno reglamentó los criterios para la aceptación de medicamentos no incluidos en el POS⁵⁷, con la posibilidad de que las EPS pidan el reembolso al Ministerio de Salud equivalente al costo de los medicamentos. En el período comprendido entre enero de 2000 y agosto de 2001, el Estado recibió 9.322 solicitudes de reembolso por medicamentos, de las cuales 4.030 se respondieron favorablemente, 4.863 se condicionaron y sólo 372 se rechazaron. Las respondidas y las condicionadas valieron al Estado 3.479,6 millones de pesos⁵⁸.

Los medicamentos que son objeto de polémicas se descartan por criterios de costo/beneficio y no por criterios médicos. De allí que el uso de estos últimos

⁵⁴ La Corte Constitucional cita sentencias suyas en este mismo sentido tales como: T-477 de 1995, SU-337 de 1999 y T-551 de 1999. En: Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁷ Acuerdo 83 del CNSSS “por el cual se adopta el Manual de Medicamentos” del SGSSS; y las resoluciones ministeriales 5061 de 1997 y 2312 de 1998.

⁵⁸ Minsalud, Castaño [2001].

haya ayudado a la Corte Constitucional. Pero no siempre es así, pues la orden médica como argumento de la Corte Constitucional encuentra un obstáculo en la falta de autonomía del profesional en el momento de tomar su decisión. Así se produce una de las perversiones derivadas de la aplicación de la ley: los médicos (si además se tiene en cuenta la alta tasa de desempleo que hay en esta profesión en las principales ciudades) no quieren enfrentar de ninguna manera el poder del empleador (llámese EPS, ARS, IPS o medicina prepagada) y aceptan, por defender su puesto de trabajo, decidir 'voluntariamente' por terapéuticas que, dicen bajo presión, no representan su total confianza y/o convicción. Lo que buscan realmente las IPS y las EPS es disminuir costos.

Algo más: las influencias de las empresas farmacéuticas sobre el Invima son de público conocimiento. En agosto de 1999, cuarenta y cinco empleados de ese Instituto viajaron a un balneario "a conocerse a sí mismos y a manejar el estrés", según declaraciones a la prensa, con el patrocinio de casas farmacológicas. Además, estas casas han pagado cursos de inglés a los funcionarios porque, dicen ellos, "quieren trabajar en el desarrollo espiritual de los colombianos para lograr la paz"⁵⁹. En 2000, el nuevo director del Invima manifestó que "no ha pasado un solo día en que no tenga presiones de políticos, ofrecimientos de plata, de viajes y hasta de carros para que apruebe algunas patentes", por una guerra de fármacos que mueve en el país 1,2 billones de dólares al año⁶⁰.

Los precios de los medicamentos siguen registrando aumentos hasta del 175% sin que el Estado haga un control serio. El único control parece ser la propia voluntad de los laboratorios, que en octubre de 1999 consideraron bajar los precios en un 1%⁶¹. En 2002, aunque el gobierno afirma que el alza promedio es sólo del 13%, se denunciaron incrementos hasta de un 700%, facilitados por la libertad de precios determinada por el gobierno en 1999 (de 11.293 medicamentos registrados, el Estado sólo regula el precio de 135, el 1,1%). Ya en 2001, "los analgésicos, anti-tasmáticos, jarabes, anticonceptivos, antibióticos, reguladores para la presión, broncodilatadores y pediátricos tuvieron alzas que superaron el 200%"⁶².

Planes de fertilidad

Según la Constitución, "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad [...] El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia" y reconoce que

⁵⁹ "En Invima, dádivas colectivas", *El Tiempo*, Bogotá, 6 de septiembre de 1999.

⁶⁰ Testimonios de Miguel Rueda, director del Invima, en "Me han ofrecido plata y he tenido presiones políticas", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2000.

⁶¹ "Costos de medicinas: un corto circuito", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 1999.

⁶² "Denuncian alzas desmedidas en los medicamentos" *El Tiempo*, Bogotá, 11 de septiembre de 2002.

“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”⁶³. En el caso de la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”⁶⁴.

Puesto que la familia es una prioridad del Estado social de derecho, que es un derecho de la pareja decidir sobre el número de hijos y establecida la protección a la mujer durante la gestación y el parto, preocupa la forma como se excluyen del POS los tratamientos contra la infertilidad⁶⁵, máxime cuando (si el problema es de números) medio millón de parejas sufren esta enfermedad⁶⁶. Algunas fuentes hablan de dos millones de colombianos que tienen problemas de fertilidad debidos, en el 45% de los casos, a fallas en la salud reproductiva de la mujer y en el 55%, del hombre⁶⁷.

En otra sentencia relacionada con la salud, la Corte Constitucional afirmó:

debe resaltarse que lo comprometido en este caso no es sólo una afección psicológica que merma la autoestima del actor; su padecimiento pone en juego su capacidad de relación, en uno de los aspectos esenciales de la misma: la vida de pareja, y compromete el ejercicio de otros derechos indudablemente fundamentales, como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre la procreación de los hijos⁶⁸.

Pero, contrario a la lógica de esta sentencia, a las argumentaciones presentadas por organizaciones de derechos humanos y por organizaciones de mujeres, la Corte Constitucional excluyó en 1994 los tratamientos para la infertilidad dentro de las reclamaciones del derecho a la salud⁶⁹.

Posteriormente, en 2002, una sentencia obligó a continuar un tratamiento contra la infertilidad y reabrió el debate sobre los alcances del derecho a la salud. Con el argumento de exigir la continuidad del tratamiento ya iniciado por un médico de la misma EPS que rechazó continuarlo, la Corte decidió conceder la tutela pues

⁶³ Artículo 42, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁴ Artículo 43, *Constitución Política de Colombia*.

⁶⁵ Artículo 15, decreto 1938 de 1994.

⁶⁶ “Los derechos de la mujer que olvidó la Ley 100”. *El Espectador*, Bogotá, 29 de diciembre de 1996.

⁶⁷ “Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad” *El Tiempo*, Bogotá, 5 de abril de 2002.

⁶⁸ La Corte cita sentencias suyas en este sentido: T-477 de 1995, SU-337 de 1999 y T-551 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero. En: Corte Constitucional, Sentencia: T-926, noviembre 18 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁹ Corte Constitucional: Sentencia T-341, marzo 18 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz.

“de esta manera, el alto tribunal ampara el derecho a desarrollarse libremente como mujer y a lograr la maternidad”⁷⁰.

Según Carlos Mario Ramírez, director de Aseguramiento del Ministerio de Salud,

con los dos millones de pesos mensuales que vale el tratamiento [de una paciente específica], podrían afiliarse al régimen subsidiado 143 pobres y ofrecerles más que un tratamiento de fertilidad. En el momento hay más de siete millones de colombianos que no tienen acceso a la atención básica en salud.

Para Oscar Emilio Guerra, presidente de Acemi, el gremio de las EPS,

los jueces de la República están actuando con una indiferencia asombrosa frente al futuro de la seguridad social, pasando por encima del bienestar general para proteger intereses particulares, con el argumento de que ese es el alcance de la Constitución.

Pero según Jorge Ramírez, experto en fertilidad, el alto costo es un sofisma:

En Colombia, el recurso humano está disponible, hay que coordinar el recurso técnico y tener una red de especialistas para manejar el 80% de los casos de infertilidad en etapas iniciales y con costos mínimos. Solo el 20% de casos requiere reproducción asistida⁷¹.

Aunque el cálculo de 143 personas hecho por el vocero del Ministerio de Salud no es correcto, el debate central es sobre si el derecho puede extenderse *ad infinitum* y sobre si los derechos de los individuos tienen como límite la decisión de las mayorías o son derechos a pesar de las mayorías.

Exclusión de pruebas diagnósticas

La formulación de un Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS genera dos inconvenientes: una limitación directa al ejercicio médico y una limitación a las posibilidades diagnósticas y terapéuticas de las personas. Las listas que aparecen en el manual, cerradas, sin ninguna flexibilidad, se han convertido en la argumentación de las EPS para negar servicios y/o limitar sus responsabilidades con las personas a su cargo.

Un caso que ilustra tales prácticas es la solicitud de pruebas diagnósticas de alta complejidad (ph métrica de 24 horas y un vídeo de la estroboscopia laringea)

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2002. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷¹ “Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad”, *El Tiempo*, Bogotá, 6 de abril de 2002.

para determinar una enfermedad que una persona padece en la garganta y que, por falta de tales exámenes, durante tres años no se había podido precisar el diagnóstico. Cuando se solicitaron dichos exámenes, la EPS argumentó su exclusión del POS, de acuerdo con el artículo 18 de la resolución número 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud y de acuerdo con la ley 100 de 1993 y el decreto 1292 de 1994. La Corte fue clara en entender las preocupaciones del legislador en materia de recursos para la seguridad social en salud:

Aunque exista decisión política de llevar a la práctica tales disposiciones constitucionales, la verdad es que, si no existen los recursos humanos, económicos y tecnológicos que la prestación de los servicios de salud y seguridad social supone, pues no hay forma de hacerla realidad [...], el plan obligatorio de salud creado por la mencionada disposición, tiene una serie de exclusiones y limitaciones que busca que los recursos que actualmente se puede recaudar, cubran un mayor número de personas y, a éstas, en un mayor número de problemas de salud, pues, de lo contrario, esos mismos recursos se agotarían en atender una pocas enfermedades de alto costo. Es precisamente esto lo que el legislador quiso evitar, para empezar a cumplir con esa cobertura universal, sometiéndolo, en primer lugar, las enfermedades que supongan alto costo a un número mínimo determinado de aportes o cotizaciones al sistema y, en segundo lugar, excluyendo ciertos tratamientos y medicamentos que no contribuyan al diagnóstico de enfermedades o que sean puramente estéticos, para no nombrar más que dos de los criterios utilizados por el legislador en ese sentido⁷².

Sin embargo, continúa la Corte en la misma sentencia,

es claro para la Sala que en la presente oportunidad deben inaplicarse las disposiciones de carácter reglamentario que excluyen los exámenes cuya práctica se ordenó a la demandante, en vista de que se presentan todas las circunstancias que la jurisprudencia constitucional ha considerado necesarias para ello.

Entre esas circunstancias se destaca que no se le ha diagnosticado la enfermedad que padece, sabiéndose que "ningún otro examen puede conducir a su determinación con exactitud y de ahí que sean no solamente insustituibles la ph métrica 24 horas y la vídeo estroboscopia, sino absolutamente necesarias en este caso". Dice además la Corte:

Ahora bien, ¿cómo puede afectar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad física de la demandante, la falta de los

72

Corte Constitucional: Sentencia T-560, 6 de octubre de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

exámenes requeridos? Pues en que la enfermedad sigue latente en su organismo, porque los síntomas y la preocupación del médico sugieren que algo extraño sucede en su cuerpo y no le ha podido ser descubierta ni tratada por la misma razón, ignorándose por completo si esa enfermedad puede traerle consecuencias graves. Como esta Corporación lo reconoció en pronunciamiento anterior, esa incertidumbre sobre lo que puede ocurrirle a Margarita María, supone una amenaza grave para los derechos constitucionales fundamentales mencionados, por el simple hecho de que una lesión grave no está ciertamente descartada y, por tal razón, es posible [...] no comparte la Sala el argumento esgrimido por el 'a quo' en el sentido de que no es viable la tutela en este caso porque los exámenes no se requieren con urgencia, pues esperar que el estado de la demandante sea grave para que se vuelvan urgentes e inaplazables tales exámenes es, a todas luces, un despropósito, pues si se puede evitar el lamentable estado de encontrarse al filo de la muerte o de verse obligado a perder un órgano para sobrevivir, no hay razón válida para esperar a que ello suceda y derivar de tan lamentables circunstancias la procedencia de la tutela⁷³.

Por esta vía, la demandante pudo obtener las pruebas diagnósticas que el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS y otras normas infraconstitucionales le negaban.

Plan Obligatorio de Salud Subsidiado

El POS-S es el plan de salud para quienes no tienen capacidad de cotización: es decir, para millones de personas que no pertenecen al régimen contributivo porque no tienen posibilidad de pagar. Estas personas reciben un paquete llamado POS subsidiado, cuyo punto de partida es el POS del régimen contributivo. Este POS-C tiene un sinnúmero de limitaciones, ya explicadas, que además de mantenerse para la población más pobre, se agravan con el límite impuesto en la ley a los costes del POS-S (POS para los pobres), que no pueden exceder el valor de la mitad del POS contributivo⁷⁴. Es un problema central cuando se habla de equidad en el sistema, pues los dos sistemas (contributivo y subsidiado) corresponden a lógicas diferentes, no complementarias, pero de las que se espera la misma garantía jurídica, lo cual genera problemas de fondo.

Las personas más pobres, con ingresos menores a dos salarios mínimos, con condiciones físicas inadecuadas de vivienda, sin fuentes de agua potable o sin servicios sanitarios (es decir, con riesgo de enfermedades de transmisión hídrica),

⁷³ Corte Constitucional: Sentencia T-560, 6 de octubre de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁴ Artículo 162, ley 100 de 1993 y artículo 9, decreto 1895 de 1994.

de hacinamiento crítico (es decir, con riesgo infecciones respiratorias y enfermedades de la piel), con alta dependencia económica (es decir, bajos ingreso y por tanto, alto riesgo de desnutrición), son las personas a las que se les da un plan de servicios de salud cuyo costo es sólo el 50% del de las personas del régimen contributivo (cuya calidad de vida es mejor y cuyo riesgo de enfermarse menor). En resumen, los pobres, que en Colombia suman alrededor de 25 millones⁷⁵, tienen un entorno con condiciones que aumentan su vulnerabilidad, disponen de menos recursos para comprar salud y tienen un acceso restringido a los servicios, porque eso es lo que dispone el Estado para ellos.

La misma ley 100 dice que el CNSSS,

diseñará [para el régimen subsidiado] un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo, en forma progresiva, antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la Unidad de Pago por Capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan, de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables⁷⁶.

A pesar de este mandato legal, no se ha logrado la igualación entre ambos planes, en buena parte porque el CNSSS no ha considerado el POS-S dentro de sus prioridades.

Resulta interesante ver el contenido del POS-S y la curiosa lista de temas para la "educación y promoción de la salud", con diferencias para hombres y mujeres. Dos ejemplos: para hombres, y no para mujeres, se contempla la hemorragia digestiva. Al contrario ocurre con la coleditiasis, incluida en la lista de mujeres y excluida en la de los hombres. Estas listas muestran el afán de hacer numeraciones exhaustivas buscando controlar el fenómeno salud-enfermedad y de aplicarles cálculos de costos y estudios de rentabilidad.

Preocupa que sólo cinco años después de puesta en marcha la ley 100, la norma dio alguna respuesta sobre las necesidades de salud que no hacen parte del POS-S y que la persona no puede comprar:

cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta.

⁷⁵ DNP [1998].

⁷⁶ Artículo 162, ley 100 de 1993.

Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes⁷⁷.

Pero esta solución legal no tiene en cuenta que, precisamente, las personas sin "capacidad de pago" lo son porque no tienen recursos, pero la norma mantiene la figura de la cuota de recuperación⁷⁸.

Se entiende que el tiempo de desigualdad de los POS es tan solo una "etapa de transición" (hasta el 2001), etapa en la que las direcciones seccionales, distritales y locales de salud garantizarán la celebración de contratos de compraventa de servicios con los hospitales para atender las patologías no previstas en el POS-S, de acuerdo con el programa de conversión gradual de subsidios a la oferta a subsidios a la demanda.

Frente a esta situación, la Corte reconoció que en los casos no previstos en el POS-S, el Estado debe garantizar los servicios a través de su propia red o de los hospitales o a través de las entidades privadas:

aquellos beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayudas de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios de una complejidad mayor que la brindada por la institución prestadora de servicios que los haya atendido, deberán ser referidos por ésta, de acuerdo con los protocolos vigentes, a los hospitales públicos del subsector oficial de salud o a los privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Esto quiere decir que existirán casos en los cuales por las condiciones de salud y las necesidades de diagnóstico y tratamiento que necesita el afiliado, la cobertura señalada por el decreto 1895 de 1994 puede ser superada, en atención a la situación excepcional del mencionado afiliado⁷⁹.

Pero tal mandato no siempre es posible a través de los hospitales públicos precisamente porque estos carecen de recursos por el desmonte de subsidios del Estado, que ha llevado incluso a su cierre⁸⁰.

Un último comentario que encierra todo lo visto en el plan de salud se relaciona con la nueva tendencia del legislador. En 1998, en un intento por reorien-

⁷⁷ Artículo 31, decreto 806 de 1998.

⁷⁸ Véase al respecto el apartado *Cuotas de recuperación* del capítulo 3.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia: T-478, Exp. 73893, 25 de octubre de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁰ Sobre la crisis de los hospitales públicos, véase el primer apartado del capítulo siguiente y sobre los recursos del régimen subsidiado para los hospitales públicos, véase el primer apartado del capítulo 6.

tar el sistema hacia las necesidades del mercado, se expidió una nueva norma sobre el POS que precisa que,

Las actividades, intervenciones, medicamentos y procedimientos médicos incluidos deberán cumplir con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad, para evitar o reducir el riesgo a los pacientes, a su familia, al personal de la salud y a la comunidad en general⁸¹.

Esta norma incluye en la atención sólo las acciones que resuelven o mejoran las condiciones de salud y reducen riesgos al colectivo. Este tipo de figuras, como el proyecto de ley estatutaria del Ministerio de Salud (véase en el capítulo siguiente el apartado *Tendencias de regulación del derecho a la salud*), permite pensar que las interpretaciones tienden a hacerse en forma sesgada para excluir a los pacientes con enfermedades cuyo pronóstico no es de mejoría o cuya atención significa un costo que, desde el punto de vista colectivo, podría afectar el derecho a la salud de otros:

Plan de Atención Básica, PAB

El PAB es el 'paquete' de servicios de salud pública (prevención de la enfermedad y promoción de la salud). Por ley, su naturaleza es servir de complemento al POS-S mediante acciones de salud pública. La Corte ha entendido el derecho a la salud no sólo como la oferta de servicios de salud sino también, por ejemplo, como el suministro adecuado de agua potable o la disposición de servicios de alcantarillado que pueden, incluso, ser objeto de acción de tutela por parte de los ciudadanos⁸². Esto desmiente la histórica tendencia de ver los factores medio ambientales relacionados con la aparición de las enfermedades como condiciones naturales inevitables y no como responsabilidades estatales.

Desde el punto de vista del análisis de costos para un sistema de salud, las acciones de prevención de la enfermedad y promoción de la salud significan una real posibilidad de ahorro de recursos en cuanto se podría evitar, de manera sustancial, la presentación de enfermedades costosas y no costosas⁸³.

El PAB integra tales responsabilidades relacionadas, como ya dijimos, con educación y fomento de la salud, control del consumo de tabaco y alcohol, comple-

⁸¹ Artículo 9, decreto 806 de 1998.

⁸² "El derecho al servicio alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela" [Corte Constitucional: Sentencia T-406, junio 5 de 1992. MP: Ciro Angarita Varón].

⁸³ Castaño [2001, 5].

mentación nutricional, planificación familiar, desparasitación escolar, control de vectores y el control de enfermedades transmisibles como sida, tuberculosis, lepra y malaria. El Plan es de carácter gratuito y obligatorio y su financiación dependería de los recursos del Estado. Pero ese PAB ha ido de más a menos, de tal suerte que, para algunos, "hasta el control de las epidemias se convirtió en un desastre durante los últimos años"⁸⁴.

Mostrábamos ya que el POS-S no significa una oferta integral y se busca completar su integralidad con el PAB, complementariedad que es imposible por la misma naturaleza y limitaciones del PAB, como mostraremos enseguida. A este plan se le asignan actividades diversas, sin metodologías definidas, sin muchas posibilidades de seguimiento y evaluación del impacto y, lo más importante, con un sobredimensionamiento de sus reales alcances. Un estudio de la Universidad de los Andes encontró que la mayoría de estas acciones sólo llega al 30% de las personas⁸⁵.

El problema más sentido es que el POS y el PAB tienen lógicas diferentes: mientras el primero está pensado para individuos afiliados a una empresa, el segundo se diseñó para colectivos, para grupos sociales y su ganancia, en términos financieros, no se percibe si no se producen reales transformaciones en el entorno de las personas; estas dos lógicas no se han podido articular. Es decir, el PAB no produce ganancias a corto plazo, lo que genera el desinterés de las instituciones del sistema. Aunque las EPS disponían de 31.875 millones para planes de prevención en salud, sólo gastaron 3.712 millones⁸⁶.

Este plan centró su desarrollo inicial en el paradigma de la educación a la comunidad, a través de cursos y talleres relacionados con la salud⁸⁷. Priman figuras como la información y la educación en salud, programas de educación e información pública, programas de educación para la mujer, programas de educación para la salud a través de medios masivos, programas de educación interpersonal⁸⁸, que muestran el claro sobredimensionamiento de la educación en las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Son, por demás, actividades más baratas que las transformaciones reales a la infraestructura sanitaria y las condiciones de vida de las personas.

Según el Ministerio de Salud, en 1997, sólo 423 municipios del país (de los 1.082 que había en ese momento) formularon el Plan de Atención Básica y de estos, sólo 62 lo ejecutaron en concordancia con las directrices locales existentes⁸⁹.

⁸⁴ "La salud pública sigue en retroceso", *Salud Colombia*, núm. 37 (Bogotá, junio - julio 1999).

⁸⁵ Jaramillo [1999, 7].

⁸⁶ "La salud pública sigue en retroceso", *Salud Colombia*, núm. 37 (Bogotá, junio - julio 1999).

⁸⁷ Artículo 11, del decreto 1895 de 1994.

⁸⁸ Artículos 4 y 6 del decreto 1891 de 1994.

⁸⁹ Minsalud [1998].

Por ejemplo, un eje central de la prevención en salud lo forman los programas de vacunación. En principio, la responsabilidad del Plan Ampliado de Inmunización (PAI) es del Ministerio de Salud⁹⁰, el derecho a la salud de los niños es fundamental, según la Constitución y la ley 100 plantea que la atención materno-infantil⁹¹, lo que incluye para menores de un año los programas de inmunización. Pero, lo cierto es que vacunas como la de la hepatitis B, entre otras, son vendidas a los usuarios, incluso siendo menores de edad⁹². Si el PAB es realmente gratuito y obligatorio, como dice la norma, el Estado debería también dar cuenta de los programas de planificación familiar y de control prenatal, cosa que no sucede.

En 1999, se gastó el 96,9% de los recursos asignados a prevención y promoción y ese porcentaje se distribuyó entre los 11 programas que la ley obliga. Entre ellos, el 23% se invirtió en salud oral, el 15,5%, en prevención de enfermedades cardiovasculares, y el 15,1%, en prevención de enfermedades relacionadas con la gestación, el parto y el puerperio, es decir, el 54% de los gastos en prevención y promoción⁹³ se dirigió a esos tres programas. Lo que preocupa es que sus desarrollos se centran en actividades asistenciales propias de personal profesional, pero se muestra una mínima ejecución de otros programas relacionados con el hábitat, por lo que algunos sospechan que realmente se han hecho consultas odontológicas y médicas con recursos de promoción y prevención⁹⁴.

Se observa un descuido por las enfermedades que no generan ganancias, como la tuberculosis, la malaria, el cólera y el dengue. Son preocupantes los reportes que hay sobre ellas, que muestran lo relegadas que están en la agenda del mercado de la salud:

La incidencia del dengue hemorrágico en 1990 fue de 0,1 por 100.000 habitantes, mientras que en 1998 alcanzó el 13,9. En el caso de la malaria, la incidencia en 1990 fue de 445,5 por 100.000 habitantes, mientras que en 1997 ascendió a 712,2. En cuanto al cólera, la tasa en 1995 fue de 3,9 por 100.000 habitantes y en 1997 fue de 11,3. En 1997 fueron reportados 8.042 casos nuevos de tuberculosis, con una tasa de incidencia para ese año de 21,5 por 100.000 habitantes⁹⁵.

Un reporte del Ministerio de Salud, de 1999, muestra un estancamiento en la reducción de patologías infecciosas que venía presentándose en la década anterior y

⁹⁰ Parágrafo, artículo 5, decreto 1938 de 1994.

⁹¹ Artículo 166, ley 100 de 1993.

⁹² "Mercado negro de vacunas: Contralor", *El Heraldo*, Barraquilla, 21 de mayo de 1999.

⁹³ CNSSS [2000].

⁹⁴ Véase el análisis al Informe anual del CNSSS 1999 – 2000, en *Salud Colombia* julio-agosto 2000.

⁹⁵ DNP [2000, 147-191].

una tendencia al aumento de enfermedades de transmisión vectorial a lo largo de la década⁹⁶.

A principios de 2001, hubo en Nariño una epidemia de malaria que, al final de ese año, superaba los 25.000 casos. El hospital de referencia se cerró por problemas económicos; había 120 microscopistas de la red de malaria sin cobrar su salario, sin láminas ni reactivos; 29 lanchas estaban dañadas y no había dinero para combustible; además, no se había hecho fumigación por falta de productos químicos y de repuestos⁹⁷. Es decir, las patologías no rentables han sido ampliamente descuidadas por el Estado.

Otros indicadores relacionados con la garantía de la salud y/o las causas de la enfermedad, materia de los programas de prevención y promoción, son también preocupantes: falta de acceso a saneamiento básico (entre 6 y 10 millones de personas no cuentan con acueducto y alcantarillado), y desprotección alimentaria (hay un 8,4% de desnutrición global en el país)⁹⁸.

A pesar del *boom* de la prevención como una de las banderas de la ley 100, los niveles de morbimortalidad de enfermedades típicas de la pobreza, como la enfermedad diarreica aguda y la infección respiratoria aguda, muestran cifras en aumento en los últimos años. Además, se evidencia el fracaso del PAB para contener dichas patologías y aún más, para disminuirlas.

Planes Adicionales de Salud

Estos planes serán ofrecidos por "las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras"⁹⁹. Allí se ofrecen, para resumir, las exclusiones del POS, los servicios para los que se requieren períodos mínimos de cotización (cuando el paciente tiene un número inferior de semanas cotizadas) y algunos servicios de hotelería hospitalaria. Es decir, las posibilidades de adquirir servicios de salud por fuera del POS quedan supeditadas a las leyes de la oferta y la demanda y la relación médico-paciente, a la relación contractual¹⁰⁰. En los procesos de mercadeo, las EPS buscan desacreditar el POS para favorecer la venta de planes adicionales de salud.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse los siguientes planes adicionales: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en

⁹⁶ Minsalud / Oficina de Epidemiología [1999].

⁹⁷ Quintana [2002, 35].

⁹⁸ OPS [1999].

⁹⁹ Artículo 17, decreto 806 de 1998.

¹⁰⁰ Artículo 24, decreto 806 de 1998.

su régimen general, y pólizas de salud, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Estos planes son de "exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado"¹⁰¹. Consideramos que esta norma desconoce el deber del Estado de supervisar el servicio y, además, que la salud es, de acuerdo con la Constitución, un servicio público y no un "servicio privado". Es decir, en este decreto, pero no en la Constitución, la salud pasa al ámbito de las relaciones contractuales privadas y en ellas el Estado, además de abstenerse de cumplir sus deberes de organizador y director de los servicios de salud, determina que ese margen de servicios no incluido en el POS no hace parte al derecho a la salud y su acceso no es un problema del ámbito de los derechos humanos o del Estado social de derecho, sino del mercado¹⁰².

Los usuarios sólo podrán ser "personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios", es decir que los pobres, además, ni real (por falta de recursos) ni legalmente (porque la ley lo prohíbe) podrían acceder a servicios que no provengan del recortado POS-S o del subsidio a la demanda que prestan los hospitales públicos. Esa norma es la selección de clientes, la organización de una clientela cautiva por vía legal. Estos usuarios, además, podrán ser sometidos a exámenes con el objeto de "excluir algunas patologías existentes"¹⁰³. Es decir, con esto se legitima la selección adversa de pacientes.

Pero, además de lo anterior, las EPS no ofrecen planes complementarios:

lo que realmente ofrecen los vendedores de las EPS son pólizas de medicina prepagada o de seguros privados que tienen el doble problema de mantener el régimen de preexistencias y exclusiones de riesgos costosos y cobrar dos veces el costo de los mismos servicios, y así, los planes complementarios [...] no cumplen entonces el papel de complementar el plan obligatorio sino de sustituirlo, duplicando los costos del sistema¹⁰⁴.

¹⁰¹ Artículo 18, decreto 806 de 1998.

¹⁰² "*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*" (el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados) Digesto [38,2,14], citado por Bobbio [1989, 14]. Si aceptamos la salud como regulada por el derecho público, no pueden ser los contratos privados, en materia de prestación de servicios de salud, los que estén por encima y/o por fuera del derecho público aceptado.

¹⁰³ Artículo 21, decreto 806 de 1998.

¹⁰⁴ Jaramillo [1997, 17].