

# Conclusiones

**E**n Colombia se dan los requerimientos jurídicos para hablar de la salud como derecho. Por tanto, su exigibilidad es posible sin caer en posturas ingenuas. Amplia es la jurisprudencia constitucional que contradice buena parte de las actuales políticas de salud, lo que ha llevado al enfrentamiento reiterado entre la Corte Constitucional y las instituciones de salud (especialmente las EPS y el Ministerio de Salud). El avance de la salud como derecho se ve confrontado por argumentos, no del todo ciertos en el caso estudiado, como la limitación de los recursos, el texto de las normas infraconstitucionales, la política económica del Estado y, paradójicamente, hasta los derechos humanos de terceros.

Los países de América Latina muestran momentos más o menos compartidos entre sí del proceso de consolidación de su oferta de servicios de salud: en los años 70 hubo gran preocupación por el establecimiento de sistemas nacionales de salud; en los 80 y 90, por la necesidad de racionalizar el gasto y de abrir la oferta de servicios al sector privado a partir de referencia de dos modelos: el chileno y el colombiano, de modo que se permitía la entrada del mercado acompañada de una reducción del papel del Estado en la oferta de servicios.

Al mismo tiempo, los procesos democratizadores produjeron reformas constitucionales y/o nuevas constituciones que incorporaron, de manera novedosa, la noción de Estado social con el reconocimiento explícito de tales derechos, entre ellos, el derecho a la salud, de modo que se acentuó la tensión entre el Estado social y la ortodoxia económica.

Esa tensión entre los derechos humanos o, si se prefiere, entre el Estado social y el modelo económico tiene una expresión clara en la salud. En nuestros tiem-

pos, la salud se constituye en la promesa de la ciencia, una razón de ser del Estado social y un derecho fundamental con el correspondiente deber estatal. Es decir, una asignatura de la democracia. Pero el mismo modelo, en su desarrollo, plantea como opción presente disminuir el tamaño del Estado y una postura minimalista en materia de intervención estatal frente al mercado, en la que se incluye la oferta de la salud.

Entre 1991 y 2002 confluyeron en Colombia dos fenómenos que parecen incompatibles entre sí en materia del derecho a la salud: por un lado, el reconocimiento de la salud como derecho humano en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia constitucional y, por otro, la adopción de medidas económicas y políticas que significan un retroceso, o por lo menos un estancamiento, en términos del Estado social de derecho. Pero estas últimas medidas no afectan por igual a las personas, pues, como se demostró, el modelo tiene en el desarrollo legislativo de los servicios de salud un claro sesgo en su diseño: divide a la población de acuerdo con su capacidad de pago, ofrece mejores servicios al segmento que cotiza y servicios reducidos en contenido, alcances y calidad a aquel que no puede hacerlo y que es, precisamente, el más vulnerable.

La exclusión de elementos para los discapacitados, la exclusión de transplantes, la reducción al mínimo de los servicios de salud mental, el sometimiento de las posibilidades terapéuticas a listas cerradas hechas con criterios solamente económicos y las limitaciones de pruebas diagnósticas en la práctica, además de otras limitaciones, son situaciones que se agravan entre la población sin capacidad de cotización, cuya suma supera ya los 24 millones de personas, el 60,05% del total de habitantes del país.

La cobertura universal, gran promesa de la ley 100 de 1993 ante la que hubo gran consenso, aún no se consigue. Las cifras oficiales reconocen que el mandato legal de garantizar una cobertura con equidad en el año 2000 fue imposible de cumplir y dista mucho de conseguirse: hoy en Colombia hay más de 18 millones de personas, el 44,6% de la población, sin acceso a los servicios de salud. A eso se suman los mecanismos legales y extraleales que colocan por fuera de los servicios a personas discapacitadas, a portadores de VIH/sida, a pacientes terminales y a víctimas de las llamadas enfermedades catastróficas. También se excluye a personas desplazadas, que alcanzan ya los 2,7 millones.

Insistimos en que fueron las normas de salud, y no otros aspectos, las que generaron el modelo del servicio y determinaron que ese modelo fuera así, tanto por su contenido, como por sus sesgos, sus figuras abiertas y hasta por las prioridades que estableció el legislador. En términos generales, lo dice así García-Pelayo,

La finalidad no es extraña sino esencial a la norma y determinante de su estructura, pues la norma es, por definición, un *deber ser*, no un *tener que ser*, lo que quiere decir que entre las diversas regulaciones posibles se ha

elegido una y esta elección ha venido condicionada por la finalidad requerida y con arreglo a las posibilidades que ofrece la situación. Tal finalidad no queda al margen de la norma, sino inmersa en el contenido<sup>1</sup>.

En el caso colombiano, apostar a favor de un modelo económico representó, además de las medidas económicas en sentido estricto, la organización institucional y jurídica que hizo posible adoptar tal modelo. Nos parece significativo que de los 132 decretos promulgados entre 1994 y 1996, sólo tres se dedicaran a promover la salud y prevenir las enfermedades. A partir de las resoluciones del CNSSS producidas en el período 1994-1998, se promulgaron 59 acuerdos sobre la gestión de los recursos financieros del sistema, pero ninguno se dirigió a los aspectos relacionados con el recurso humano en salud, aunque la situación lo exigía, ni al papel supervisor de la Superintendencia Nacional de Salud<sup>2</sup>.

Así, la relación entre la norma y los servicios de salud no puede ser ni tangencial ni abierta a múltiples interpretaciones, al punto que pueda derivarse de ella una obligación para el médico y otra para el economista. Si eso es posible por falta de precisión en la norma, también es responsabilidad de la norma o, mejor, de quienes la diseñaron.

## **EL DERECHO A LA SALUD: UNA ASIGNATURA PENDIENTE**

Retomemos el debate insistiendo en que cuando hablamos del derecho a la salud estamos no solo ante una noción moral sino también ante una realidad jurídica. Nuestro punto de partida está más allá de la ley de salud (ley 100 de 1993), en la Constitución colombiana.

Para facilitar la discusión, aceptemos que realizar los derechos económicos y sociales implica un hacer del Estado y que ese hacer exige una disponibilidad de recursos y unas políticas de materialización. De acuerdo con eso, los derechos se pueden aplicar de manera progresiva, sobre la base de la realidad objetiva de cada Estado, en la que la disponibilidad de recursos juega un papel importante. Así, la realización del derecho a la salud exige la disponibilidad de medios y el Estado está obligado a detraer estos medios de otras atenciones, no definidas como derechos, para dedicarlos a la salud.

Pero ese principio de aplicación progresiva es, desafortunadamente, el espacio en el que los Estados tratan de justificar su demora en la garantía de garantizar los derechos, pues la velocidad de esa aplicación progresiva queda reducida a la voluntad política de los Estados. Se ha extendido la práctica de restar responsabili-

---

<sup>1</sup> García-Pelayo [1984, 63].

<sup>2</sup> Observación hecha en Cardona y otros [1999, 39, 40 y 44].

dades al Estado con el argumento de que se carece de recursos y a esa práctica se agrega la idea de que los derechos mencionados son de 'segunda generación' (teoría de las generaciones que no compartimos) como si fueran de segunda clase. En el caso colombiano, es jurídica y financieramente posible hablar del derecho a la salud. Decimos que es posible financieramente pues, como se indicó, el 8,6% del PIB se dedica a actividades relacionadas con la salud (administración, intermediación, seguros, servicios médicos y hospitalarios, aportes, medicamentos y exámenes, entre otras). En el plano jurídico, lo dijo la Corte Constitucional:

El derecho a la salud es un derecho que debe convertirse en una realidad. Lo real es necesario, pero hasta lo agradable debe ser tomado de lo real. Proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es derecho constitucional fundamental inalienable. Por ello, efectivizar el derecho a la salud es un programa que vincula aquí y ahora a todas las ramas y órganos del poder público. El derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental en el Pacto Internacional de 1966, en cuyo artículo 12 consagra que los Estados partes reconocen 'el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' [...] El fundamento ideológico de los instrumentos internacionales es el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que señala que toda persona tiene derecho a la asistencia médica. En el artículo 49 [de la Constitución colombiana] se consagra la garantía de las personas en materia de salud. De allí se deriva no sólo el deber del Estado y la solidaridad de la comunidad, sino además, la obligación de los particulares de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad<sup>3</sup>.

Aunque existe, esta 'realidad jurídica' dista mucho de determinar la dinámica en los hospitales, aunque sí lo está por las normas que definen el sometimiento de los servicios de salud a la lógica del mercado. Y es entre esas dos tendencias normativas que se centra nuestro análisis.

Una ONG cita en un reporte sobre la situación de los servicios de salud en Colombia algunos casos tomados al azar:

CM, 20 años: intoxicación exógena. No es atendido por ser vinculado<sup>4</sup>. CM, 32 años, cuerpo extraño en ojo derecho. No es atendido por no estar afiliado. JJV, 3 años: síndrome de dificultad respiratoria. El médico tardó

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional: Sentencia: T-487, abril 11 de 1992, MP: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> Subrayamos que la categoría *vinculados* aparece en la norma para referirse, paradójicamente, a las personas no vinculadas al sistema de salud.

2 horas en verla porque [ella] no tenía dinero para pagar la hospitalización. JLV, 10 años, crisis epiléptica de repetición sin tratamiento. No le administran tratamiento hasta que no esté afiliada. MEV, 38 años: carcinoma uterino. Se niega morfina aduciendo que su enfermedad es muy larga. MF, 7 años: deshidratación severa. Enviada a su domicilio con Sales de Rehidratación Oral, pese a los vómitos<sup>5</sup>.

Otros testimonios registrados en la prensa dan cuenta de discriminaciones y negativas del servicio que reciben los usuarios<sup>6</sup>.

Cada uno de estos casos tiene, por lo menos, dos respuestas: una en la Corte Constitucional que, como vimos en su extensa jurisprudencia, entiende la salud como derecho. Otra, en las normas infraconstitucionales y en la interpretación que de estas hacen las instituciones de salud, en la que la financiación del sistema no es un medio sino un fin en sí mismo.

Ante esa esquizofrenia entre la norma y la realidad, se elaboraron, entre otras, dos respuestas que preocupan porque tuvieron eco y son incorrectas. La primera es la solución mediante un nuevo tipo de administración<sup>7</sup> y la otra es la educación en salud como paradigma casi único para responder a los problemas de salud.

Para ilustrar más la segunda respuesta, citemos un estudio oficial que demostró que las causas más frecuentes de morbimortalidad infantil en Colombia a comienzos de los años 80 eran la diarrea aguda, la infección respiratoria aguda y las enfermedades inmunoprevenibles, entre otras. Un grupo de técnicos concluyó que había una asociación de las enfermedades con el comportamiento de las personas, pero poco se realzaron el suministro de agua potable, las condiciones de hacinamiento o la baja cobertura de los programas de vacunación<sup>8</sup>. Esta lógica hace que: a) la responsabilidad de la salud recaiga en las personas y en ningún caso en las condiciones ambientales, como lo advertimos en el marco conceptual; b) se reduzca el número de posibles acciones de prevención de la enfermedad y de promoción de la salud y se conviertan en cursos dirigidos a las comunidades sobre manejo del agua potable, aunque no tengan agua potable y c) se limite el deber del Estado a esas acciones, sin cambiar el entorno de las personas y se transforme el derecho en deber. Por el contrario, la Corte entendió el derecho a la salud no sólo como la oferta de

<sup>5</sup> Quintana [2002, 27].

<sup>6</sup> Entre otros, véase "Dramas de alto pagaré", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000; "Enfermedades que cuestan y duelen", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2000; "Usuarios y médicos denuncian", *El Tiempo*, Bogotá, 13 de octubre de 2001.

<sup>7</sup> Véase en el capítulo 7 el apartado *El paradigma de la administración en salud*.

<sup>8</sup> Minsalud y otros [1990a, 80].

servicios sino también como el suministro adecuado de agua potable, que puede ser, incluso, objeto de acción de tutela<sup>9</sup>.

Más allá de ese reduccionismo, buscado por algunos, la salud es un derecho y tiene como correlato un deber estatal, por razones de deseo moral pero sobre todo, por la argumentación jurídica ya presentada. Pero la posibilidad es además de jurídica, material: la salud en Colombia tiene recursos y no pocos; otro debate es el de cómo se distribuyen esos recursos, que es secundario para efectos de la aceptación de la salud como derecho.

Los problemas no provienen en su totalidad de la ley 100 de 1993, pues el nuevo sistema heredó prácticas de modelos anteriores. Estos problemas podemos verlos en cuatro esferas: a) la herencia nacional: corrupción, evasión de impuestos, burocracia, excesiva reglamentación, incumplimiento de la ley, etcétera; b) la herencia de los viejos modelos: el asistencialismo, la noción de caridad y la baja credibilidad en las acciones de prevención y promoción; c) los problemas derivados de la ley 100 de 1993, nacida en un marco de políticas a favor del mercado y cuyo desarrollo legal acentúa esa tendencia; y d) la aplicación de la ley: desarrollo de prácticas perversas apoyadas en la ley misma, interpretaciones amañadas de la norma, demora en la aplicación, etcétera.

Si bien no derivan de la norma, algunos fenómenos relevantes que se produjeron en relación directa con su aplicación durante el período analizado (años 90) son: a) pérdida de calidad en aras de la rentabilidad financiera, al punto que la carrera por los recursos ha desdibujado la razón de ser de los hospitales y generó, en los que se resistieron, cierres parciales o definitivos, caso del hospital pediátrico más grande de Bogotá; b) pérdida de la autonomía médica, con lo que se ataca la esencia misma del acto médico y cuyas consecuencias directas afectan el derecho a la salud; c) la flexibilización de las relaciones laborales en los servicios de salud, medida que acompaña las reformas que favorecen el mercado y que afectan sensiblemente la calidad de los servicios de salud: el 30% de los médicos colombianos derivan sus ingresos de otro tipo de trabajo, precisamente por la caída de salarios y la pauperización de condiciones laborales; d) la sobrevaloración de los mecanismos administrativos, en los que se depositan las esperanzas de adaptación y de supervivencia de los hospitales públicos; sin embargo, esos mecanismos son inútiles a la hora de responder por problemas que trascienden y sobrepasan a las respuestas gerenciales.

---

<sup>9</sup> "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 1º (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, jun. 5 de 1992, MP: Ciro Angarita Varón].

Estos vicios, más otros no nombrados, hacen que el servicio de salud no produzca dinámicas nuevas sino que perpetúe formas de poder, de dominación y de exclusión. Como en otros países de la región, "en lugar de contribuir a una mayor justicia en la distribución, el sistema estatal de seguridad social reproduce la estructura social extremadamente desigual y la heterogeneidad estructural de las sociedades latinoamericanas"<sup>10</sup>.

Por eso, cuando decimos que el derecho a la salud es una asignatura pendiente, reconocemos que el derecho existe, que es viable, que hay recursos, pero que hay variables que se oponen, determinantes con poder que aplazan o evaden la realización del derecho.

### **LA REFORMA DEPENDE DEL MODELO ECONÓMICO DOMINANTE**

Ya en 1995, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas expresó en su análisis del tercer informe sobre la situación colombiana su preocupación por: a) el aumento de la tasa de mortalidad infantil que aparece como una de las más elevadas de América del Sur; b) el fracaso en los programas desarrollados en la lucha contra la pobreza y c) "la aplicación y vigilancia de las medidas de salud y seguridad en el trabajo [que] no han llegado al nivel conveniente"<sup>11</sup>.

Hay medidas recientes como la posibilidad de cobrar al Estado los costos de medicamentos no incluidos en los listados autorizados y los costos derivados de las sentencias de la Corte Constitucional que obligan a las EPS a prestar servicios por fuera del POS. Son medidas que, según las ONG de derechos humanos, aseguran un riesgo empresarial cero para las empresas de salud privadas y garantizan, gracias al subsidio estatal, su rentabilidad, sin que el sector privado participe de las pérdidas o de los riesgos del mercado.

Para los detractores de la tendencia predominante de la Corte Constitucional en relación con la salud, las sentencias proferidas y las interpretaciones hechas, constitucionales y legales, pervierten los mecanismos naturales del funcionamiento de una economía de mercado. Dicen ellos que sentencias constitucionales como las citadas a lo largo de este trabajo cambian el entorno jurídico de los negocios, entorno que debería ser el propio de una economía capitalista con democracia representativa liberal, que requiere, para que haya crecimiento económico, una clara definición de los derechos de propiedad.

Lo cierto es que ni la Corte Constitucional ni el mecanismo de la tutela lesionan el entorno jurídico. La inmensa mayoría de las sentencias de la Corte en

<sup>10</sup> Stahl [1994, 51].

<sup>11</sup> Examen del Comité de DESC al tercer informe periódico presentado por Colombia [1995].

materia de salud se limitan a garantizar lo ya existente en el POS. La ministra de Salud Sara Ordóñez reconoció, citando una investigación del BID, que más del 80% de las tutelas reclamaban servicios que estaban dentro del POS<sup>12</sup>. El otro 20% reclamaba servicios no incluidos en el POS, pero cuya demanda se hace alegando la vulneración de un derecho fundamental.

A nuestro juicio, lo que se vive en Colombia es más que la respuesta de un solo país a un problema coyuntural. Los modelos y los cambios en los modelos de salud en los años 70 y 80 y también en los 90 fueron determinados por dinámicas comunes a la mayoría de países de la región en las que pesaron de manera importante variables internacionales.

Hoy día, casi todos los debates sobre recursos y economía nos conducen a discutir sobre globalización. Así, cuando nos adentramos en el debate sobre los recursos en salud, el primer aspecto que se aborda es "la ausencia de 'verdaderas' teorías generales sobre la globalización"<sup>13</sup>. Pero si se limita el debate a la estabilización macroeconómica y al ajuste estructural en lo económico y a la modernización del aparato estatal en lo político<sup>14</sup> se destacan las recomendaciones del Banco Mundial en materia de oferta de servicios de salud en el marco de tales reformas<sup>15</sup>.

Wallerstein afirma que no hay un desarrollo nacional independiente del funcionamiento del sistema mundial<sup>16</sup>. Eso también se vive en el diseño de modelos de salud, ya sea por experiencia acumulada en la formulación y desarrollo de modelos en otros países (el auge de la salud pública, la formación de sistemas nacionales de salud, etcétera) o por las demandas y/o presiones externas al sector salud. Por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo plantea que

los gobiernos deberían promover tipos de seguros médicos que establezcan una cobertura amplia de la población y que contenga a la vez mecanismos de pago para controlar el costo de los servicios de salud [...] deberían también fomentar un sector privado competitivo que suministrara toda la gama de servicios de salud, incluidos los financiados por el Estado<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Entrevista con la Ministra de Salud Sara Ordóñez, en: "Fuerte control anuncia la Ministra", *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2000.

<sup>13</sup> Garay [1999, 1]. El debate tiene aspectos económicos, políticos y culturales; detractores y defensores, y complejidades que sobrepasan los alcances de este texto. Resulta interesante, entre la abundante bibliografía disponible, citar el trabajo del Premio Nobel y ex-vicepresidente del Banco Mundial, Joseph Stiglitz [2002].

<sup>14</sup> Sobre estas reformas, véase Ramos [1997, 15-38].

<sup>15</sup> Banco Mundial [1993].

<sup>16</sup> Citado en Garay [1999, 5].

<sup>17</sup> BID [1991] citado por Sindess [1996, 29].

En 1980, el Banco Mundial empezó a conceder préstamos directos para los sistemas de salud y en 1983 se había convertido en una de las principales fuentes de financiamiento de los servicios de salud de los países pobres. Ya en 1987, esta entidad recomendaba una serie de medidas para la reorganización de los servicios de salud: a) trasladar a los usuarios los gastos en el uso de las prestaciones mediante el “cobro de aranceles [...] de servicios de salud”, b) ofrecer esquemas de aseguramiento para los principales casos de riesgo: “provisión de seguro u otra protección frente a riesgos”; c) utilizar en forma eficaz los servicios privados: “empleo eficiente de los recursos no gubernamentales”; d) descentralizar los servicios de salud gubernamentales<sup>18</sup>.

El modelo planteaba además la división entre unos servicios de naturaleza privada para quienes pudieran pagarlos y unos servicios públicos para las altas externalidades: el fundamento de dicha separación se encuentra en la teoría neoclásica de los bienes. Desde esta perspectiva, los bienes privados son aquellos que implican un beneficio individual diferenciado, por el que las personas estarían dispuestas a pagar. Los bienes públicos son solo aquellos que generan beneficios colectivos o altas externalidades y que, por lo mismo, deberían costearse con recursos públicos<sup>19</sup>.

El informe del Banco Mundial [1993] está destinado a formular recomendaciones dirigidas especialmente a los países de medianos y bajos ingresos, con el fin de rediseñar sus servicios de salud. Estas recomendaciones han sido posteriormente parte de las exigencias de la banca internacional a los países, para renegociar las deudas externas, así como de los requisitos para adquirir nuevos créditos<sup>20</sup> y se basan en pasos que explicaremos a continuación<sup>21</sup>.

El primer paso consistió en reforzar la noción del fracaso de lo público en la oferta de servicios (ineficiente e inequitativo) que, acompañado de la noción de que la salud corresponde al ámbito de lo privado, permite concluir que la mejor alternativa es la oferta privada de servicios; alternativa que además promueve el mito de la elección libre del médico tratante. Esto encajaba con las teorías que propugnaban por la reducción del Estado, el concepto de Estilos de Vida Saludables (punto desarrollado de nuestro marco conceptual), las reformas a los servicios nacionales de salud, la modernización de los ministerios de salud y la apertura de los servicios públicos a los oferentes privados. En la práctica, esta noción se ha alimentado de una corriente de opinión dedicada a resaltar los defectos de lo público y las ventajas de lo

---

<sup>18</sup> Akin [1987]. Hay un resumen oficial en español preparado por la OPS en Banco Mundial [1989, 145-191].

<sup>19</sup> Banco Mundial [1989, 147].

<sup>20</sup> Sobre la capacidad de la banca internacional para imponer las reformas y la lógica de la banca o, mejor, la ausencia de lógica, véase Stiglitz [2002].

<sup>21</sup> Basado principalmente en Banco Mundial [1993].

privado. El Estado solo debe atender en salud lo que el sector privado no asuma. Y esa intervención del Estado debe someterse a criterios de alta efectividad y bajo costo.

El segundo paso fue desarrollar un nuevo indicador: Años de Vida Ajustados por Discapacidad, también llamado Años de Vida Saludables Perdidos (Avisa)<sup>22</sup>, pensado como una herramienta para planificar en salud. Este nuevo indicador, presentado por primera vez en el citado informe de 1993, se acompaña de la noción de Servicios Clínicos Mínimos<sup>23</sup>. Estos servicios de salud esenciales estarían definidos, entre otras cosas, por criterios de coste/beneficio (en unidades monetarias), coste/efectividad (uso racional de recursos) y coste/utilidad (Años de vida ajustados por calidad).

En relación con los Avisa, es necesario precisar que en el cálculo del valor de un año de vida saludable "se ha optado por privilegiar el valor de la vida de aquellas personas que tienen a su cargo otras personas" y que la edad de más valoración es 25 años, dice el Ministerio de Salud de Colombia<sup>24</sup>. Esta curva de años/valor encaja con la edad productiva de las personas. Ahora bien, el criterio de invalidez o de pérdida de vida en términos de pérdida de la capacidad productiva de las personas, sumado a la valoración de la vida según una edad preestablecida, hace pensar en el nuevo rol del sistema de salud en el marco de la lógica del mercado: renuncia como protector de los menos favorecidos y retorna a lo que ya Marx llamaba *el papel reparador de la mano de obra*<sup>25</sup>.

Los servicios clínicos mínimos permitieron avanzar en la formulación de listas cerradas (catálogos de prestaciones) de servicios y listados de medicamentos que, por su costo, podrían contribuir a la racionalización de los recursos en salud. Es decir, el Estado debe abstenerse de entrar en gastos de medicamentos y de procedimientos cuya justificación para hacer o no parte del paquete de servicios mínimos recomendado era su costo económico, pues "el número de grupos de intervenciones dependerá de los recursos financieros"<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Los Avisa contemplan cuatro variables: a) tiempo perdido por una muerte prematura, b) valor de un año de vida saludable según la edad, c) preferencia social por el tiempo y d) ponderación de la incapacidad. Para la versión colombiana de los Avisa, véase Minsalud [1994c].

<sup>23</sup> Hanson [2000].

<sup>24</sup> Minsalud [1994c, 8 y 9]. Otro análisis en el mismo sentido sobre el período 1985-1995, se encuentra en Minsalud [1999, 51-52].

<sup>25</sup> El derecho a la salud sería pues como el salario. Marx dice: "las necesidades del trabajador se reducen solamente a la *necesidad* de mantenerlo *durante* el trabajo de manera que no se *extinga la raza de los trabajadores*. El salario tiene, por tanto, el mismo sentido que el *mantenimiento*, la *conservación* de cualquier otro instrumento productivo [...]. El salario del trabajador pertenece así a los *costos* necesarios del capital y del capitalista, y no puede sobrepasar las exigencias de esta necesidad" [Marx 1974, 124].

<sup>26</sup> Banco Mundial y FMI, citado por Síndess [1996, 49].

El tercer paso fue apoyar el desarrollo de herramientas de gerencia en salud que harían que los hospitales de los países pobres, aun los públicos, y en circunstancias de desabastecimiento de recursos fueran rentables. Esta noción, muy difundida en toda América Latina, permite afirmar que el problema central de las crisis hospitalarias y por ende de los sistemas de salud es que las formas de administración de lo público, en este caso de los servicios de salud, son *per se* ineficientes y que la solución es adoptar políticas de administración hospitalaria con indicadores y procesos propios de la empresa privada.

El cuarto paso fue establecer políticas financieras tendientes a la autofinanciación de los servicios de salud, en un contexto de reducción progresiva de recursos estatales para la salud y de establecimiento de formas de pago directo y/o de formas compartidas de financiación (por parte del usuario de los servicios), adicionales al pago de las cotizaciones de rigor. Con tal fin, aparece un intermediario en la oferta de servicios, encargado de recolectar las cotizaciones y de contratar servicios. Esto generó dos dinámicas: la selección adversa de pacientes y la evaluación de la calidad con énfasis en los servicios hoteleros, en detrimento de las investigaciones sobre las condiciones de salud de la población. La selección adversa, además de lo dicho sobre poblaciones precisas, se observa entre diferentes grupos: el de personas menores de un año, el de las que tienen entre 5 y 14 años y el de mayores de 60 años, que registran una afiliación menor de su participación en el conjunto de la población colombiana<sup>27</sup>.

Los intermediarios (EPS, en el caso colombiano), favorecidos por el modelo de salud predominante, excluyen de sus servicios las enfermedades que acarrearán gastos no rentables, las llamadas enfermedades catastróficas y las enfermedades terminales. Para las demás enfermedades, el usuario cofinancia, más allá de su cotización mensual, la prestación de servicios. Esto se hace en un marco estrecho de servicios y de una práctica de exclusión tanto de patologías costosas, como de personas de alto riesgo: ancianos y gente sin capacidad de pago y con condiciones de salud de difícil manejo (áreas rurales, por ejemplo), cuyos gastos en salud deberá asumir entonces el Estado.

Otras recomendaciones generales del Banco Mundial que tienden a abrir los mercados han producido la desregulación del mercado laboral en la región. La flexibilización de las relaciones laborales tiene varios impactos directos en el sector salud: a) en un sistema bismarkiano basado en las cotizaciones de los trabajadores antes que en la cobertura universal, la pérdida de empleos implica la pérdida de personas que cotizan al sistema y por tanto la pérdida de recursos; b) la caída general de salarios implica la disminución del monto total de la recaudación por cotizaciones al sistema de salud; c) la caída del poder adquisitivo y el aumento del empleo informal

27

Cardona y otros [1999, 62].

implica de manera directa una disminución en la calidad de vida, hecho que se refleja en los niveles de nutrición y en el aumento de las demandas en salud; d) las nuevas políticas laborales producen un efecto en el mercado laboral del personal de salud.

En América Latina, las recomendaciones del Banco Mundial han sido más o menos homogéneas para todos los países. Además, los gobiernos las han incorporado como parte de las reformas para alcanzar, en lo económico, la estabilización macroeconómica y el ajuste estructural y para lograr en lo político la modernización del aparato estatal. El impacto buscado con los nuevos modelos de salud es similar a lo ocurrido en Colombia<sup>28</sup>, si bien con desarrollos menores, pero en la misma dirección<sup>29</sup>. Este país se considera líder en el proceso y un ejemplo a seguir en la región<sup>30</sup>.

Las reformas económicas en América Latina se caracterizan por a) la liberación de precios, b) la tendencia a la desregulación de los principales mercados, inclusive el laboral y el de capitales; c) la eliminación de subsidios, d) la búsqueda del equilibrio fiscal, e) la eliminación de barreras no arancelarias, f) la eliminación de aranceles aduaneros y g) la privatización de empresas públicas<sup>31</sup>. A la vez, la política social en el marco de las reformas promercado se centra en tres estrategias: focalización, descentralización y privatización<sup>32</sup>, que incluyen la disminución del gasto público y el pago diferido de la deuda externa. Esto implica una disminución en la oferta de empleo, recorte a los programas propios del Estado Social (salud, educación, vivienda), privatizaciones, desindustrialización, despidos masivos, eliminación de subsidios, etcétera<sup>33</sup>.

Por esto, la causa real de los nuevos modelos no era la búsqueda de la salud sino el control del gasto público y la conversión de la salud en un producto del mercado. Luego del fracaso de la aplicación de medidas a favor del mercado de manera extrema en el sistema de salud chileno durante la dictadura de Pinochet y con el inicio del proceso de transición política en Chile se empezó a perfilar un modelo de sistema, para América Latina, que conjugaba un discurso ideológico promercado, una presentación política aceptable, un marco jurídico proteccionista, un modelo de financiación por aportes, mecanismos de participación comunitaria, conjugación de sistemas público y privado de salud, procesos de descentralización, focalización y privatización.

---

28 Guzmán y Redondo [1999, 135-143].

29 Esta fue una de las principales observaciones y conclusiones del Seminario Internacional "El derecho humano a la salud. Retos del nuevo milenio", realizado en Caracas, Venezuela, con la participación de ONG de Chile, Ecuador, Venezuela, Colombia y Bolivia.

30 "Fase crítica", *Revista Dinero*, núm. 145 (Bogotá, 9 de noviembre de 2001).

31 Ramos [1997, 16].

32 Ahumada [1998, 15].

33 Véase Stahl [1994, 48-71].

Según la OPS, en materia de salud,

23 países tienen políticas de descentralización gerencial; 22, de seguro nacional de salud; 18, de recuperación de costos; 17, planes básicos de atención; 15, nuevas formas de contratación; 14, descentralización financiera; 11, gasto público focalizado; 10, autonomía hospitalaria; el mismo número, privatización selectiva, y 6, políticas de medicamentos<sup>34</sup>.

Esta tendencia, vigilada muy de cerca por la banca internacional, dio a luz en el caso colombiano al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en 1993. Este sistema se ofrece ahora como paradigma a otros países de la región en los que es común:

- La disminución de la inversión y del gasto estatal en salud, a la vez que se estimula el desarrollo de la medicina prepagada y luego su incorporación en condiciones favorables al sistema, de manera que se desplaza el servicio público de las franjas de población con capacidad de pago.
- El aumento del interés y de las inversiones en salud de parte del sector financiero nacional e internacional, a la par que se encarecen los servicios en esta área, en el marco de la medicina defensiva y de los monopolios farmacéuticos.
- La justificación de racionalizar el gasto en salud con el argumento de la falta de presupuesto, al tiempo que se invita a realizar reformas administrativas en los servicios. Eso produce descapitalización de la red pública de salud, mediante recortes de presupuesto y demora en los desembolsos.
- El establecimiento de sistemas de pago de servicios en dos vías: a través de una cotización y a través de un mecanismo de copago. Es decir, se combina una relación solidaria (la cotización) con un cobro individualizado en el momento de la prestación de los servicios (el copago).
- El culto a la gerencia, que implica, además de la implantación de la tecnocracia como discurso, la inserción de indicadores de gestión, formas gerenciales por resultados, políticas de evaluación de personal desde la utilidad económica y un largo etcétera. Más que una nueva idea sobre dirección hospitalaria, esto significa el cambio hacia una concepción del hospital como una empresa.
- La colocación de los servicios costosos (enfermedades catastróficas) en la esfera de lo privado, mediante contratos (como en Chile) o por exclusión explícita en la norma (caso Colombia). Esos servicios quedan sujetos a los parámetros del mercado.

34

OPS, citado en Jaramillo [1998, 4].

- La flexibilización de políticas laborales, en el contexto del nuevo sistema: “las diferencias excesivas entre las remuneraciones del sector público y las del mercado impiden mantener y atraer a los profesionales de mayor calificación, creatividad y eficacia”. Por ejemplo, de acuerdo con el indicador días/cama es menor el pago de honorarios médicos en el sector público, con lo que este sector pierde en calidad de oferta de servicios. A ello se suman males endémicos como el ausentismo laboral y el bajo nivel de rendimiento<sup>35</sup>.
- La neutralización de los trabajadores de la salud como grupo de presión, tanto en el gremio médico como en los trabajadores de base. Con eso se puede hacer el diseño de un modelo de salud sin tener en cuenta sus puntos de vista y además se prepara el terreno para una flexibilización de las relaciones laborales en los servicios de salud.

Así, el sistema público transita entre su deber de garantizar un derecho constitucional<sup>36</sup> y la necesidad de asegurar su supervivencia mediante procesos administrativos y financieros, en un contexto adverso por la reducción del gasto social, de búsqueda de autonomía administrativa de los hospitales y, en general, de disminución del papel del Estado social. Mientras se obliga al sector público a obedecer a unos criterios de solidaridad, esa obligatoriedad no tiene el mismo peso para el sector privado, cuya naturaleza precisamente es, más que la solidaridad, el lucro.

Por último, contrario a la idea de que la decisión racional acompaña la formulación de la nueva administración en salud y de políticas públicas, el impulso moral es un factor determinante en las decisiones de las personas. Para Cotarelo, hay dos elementos que cuestionan la teoría de la decisión racional: la ética y la estética. Además, presenta limitaciones de aplicación “a contextos de interacción con importantes zonas de incertidumbre”<sup>37</sup>, como en el debate que nos ocupa.

Aplicada al sector salud, la lógica del comportamiento humano basado en la decisión racional generaría prácticas contrarias al objetivo que persigue la salud como derecho humano:

Cuando un usuario se comporta estrictamente como agente racional de mercado, tiende a eludir los costos y obtener los mayores beneficios. Si es trabajador independiente de altos ingresos, trata de aportar lo mínimo para obtener lo máximo. Dado que el asegurador conoce tal expectativa y también se comporta como agente de mercado, le ofrece a este usuario un

<sup>35</sup> Sojo [1996a, 132].

<sup>36</sup> Para ver los importantes avances en materia del derecho a la salud en el derecho constitucional de América Latina, consúltese OPS y OMS [1989].

<sup>37</sup> Cotarelo [1990b].

mecanismo de elusión de sus aportes al sistema, al tiempo que le vende un seguro privado con mejores beneficios y mayor calidad. Lo segundo resulta más barato para el usuario que hacer los aportes legales, pero produce una descompensación financiera de grandes magnitudes en todo el sistema. En el otro extremo, el ofrecimiento de un subsidio para los que no puedan pagar genera otro tipo de problemas. Quien crea no poder hacerlo, tratará de obtener el subsidio, aún sabiendo que dio una información falsa. Como agente racional de mercado, a este usuario no le importa si excluye a alguien más pobre que él. Simplemente está tratando de obtener el menor costo con el mayor beneficio. Entre tanto la lucha por el subsidio genera fracturas en el tejido social, que van en contra de cualquier tipo de solidaridad. Igualmente, cuando un médico declara que está haciendo un buen negocio con cada procedimiento puede llegar a la quiebra por el simple desprestigio social. O cuando atiende estrictamente a la racionalidad de los costos para obtener la máxima rentabilidad, siguiendo la presión de gerentes o administradores, puede desatender las necesidades de cada paciente y rebajar peligrosamente la calidad de la atención. No obstante, se estaría comportando como un agente racional de mercado<sup>38</sup>.

En otros países, en cambio, la elección colectiva ha permitido preservar garantías y servicios para beneficio de la población a través del freno reformas favorables al mercado<sup>39</sup>. Eduardo Céspedes, director de postgrados de administración en salud de la Universidad Javeriana, afirma que el mercado no debe regular los servicios en salud, ya que la salud no cumple con los supuestos necesarios para hablar de un mercado perfecto: no hay simetrías en la información, proveedores y clientes no tienen la misma información y las EPS y los clientes las tienen a niveles distintos; no hay independencia entre la oferta y la demanda, de modo que la primera puede inducir a la segunda; además, la salud tiene muchas externalidades, pues no hay competencia perfecta y se presentan oligopolios y monopolios<sup>40</sup>. En general, la teoría de los mercados perfectos no se aplica a la realidad y desconocer esta verdad, ampliamente demostrada, ha significado el fracaso de muchos de los programas del FMI<sup>41</sup>.

Cuando decimos que la reforma en salud en Colombia depende del modelo económico predominante, queremos decir que el diseño y la argumentación de la formulación jurídica obedecen más a las recomendaciones del Banco Mundial que a

<sup>38</sup> Hernández [2000, 154].

<sup>39</sup> Esto es, en parte, lo que se observa, en el caso de las reformas en salud de Canadá, Holanda, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia y Suecia. Véase Immergut [2000].

<sup>40</sup> Citado en "Los retos de la seguridad social del 2000", *Seguridad Social al día* (Bogotá, octubre 1998).

<sup>41</sup> Véase Stiglitz [2002].

las necesidades en salud. Y que ese modelo se ha probado en Chile, se ha mejorado en Colombia y se impone, con más o menos desarrollo pero con la misma lógica, en otros países de la región.

## **RECOMPOSICIÓN DEL DERECHO MEDIANTE ACCIONES JURÍDICAS**

Comencemos por recordar los debates que hubo hace unos años en el Ministerio de Salud de Colombia, en la División de Atención a la Comunidad, sobre la tensión entre la nueva ley de salud (aprobada con mucho triunfalismo) y las nociones sobre derechos humanos que empezaban a tener quienes acudían a los servicios de salud. Entonces era de mal gusto y se calificaba como poco diplomático reconocer tal tensión y mucho más grave, alimentarla. Esa División invitó a realizar talleres sobre el tema en comunidades indígenas, lo que permitió empezar a dibujar un mapa de los problemas de concepción de la ley de salud<sup>42</sup>.

Por razones relacionadas con los servicios de salud, las acciones de tutela en todo el país se multiplicaron con la misma celeridad con que decrecía el entusiasmo por la regulación de tales servicios. Eso mostraba varias cosas: a) la ignorancia sobre los servicios de salud, compartida entre sus usuarios y sus oferentes; los límites de la ley y el alcance real de la acción de tutela; b) las tensiones reales que esto generaba, más allá de lo anecdótico, a todas las personas e instituciones involucradas en la prestación de servicios de salud y que cuestionaban la coherencia entre el sistema de salud y la Constitución.

Las publicaciones sobre el tema se volvieron cotidianas. El país se llenó de documentos muy poco profundos, escritos desde diferentes ángulos (jurídicos, financieros, políticos, sociológicos) y al servicio de tantos intereses como partes tiene el sistema. Cifras parciales y reglamentos temporales eran (y son) la constante. A la discusión se sumaron organizaciones de derechos humanos con sus materiales. Llegaron la Defensoría de Pueblo y otras instituciones que promovieron o usaron directamente el amparo constitucional para forzar la obtención de servicios de salud.

La principal defensa de la tutela, más allá de lo novedoso del mecanismo para la sociedad, fue la reivindicación que buscaba el texto constitucional de 1991 y en la que muchas personas han puesto sus esperanzas. La tutela como tal representó (y representa) un mecanismo de control del ciudadano sobre el legislador y de exigencia de aplicación de la norma. La nueva Constitución, la tutela y la creación de un

42

En julio de 1996 se realizaron los primeros talleres sobre el derecho a la salud con comunidades indígenas en el departamento del Cauca. En esa ocasión, aunque de manera más superficial y fragmentaria, el autor presentó un esquema de abordaje como el que desarrolla esta tesis.

tribunal constitucional (Corte Constitucional) constituyen la tríada que hizo posible hablar del derecho a la salud, reclamarlo ante el juez constitucional y obtener respuestas oportunas sobre él<sup>43</sup>. Dice Rubio:

ninguna norma puede interpretarse aislándola de la Constitución. Al Juez corresponde, sin embargo y sobre todo, la tutela de los derechos fundamentales que brotan inmediatamente de la Constitución, y esta tutela la tiene incluso frente al legislador. Recurriendo al tribunal constitucional cuando este exista y erigiéndose pura y simplemente en defensor de la constitucionalidad mientras no exista<sup>44</sup>.

Esa apropiación de la Constitución afirma su condición de norma de normas y de su legitimidad<sup>45</sup>. Esto no contradice la necesidad legislativa que hay en el caso de los derechos que no brotan directamente de la Constitución, aquellos que requieren un desarrollo legal que determine los recursos humanos, materiales y organizativos que se han de dedicar para realizar ese derecho, sino que fija en la Constitución el camino al legislador democrático para el mencionado desarrollo legal.

En el año 2000, el 46,62% de las solicitudes de protección de derechos que recibió la Defensoría del Pueblo, se relacionaba con el derecho a la salud<sup>46</sup>. Para la fecha 4 de abril de 2002, el número de tutelas relacionadas con salud igualó a las de todo el año 2000 y significa un poco más de la tercera parte de las registradas en los 12 meses de 2001<sup>47</sup>. La crisis económica de 1999 y las medidas tomadas por el Estado lesionaron derechos sociales (trabajo, educación y salud), que fueron precisamente los más reclamados por acción de tutela en ese año, en comparación con 1998, año en que los derechos más tutelados fueron la igualdad y el derecho de petición<sup>48</sup>. Incluso, el programa económico que el gobierno presentó a finales de

<sup>43</sup> Sobre la acción de tutela y sobre su uso en Colombia, véase Defensoría [1996a] y De Sousa y García [2001, 423-442].

<sup>44</sup> Aunque la noción de tutela no es exactamente la misma en España y en Colombia, la cita sigue siendo afortunada, pues plantea en esencia la misma idea. Véase Rubio [1993, 97].

<sup>45</sup> El mismo Rubio cita a otros en la noción de que "las leyes sólo se convierten en tales [...] cuando son interiorizadas por sus destinatarios" para referirse a la Constitución española [Rubio 1993, 127].

<sup>46</sup> Véase Defensoría [2001].

<sup>47</sup> "Sector salud en peligro por avalancha de tutelas", *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

<sup>48</sup> Esto no significa que todas se hallan aceptado. Según datos de la Corte, por ejemplo, la sentencia fue negativa en el 68% de las tutelas presentadas durante 1994; actualmente esta cifra está alrededor del 56%. Véase "'Boom' de tutelas a causa de la crisis", *El Tiempo*, Bogotá, 5 de enero de 2000.

2000 fue literalmente desarmado por sentencias de la Corte Constitucional que impidieron su aplicación<sup>49</sup>.

Las situaciones más frecuentes en las que se presentan acciones de tutela relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Colombia son: a) para obtener servicios a los que el afiliado tiene derecho pero que el asegurador demora o niega injustificadamente; b) para obtener beneficios por fuera de los planes (POS-C y POS-S), c) para obtener beneficios dentro o fuera de los planes, pero suministrados por proveedores por fuera de la red propia o adscrita al asegurador; d) para obtener beneficios sujetos a períodos mínimos de cotización, cuando el afiliado reclamante no los ha cumplido; e) para obtener beneficios cuando por mora patronal el afiliado se encuentra suspendido o su afiliación ha sido cancelada<sup>50</sup>.

La Corte Constitucional unificó la jurisprudencia sobre temas de salud (derecho a la vida y la salud, preexistencias, medicamentos, equilibrio financiero del sistema, relación entre el Estado y las entidades privadas, ingreso al sistema y parafiscalidad de las contribuciones) en el sentido del derecho que hemos defendido aquí<sup>51</sup>. En 1996, fruto de las sentencias de la Corte Constitucional, el CNSSS aprobó la inclusión de los medicamentos para el sida en el POS. En 1997, el CNSSS amplió por la misma razón la lista de medicamentos.

Luego, la Corte Constitucional ordenó "al Ministerio de Hacienda que se entreguen las sumas debidas a la subcuenta de Solidaridad, como lo ordenan la ley 100 de 1993, artículo 221, y la ley 344 de 1996"<sup>52</sup>. Con esta medida, el Estado cumpliría con el texto inicial de la ley, se garantizaría la estabilidad financiera del sistema y se restablecería el mecanismo del *pari pasu*. Tres años más tarde, la Corte ordenó nuevamente esta medida al tiempo que declaraba inexecutable el artículo 34 de la ley 344 de 1996, que buscaba racionalizar el gasto público<sup>53</sup>.

Por otra parte, las EPS y ARS pueden repetir contra el Estado en los casos en que, por vía de tutela, estén obligadas a prestar servicios que no contemplaba en principio la ley 100, pues la Corte considera que esas entidades participan del sistema de salud con normas claras. Esas acciones significan que se les exonera del principio de solidaridad con la sociedad. También implican que se perpetúa su funcionamiento en las reglas del mercado, en el sentido de que están exentas de

---

<sup>49</sup> Para este debate, véase "¿Aquí quién manda?", *Semana*, núm. 965. Bogotá, 3 de noviembre de 2000.

<sup>50</sup> Minsalud y otros [2001].

<sup>51</sup> Corte Constitucional: Sentencia SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>52</sup> Corte Constitucional: Sentencia SU-480 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>53</sup> Corte Constitucional: Sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

riesgos gracias a que el Estado subsidia los gastos en los que incurren estas empresas por fuera del plan de salud, así sea para proteger un derecho fundamental.

Por la vía de repetir contra el Estado, las EPS recuperaron los gastos en que incurrieron por tutelas. En 1999 se recibieron 541 demandas de las empresas de salud contra el Estado, por servicios en salud ordenados por el juez constitucional. Se admitieron 235, con un costo para el Estado de 4.801,2 millones de pesos. En 2000, se presentaron 1.191 demandas y se admitieron 355, con un costo de 8.427,9 millones de pesos, casi el doble del año anterior. Para 2001, las cifras preliminares, a junio, mostraron 622 demandas y 252 admitidas, con un costo de 2.534,9 millones de pesos<sup>54</sup>. Cifras consolidadas para 2001 señalan 679 tutelas aceptadas, por un valor de 6.387,7 millones de pesos<sup>55</sup>.

A pesar de que pueden cobrar al Estado los gastos en que incurren por órdenes del juez constitucional, las EPS insisten en el peligro que la tutela representa para el sistema de salud. La prensa recoge varias declaraciones: un delegado del Ministerio de Salud planteó que “el sistema puede quebrarse en cualquier momento” e insistió en que “es necesario revisar la acción de tutela en salud mediante una ley estatutaria, ya que los jueces desconocen que los recursos del sector son limitados y no alcanzan para satisfacer todas las necesidades de la población”. Óscar Emilio Guerra, presidente de Acemi, gremio de las EPS, pidió de nuevo una ley estatutaria que frenara la tutela: “para calmar los dolores de unos pocos se sacrifica la atención en salud de muchos colombianos, con el agravante de que eso conduce a la quiebra del sistema”<sup>56</sup>.

Según el director de un hospital,

semanalmente recibimos cinco, diez y hasta doce tutelas, algunas justas desde el punto de vista individual. La tutela falla el caso individual. Pero, ¿cómo hacer que el derecho a la salud y la vida de uno no afecte los mismos derechos de los otros? Se le tiene que dar equis antibiótico o estos insumos a un paciente, cuyo tratamiento vale 200 millones [de pesos], cuando yo tengo un presupuesto total para medicamentos de 600 millones. Entonces tengo que ordenar que no despachen medicamentos de la tutela a cuidados intensivos y sala de partos, por ejemplo<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Minsalud y otros [2001].

<sup>55</sup> “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

<sup>56</sup> Citados en “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

<sup>57</sup> Entrevista con el director del Hospital Universitario del Valle, en “El HUV no se puede cerrar”, *El País*, Cali, 20 de enero de 2002.

La sentencia de tutela se produce algunas veces demasiado tarde y cuando el juez constitucional la emite, ya la persona que se buscaba amparar ha muerto<sup>58</sup>.

Los defensores del sistema insisten en el mismo sentido:

la acción de tutela representa dos importantes desafíos a la viabilidad financiera del sistema: por una parte, los costos adicionales que representan la prestación de servicios no-POS y su consecuente apertura de una expectativa de plan de beneficios ilimitado [...]; y por otro lado, los recaudos no percibidos por el incentivo al comportamiento de polizón y cuyo monto no ha sido estimado<sup>59</sup>.

Otros consideran que “tal como está planteada la protección de los derechos individuales a partir de las interpretaciones actuales de la Constitución, el sistema de salud no será viable en el mediano plazo”.<sup>60</sup> Unos últimos reconocen el problema:

lo que hay entonces es una discusión de fondo entre los principios constitucionales, el POS y la reglamentación legal. Las tutelas se han encaminado a vulnerar lo que está consagrado en el POS y, en ese contexto, el sistema se está desequilibrando<sup>61</sup>.

El presidente de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, Juan Carlos Giraldo,

recordó un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo que concluyó que en 1999 el 95% de las tutelas tuvieron que ver con la negación de servicios por parte de las EPS, a los que tenían derecho sus afiliados. Además, agregó, es muy difícil pensar que el Fosyga, que este año presupuestó 1,75 billones de ingresos, se vaya a quebrar porque tenga que pagar 14.500 millones de pesos —el 0,8% del total— para atender tutelas<sup>62</sup>.

Sin duda, la recomposición del derecho mediante acciones jurídicas no significa una amenaza a la viabilidad del sistema mismo, como lo sostienen las empresas privadas de salud.

Ante todo esto, el Estado presenta proyectos de ley (como los mostrados de 1999 y de 2002), interpretaciones restrictivas de la norma con el apoyo de las EPS

<sup>58</sup> “Los muertos del Seguro Social”, *El Espectador*, Bogotá, 10 de diciembre de 2000.

<sup>59</sup> Minsalud y otros [2001].

<sup>60</sup> Castaño [1999, 7-13].

<sup>61</sup> Declaraciones del presidente de Colmena, EPS privada, citadas en “La Ley 101 nos está desangrando”, *Seguridad Social al día*, (Bogotá, abril 1999).

<sup>62</sup> Citados en “Sector salud en peligro por avalancha de tutelas”, *El Tiempo*, Bogotá, 10 de abril de 2002.

y, últimamente, el deseo explícito de reformar la acción de tutela y la Constitución. Así lo manifiesta el actual presidente de Colombia Álvaro Uribe Vélez, quien en su época de parlamentario fue quien presentó el proyecto de ley 155, conocido más tarde como ley 100 de 1993.

El actual ministro del Interior dijo que “no habrá tutelas para derechos económicos y sociales, solo para los fundamentales” (sic)<sup>63</sup>. Curiosamente, el sentir general de la población colombiana, con respecto a la Constitución de 1991, es que sus grandes logros son precisamente la tutela y la creación de la Defensoría del Pueblo y de la Fiscalía General<sup>64</sup>.

Incluso, la tutela obligó a impartir educación en derechos humanos en las instituciones en salud. La más grande EPS del país, el Instituto de los Seguros Sociales, ISS, ha tenido en su contra numerosas sentencias de la Corte, al punto que esta hizo un llamado por la situación general en relación con las políticas y prácticas desarrolladas por el ISS, con lo que se le obligó a recibir enseñanza en derechos humanos<sup>65</sup>:

La pedagogía constitucional no es un castigo, es una obligación darla y recibirla. Y si los hechos demuestran que una Institución ocupa el primer lugar como violadora de los derechos fundamentales, está trastocando la esencia del derecho a la seguridad social, queda la impresión de que los funcionarios desconocen los principios y las normas que se refieren a los derechos fundamentales, luego la pedagogía constitucional se torna en una necesidad. La Corte Constitucional ha detectado que contra el ISS hay permanente y masiva presentación de tutelas, luego la solución no se puede limitar a la protección de los solicitantes, sino que debe también orientarse a señalar pautas para que cese ese estado de cosas inconstitucional y un mecanismo para lograrlo es la pedagogía constitucional<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Véase “El Gobierno buscará quitarle alcances a la tutela”, *El Tiempo*, Bogotá, 23 de agosto de 2002.

<sup>64</sup> Una encuesta mostraba que sólo el 12% de las personas cree que la tutela no había servido para nada, mientras un 88% cree que ha tenido un funcionamiento positivo (63%) o regular (22%). “Encuesta raja a la Constitución”, *El Tiempo*, Bogotá, 4 de julio de 2001.

<sup>65</sup> Ya en la Sentencia T-365 de 1999, un juez constitucional había ordenado “que la Defensoría del Pueblo dicte un ciclo de conferencias sobre derechos fundamentales a los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, a aquellos funcionarios que tengan que ver con seguridad social en salud”, pero tal orden no se acató, por lo que la Corte profirió una nueva en el mismo sentido. Corte Constitucional: Sentencia T-365 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

El balance general de logros por vía de amparo constitucional es importante, pues rompió el mismo marco de la ley 100 de 1993, incluyó nuevos medicamentos, posibilitó la eliminación de exclusiones, cuestionó las barreras financieras para el uso de servicios y, lo más importante, infundió una noción de derecho entre los usuarios. Incluso, la modificación de la ley 100 a través de demandas de inconstitucionalidad permitió recuperar importantes recursos que el gobierno quería eliminar del sector salud.

### **LOS RECURSOS: MENOS EN LA EQUIDAD, MÁS EN LA EFICIENCIA ECONÓMICA**

Sin duda, no se puede desconocer la importancia de los recursos existentes en la definición de un sistema de salud y se requiere que esos recursos tengan un uso adecuado. Pero también se necesita distinguir entre la eficiencia técnica, la económica y la eficiencia distributiva.

La eficiencia técnica es “la mejor manera como tecnológicamente se pueden hacer las cosas para obtener resultados óptimos sin considerar su precio”. Se habla de eficiencia económica cuando un productor escoge la combinación más barata de insumos para producir un bien o un servicio, cuando se hacen las cosas de la mejor manera por un precio más bajo; la eficiencia distributiva alude al nivel de satisfacción o bienestar logrado<sup>67</sup>.

Volvemos a un punto central del debate: la pregunta por el mejor camino para garantizar la eficacia y la calidad. Luego de revisar las reformas en salud en varios países de la Unión Europea, Immergut concluyó que,

A pesar de la retórica de la competencia y de los mercados, todavía no existe ningún ejemplo convincente de una nación que haya reducido sus costes sanitarios y mejorado la eficacia por medio de la supresión de regulaciones privatizaciones o estímulos de obtención de beneficios. La competencia trae consigo la duplicación de los servicios y una carga de riesgos. Las instituciones establecidas de administración de la sanidad, los que la administran y el público han luchando contra ellos. No sólo es confusa la definición de eficiencia en sanidad, sino que la entrada del gobierno en el área de la sanidad se ha producido porque los mecanismos de mercado han demostrado ser incapaces de solucionar las necesidades de la sanidad. Las necesidades sanitarias no se traducen necesariamente en demandas efectivas del mercado<sup>68</sup>.

A inferencias semejantes llega Hsiao y explica que los países desarrollados contaron con mecanismos de naturaleza estatal para desarrollar servicios de salud más o me-

---

<sup>67</sup> Giedión y otros [1999, 32]. Además, Castaño [2001, 4-7].

<sup>68</sup> Immergut [2000, 71].

capacidad [de cotización y/o de aporte], a cada quien según sus necesidades [en salud]". Pero esa lógica es incompatible con la del mercado. Otros, como dice Hernández, suponen falsamente que

el asunto se reduce al debate técnico que lidera la economía de la salud, dado que ésta es la disciplina por excelencia dedicada al mejor manejo de recursos escasos. Una vez se encuentre el modelo ideal, sólo es cuestión de aplicarlo, como parece ser el caso colombiano [...] <sup>74</sup>.

Lo anterior desconoce las variables que existen en la realidad y que la diferencian del modelo virtual. Dice, por ejemplo, el ex viceministro de Salud, Juan Pablo Uribe: "La ley 100 es ahora un ejemplo en otros países, no necesita muchas modificaciones, lo que el sector requiere es que las leyes se cumplan" <sup>75</sup>.

Con la cifra de pobres, que son el 60% de la población, las posibilidades de aporte de los beneficiarios al Sistema de Salud son mínimas; con el aumento de la economía informal y los contratos temporales el número de cotizantes disminuye; todo esto, sumado a la disminución de los aportes del Estado, precipita las crisis de los sistemas públicos de salud. Además, la concepción de los aportes se basa en el 12% del salario, lo que implica que cotizan sólo quienes tienen un contrato laboral y que sus aportes, aunque permanecen estables porcentualmente año tras año, tienden a disminuir en números absolutos por la inflación y por las políticas para su control a partir de la congelación de salarios <sup>76</sup>.

Es decir, el financiamiento del sector público y por ende su supervivencia se atan a la venta de servicios: Esto obliga a los hospitales públicos a caer en sistemas de competición que se materializan en las formas de contratación del personal de salud, baja calidad de los servicios, disposición de poco presupuesto para el mantenimiento de equipos e instalaciones (desequilibrio financiero para favorecer el gasto a expensas de la inversión) y selección de pacientes de acuerdo con su capacidad de pago. Esta vía ha llevado a varios hospitales a crisis presupuestarias que anuncian su liquidación.

El camino hacia el mercado de la salud empieza en el deterioro de los servicios, el desprestigio de lo público, las listas de espera, la pérdida de la calidad, el auge de lo privado, el mito de la libre escogencia de médico, el énfasis en las ventajas de los servicios privados y los supuestos logros de tales ofertas en el mundo (en Estados Unidos, más de 40 millones de personas carecen de salud y los servicios son altamente defensivos). Luego se reduce el gasto social, se flexibilizan las relaciones la-

---

<sup>74</sup> Hernández [2000, 136].

<sup>75</sup> "Caridad versus rentabilidad", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de junio de 2000.

<sup>76</sup> Para la reflexión sobre los modos de financiación del modelo, para el caso argentino y en general la reforma durante los años 90, véase Alonso [1997, 157- 183].

borales del personal de salud y se abren las puertas al mercado. Por último, fácilmente se concluye que los hospitales públicos no pueden competir atendiendo pobres. Se les acusa de mala administración y se deja que por su propia dinámica se conviertan en empresas que sucumben a sus gastos.

El sector privado es la otra cara de la moneda. La salud como negocio empezó a ser rentable una vez se consolidó el mercado:

1999 les dejó [a las empresas de salud privadas] utilidades cercanas a los \$36.000 millones y 1'850.000 nuevos afiliados. Pero más allá de las cifras frías, el 99 marca la consolidación de firmas que empiezan a reñirse primeros lugares en el escalafón de las 300 empresas más grandes del país.

Las EPS pasaron de perder 23.332 millones en 1998 a ganar 35.883 millones en 1999<sup>77</sup> (anexo 5). En 1999, tres EPS se contaron dentro de las 25 empresas con mayor rentabilidad sobre el patrimonio en Colombia<sup>78</sup>. Esto, gracias a la reducción del porcentaje del POS para gastos en salud, la existencia de monopolios, la selección adversa de pacientes y, sobre todo, por la misma concepción de la ley 100 que, mediante limitaciones y medidas de control financiero, garantiza esa rentabilidad, aun en medio de una de las peores crisis económicas del país en su historia.

Sobre el poder de las EPS en el CNSSS y, en general, en la toma de decisiones, llama la atención que hay personas que actúan a veces como representantes del sector privado y otras, como del Estado, incluso en calidad de ministras o ministros de salud: María Teresa Forero de Sade fue ministra de Salud y presidenta de Acemi. Cuando fue ministra de Trabajo promulgó la ley que permitió la flexibilización de las relaciones laborales<sup>79</sup>. Juan Luis Londoño de la Cuesta fue ministro de Salud durante el gobierno Gaviria (1990-1994), luego asesoró al Banco Mundial y dirigió la revista *Dinero* y nuevamente llegó a dirigir el Ministerio de Salud en el gobierno del actual presidente, Uribe Vélez<sup>80</sup>, Sara Ordóñez Noriega fue Superintendente Bancaria y lue-

<sup>77</sup> "La salud se consolida", *Revista Dinero*, núm. 106 (Bogotá, 28 de abril de 2000).

<sup>78</sup> "Resultados EPS 1999". Informe Especial. *Salud Colombia*, núm. 51 (Bogotá, agosto - septiembre de 2000).

<sup>79</sup> En 1990, en armonía con la internacionalización de la economía, se consideró indispensable una reforma de fondo al Código Sustantivo del Trabajo, dirigida a disminuir el valor del trabajo y flexibilizar la relación laboral; facilitar la temporalidad en el empleo para disminuir la estabilidad laboral; fortalecer el sector financiero y debilitar las organizaciones sindicales. Con esa ley se pasó de un desempleo del 9%, en 1990, al 20%, promedio actual. Véase República de Colombia, ley 50 de 1990 (28 de diciembre), "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

<sup>80</sup> Juan Luis Londoño Falleció en marzo de 2003.

go, ministra de Salud. Un último ejemplo: Nelsy Paredes, presidenta (e) de Acemi y encargada en una época del sector de seguridad social, que incluye la salud, en la Dirección Nacional de Planeación.

A pesar de toda esa realidad, ampliamente vivida y documentada, la OMS calificó en el año 2000 a Colombia como el país con el modelo de salud más equitativo del mundo y el mejor de toda América Latina. Su informe da a Colombia el puesto 22 en calidad de la salud, por encima de Cuba y de los Estados Unidos. En contraste, tan sólo se le da el puesto 94 cuando se trata de ingreso igualitario y el 82 al referirse a la respuesta de su sistema de salud a las necesidades de los usuarios.

Las buenas calificaciones derivan, entre otras cosas, de la presentación de la información de manera sesgada, como la ya cuestionada de que el país pasó de una cobertura de 20% en 1993, a una de 59% a finales de la década. Una respuesta sólida a ese informe hecha por académicos y personas de diferentes instituciones se centra en los sesgos de la información presentada, los indicadores y su interpretación, lo que en el fondo cuestiona el mismo concepto de equidad de la OMS<sup>81</sup>.

## **EL ESTADO VIOLA PACTOS INTERNACIONALES**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dice que las violaciones del derecho a la salud se pueden presentar en los tres ámbitos de responsabilidad estatal fijados para los Estados Partes de la Convención Internacional de estos derechos, es decir, en las responsabilidades de respetar, proteger y cumplir. Las violaciones de las obligaciones de respetar son

Las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable. Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Este debate tiene su propia complejidad, así que remitimos al lector al trabajo: VV.AA [2001b].

<sup>82</sup> Comité de DESC [2000], comentario 50.

### Las violaciones de las obligaciones de proteger

dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras<sup>83</sup>.

### Las violaciones de la obligación de cumplir

se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna<sup>84</sup>.

El sistema de salud ya presentaba problemas desde antes de 1993. Son válidas algunas argumentaciones en contra del antiguo modelo de salud en Colombia y también en América Latina. Esas críticas se extienden al modelo de Estado llamado proteccionista y se refieren al desequilibrio fiscal generado por el excesivo gasto público. Pero ese argumento es insuficiente y las medidas tomadas, a favor del mercado y en materia de salud, no apuntaban coherentemente a la solución de los males que ofrecían conjurar.

---

<sup>83</sup> Comité de DESC [2000], comentario 51.

<sup>84</sup> Comité de DESC [2000], comentario 52.

Un periódico de 1993 recoge las promesas de la ley 100: a) Juan Luis Londoño, entonces ministro de Salud, prometió que no habría más crisis hospitalarias desde 1994; b) se anunció que el nuevo sistema garantizaría la salud a la población más necesitada, c) se dijo: "la transparencia de la base de la liquidación permitirá a las regiones tener plena confianza de los recursos que les corresponden". d) Se señaló: "se ha diseñado un sistema en que la atención del Plan de Salud Obligatorio no distinga entre los distintos grupos sociales"<sup>85</sup> Esas metas, por supuesto, se compartieron mayoritariamente, pero el mecanismo puesto en marcha para garantizarlas no apuntó precisamente en esa dirección.

El Estado ha sido ágil en el uso de problemas reales para imponer soluciones que buscan otros fines diferentes a conjurar el mal que los justifica. Con la realidad del fracaso del viejo Sistema Nacional de Salud, justificó la ley 100; con la realidad del bajo uso de recursos por parte de las personas del régimen subsidiado, congeló el valor de la UPC-S para 1999; con el argumento real del robo al sistema de los recursos por parte de las ARS, legisló para cerrar las ARS comunitarias y fomentar la formación de monopolios en el régimen subsidiado; con el argumento de la carga prestacional, supeditó la ayuda a los hospitales en crisis a la negociación de convenciones colectivas y a la aplicación de medidas tendientes a flexibilizar las relaciones laborales.

Vega sostiene que,

las recomendaciones del Banco Mundial han sido asumidas por los gobiernos y fueron introducidas al sistema colombiano con la ayuda de una nueva generación de administradores públicos, administradores de salud, algunos salubristas y otros expertos.

Y agrega que esa generación articuló un discurso de derechos para concluir haciendo una tarea en la búsqueda de la eficacia económica<sup>86</sup>. Ese nuevo discurso de la salud desconoció el papel de la biología, del medioambiente y de los servicios de salud en el origen de las enfermedades, sosteniendo que el comportamiento humano explicaba el 40% de los problemas de salud de la población colombiana<sup>87</sup>.

Lo cierto es que las muchas entrevistas, publicaciones y trabajos realizados sobre el sistema de salud en Colombia<sup>88</sup> muestran que los problemas que le impiden alcanzar metas de cobertura y calidad no son coyunturales. Lo que se ve es que eso obedece más a la naturaleza misma del sistema, a la forma en que se planeó y a los sesgos que ha tenido en su implementación. Resulta curioso que las argu-

---

<sup>85</sup> "El remedio del gobierno para la salud", *El Espectador*, Bogotá, 27 de junio de 1993

<sup>86</sup> Vega [2001, 8 y 9].

<sup>87</sup> Díaz U. [1990].

<sup>88</sup> Es interesante la recopilación realizada en Patiño [1990a].

mentaciones para transformarlo fueran, precisamente, la alta inequidad y las barreras de acceso a los grupos más pobres<sup>89</sup>. Sin embargo, el modelo alternativo conserva el mismo tipo de problemas: falta de universalidad, falta de equidad, problemas de calidad, existencia de subsistemas desarticulados e ineficiencia financiera<sup>90</sup>.

Es cierto que "el cambio del sistema de salud colombiano puso a la salud en la agenda pública"<sup>91</sup>, algo fácil de demostrar por la extensa y profunda discusión que ha acompañado la implementación del modelo. Por el contrario, las decisiones últimas no están en la agenda pública sino en la economía de mercado.

Un elemento de la discusión actual es la casi nula capacidad de liderazgo del Ministerio de Salud frente al sistema que le corresponde orientar y el poder de decisión que han ganado otros actores. En el mismo sentido, podemos resaltar que una constante de la posición del Estado frente a la crisis es acusar de los fallos de la ley 100 a partes, a dinámicas del sistema, o a simples problemas administrativos de los hospitales, sin asumir él mismo su papel constitucional. Ese dejar en otras instancias la toma de decisiones, ceder en el terreno normativo el diseño de los planes de salud y el manejo de los recursos no es un acto fruto del azar sino una decisión deliberada de favorecer al capital financiero que incursiona en el sector salud y de fortalecer las medidas a favor de la retirada del Estado de los servicios de salud.

Históricamente, la categoría del Ministerio de Salud ha sido baja, víctima de cuotas clientelares y de prácticas burocráticas, como lo demostramos. A partir de la ley 100 se definió que la principal institución que definiría los aspectos propios de la ley fuera el CNSSS<sup>92</sup>. Ese cambio no busca precisamente la democratización de las decisiones sino la descentración del Estado de su deber como rector de la política de salud en el país. Se dejó la responsabilidad de decidir en manos de representantes de grupos de intereses, algo obvio si se revisa la composición del CNSSS. Este espacio de debate no es inconveniente *per se*, pero se convierte en el órgano rector de la política de salud. La reglamentación comienza a dar bandazos, se dictan resoluciones para corregir unas previas según las conveniencias y se actúa de manera puntual frente a aspectos que tienen dimensión estructural.

El Ministerio de Salud perdió su papel de director del sistema porque así lo decidió. Según la Contraloría General de la República,

dentro de las funciones del Ministerio de Salud está la de 'vigilar y controlar el servicio público esencial de salud' la cual en la práctica es nula y

---

89 Gallardo [1998, 13].

90 Guerra [1998, 32-33].

91 Gallardo [1998, 18].

92 Artículo 171, ley 100 de 1993.

facilita el que las instituciones y entes territoriales no cumplan las políticas diseñadas y que los recursos asignados por el nivel central sean mal utilizados, afectando gravemente la prestación de los servicios de salud<sup>93</sup>.

Además, el Ministerio de Salud no cuenta con suficientes recursos propios. Dicho con más exactitud, depende del Ministerio de Hacienda para resolver debates como los del pasivo prestacional de los trabajadores de la salud, o la crisis de los hospitales públicos, y los recursos de que dispone no son ajenos a prácticas burocráticas y clientelares. El Ministerio limita su quehacer a fabricar la norma, que periódicamente modifica, y a servir como interventor de contratos, pero no a acompañar el proceso de aplicación ni a dar garantías para que la norma se cumpla.

Por ejemplo, ningún decreto, de los más de cien promulgados hasta 1997, "ha estado enfocado a estimular la contribución obligatoria, a estimular el recaudo o a sancionar la evasión y elusión de las contribuciones"<sup>94</sup>. Como dijo el ministro de Salud Londoño, "la política de salud hoy es más confusa que la política de paz"<sup>95</sup>.

Aunque en la ley 100 de 1993 se prevé que "la intervención del Estado incluye la tarea de "garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social"<sup>96</sup>, el uso de los recursos del sistema desde el Ministerio de Salud se ha cuestionado, pues "se asignan para cumplir compromisos de otro orden, se giran en forma paralela a las obligaciones municipales y se hacen los giros sin haber ejecutado las contrapartidas locales"<sup>97</sup>. Ejemplo de esto fue la asignación de los elementos para la red de urgencias en años anteriores<sup>98</sup>. Incluso si se acepta la ley 100 con todas sus limitaciones, el sistema de salud es un compromiso que el Estado incumplió.

Las numerosas quejas en torno a EPS e IPS en el país demuestran el grado de incapacidad de control desarrollado por la Superintendencia Nacional de Salud y por el Ministerio de Salud, en un país donde se diluye cada día más el delito de omisión<sup>99</sup>. En Colombia, se responsabiliza solo por acción (y no por omisión) a los

<sup>93</sup> CGR [2000, 10].

<sup>94</sup> Jaramillo [1997, 16].

<sup>95</sup> "Los expertos opinan", *El Tiempo*, Bogotá, 8 de octubre de 2001.

<sup>96</sup> Artículo 154, literal h, ley 100 de 1993.

<sup>97</sup> Jaramillo [1999a, 16].

<sup>98</sup> La distribución de recursos para la red de urgencias, tales como ambulancias y dotación para las salas de cirugía, se hizo, más que por criterios técnicos, como fruto de decisiones con fines electorales. Observación personal del autor de este estudio cuando trabajó como asesor del Ministerio de Salud [1994-1995].

<sup>99</sup> "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y también por

entes que cometen infracciones, sin que los actos permisivos del Estado se censuren ni generen siquiera polémica. Es curioso que tanto los ministros de Salud como los informes del CNSSS al Congreso reconozcan como si ellos no fueran voceros estatales, sino ciudadanos de a pie, que el Estado debe dinero al sistema y que esa sea una de las principales causas de la crisis, especialmente en el régimen subsidiado.

El afán por legislar a espaldas del país real y de resolver los problemas en salud mediante decretos ha generado un cúmulo de normas contradictorias<sup>100</sup>, incapacidad de aplicarlas y dificultades en el seguimiento de los procesos. Se llegó al punto en que parece que existiera una ley 100 diferente cada año y para cada evento puntual. La salud se transformó, de una política de Estado, en una política de gobierno y de una política de gobierno, en una política de uno u otro ministro<sup>101</sup>, de modo que es imposible esperar continuidad alguna. La solución a esto no proviene del orden de lo moral (campañas creadoras de conciencia) sino del orden de lo estructural. El Estado presenta argumentos risibles: según el ex viceministro de Salud, Juan Carlos Giraldo, "los problemas de los hospitales públicos no se originan en la falta de recursos ni en la legislación sobre la salud, sino en una cuestión de factor humano"<sup>102</sup>.

El Estado considera más importantes los bancos que los hospitales: "No es justo [...] que a una banca pública y privada ineficiente, corrupta, clientelista y mal administrada, el Estado, del bolsillo de los colombianos le haya botado en los últimos dos años un salvavidas de cerca de 6 billones de pesos<sup>103</sup>", mientras que ha

omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones" [artículo 6, *Constitución Política de Colombia*].

<sup>100</sup> Por ejemplo, el texto del artículo 20 del decreto 783 del 2000 dice: "El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación deroga todas las disposiciones que le sean contrarias en especial el artículo 10 del decreto 1570 de 1993 modificado por el artículo 5° del decreto 1486 de 1994; el artículo 21 numeral 5 del decreto 1804 de 1999 y modifica el párrafo del artículo 28 del decreto 1922 de 1994, modificado por el artículo 1° del decreto 788 de 1998; el párrafo 4° del artículo 4° del decreto 723 de 1997, modificado por el artículo 8° del decreto 046 de 2000, el artículo 2° numerales 7 y 10, y artículo 3° numeral 1, artículos 10, 12, 15, 20, 23 y 26 del decreto 047 de 2000 y el artículo 12 del decreto 1486 de 1994". Sobre otros ejemplos de contradicciones aun dentro de una misma norma, véase "Continúa la reglamentación acelerada e inconveniente", *Salud Colombia*, núm. 45 (Bogotá, febrero-marzo 2000) y "Galimatías jurídico en el sistema", *Salud Colombia*, núm. 48 (Bogotá, mayo-junio, 2000).

<sup>101</sup> El Ministerio de Salud es uno de los ministerios con más ministros diferentes por período de gobierno. Esto se puede observar que en varios documentos citados en el presente trabajo, en el que se menciona al Ministro de Salud casi cada vez con un nombre diferente.

<sup>102</sup> "Salud infectada de corrupción", *El Espectador*, Bogotá, 17 de mayo de 1998.

<sup>103</sup> "El colapso de la salud", *El Tiempo*, editorial. Bogotá, 5 de septiembre de 1999.

negado sistemáticamente el uno y medio billón que sacaría a la red pública de la crisis. Este comportamiento parece una constante en muchos países: “Es importante —dice Stiglitz— prestar atención no sólo a lo que el FMI incluye en su agenda sino también a lo que excluye [...]. Hay dinero para rescatar bancos pero no para mejorar la educación y la salud”<sup>104</sup>.

El sector salud no ha logrado su cometido. Un análisis comparativo de las causas de mortalidad en Colombia realizado cinco años después de empezar la reforma en salud muestra que el perfil epidemiológico se mantiene<sup>105</sup>, salvo por el aumento de enfermedades ya mencionadas y que se caracterizan por no generar ganancias económicas inmediatas, como tuberculosis, malaria y dengue. Desafortunadamente, se necesita otra reforma que dé respuestas a los mismos problemas que inspiraron la reforma actual.

Algunas propuestas de reforma del sector salud incluyen lo siguiente: protección de la red pública de servicios de salud, construcción de un sistema único de afiliación, desarrollo de un sistema único y público de información, revisión de las medidas de atención y prevención actual a las enfermedades de alta significación social, un Plan Obligatorio de Salud único para los dos regímenes, protección de las condiciones laborales de los trabajadores de la salud, acudir al perfil epidemiológico y al diagnóstico de la calidad de vida de la población como referente central de la política pública de salud y desarrollar mecanismos interregionales de complementariedad y subsidiariedad para superar las inequidades regionales<sup>106</sup>.

Otras propuestas hablan del fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, el control de la evasión y la elusión, la definición de una verdadera política de calidad y la existencia de una política coordinada de salud pública<sup>107</sup>. Y unas últimas hacen énfasis en la formulación de pactos locales que permitan avanzar en la equidad en salud<sup>108</sup>.

El Congreso de la República aprobó en octubre de 2000 un proyecto de regulación de la salud pública, concertado entre gobierno nacional, gremios, facultades de medicina, con la participación de nueve ministerios y de la Academia Nacional de Medicina. El proyecto buscaba regular la responsabilidad civil que tienen

<sup>104</sup> Stiglitz [2002, 111].

<sup>105</sup> Cardona y otros [1999, 105].

<sup>106</sup> Esta fue la tendencia mayoritaria de los 2.120 delegados de diferentes sectores sociales y de prácticamente todas las zonas del país, reunidos en el Primer Congreso Nacional por la Salud, Bogotá, octubre de 2001 [MNSP 2000].

<sup>107</sup> Guerra [1998, 39-51].

<sup>108</sup> VV.AA [2002].

los productores y comercializadores de bienes y servicios de salud, entre ellos, la regulación de medicamentos. El Invima calcula que en Colombia, "cuatro de cada 10 medicamentos provienen del mercado negro", es decir, muchos de ellos se falsifican y, por tanto, no tienen ningún control de calidad.<sup>109</sup> Finalmente, el mismo gobierno rechazó el proyecto debido a las consideraciones del Ministerio de Hacienda, para el que "algunas normas generarían gasto público"<sup>110</sup>.

Las políticas económicas del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006), ponente en su momento del proyecto para la aprobación de la ley 100 de 1993, apuntan a una nueva disminución del gasto social. Las últimas negociaciones entre Colombia y el FMI obligan al país a recortar el gasto público en 3 billones de pesos en sólo un año, para que la banca multilateral le conceda un préstamo de 2.000 millones de dólares<sup>111</sup>.

Stiglitz, de quien interesa recordar ahora que fue vicepresidente del Banco Mundial, reconoce que en este tipo de negociaciones, "a los países se les marcaban objetivos estrictos [...] en algunos casos los acuerdos establecían *qué leyes* debía aprobar el parlamento del país para cumplir con los requisitos u 'objetivos' del FMI"<sup>112</sup>. Sus ejemplos ilustran que los fracasos de tales medidas son numerosos: el recorte de subsidios a alimentos en Indonesia sólo aumentó la crisis y el que se hizo a los programas de salud en Tailandia significó el retroceso de unas de las mejores medidas contra el sida en el mundo. En cambio, cuando se desobedecieron las recomendaciones del FMI de recortar los gastos en educación en Uganda y de educación en Jordania, hubo grandes beneficios<sup>113</sup>.

Después de todas las páginas de demostración de este estudio podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que con el diseño, implementación y modificación de la ley 100 de 1993, el Estado colombiano ha violado de manera sistemática el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Las políticas que materializan dicha ley son contrarias a la noción presentada aquí de salud como derecho humano.

<sup>109</sup> El promedio mundial de medicamentos producidos en el mercado negro es del 6% [Declaraciones del director del Invima, Germán Rueda, en: "El otro tráfico de drogas" *Semana*, núm. 965, Bogotá, 9 de octubre de 2000].

<sup>110</sup> Germán Aguirre, presidente de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, se preguntó: "¿será que se pretende favorecer más a los grupos económicos o a los gremios que a la salud de los colombianos" [Citado en "El gobierno nacional no avala su plan de salud", *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2000].

<sup>111</sup> "Listo acuerdo con el FMI", *El Tiempo*, Bogotá, 25 de octubre de 2002.

<sup>112</sup> Stiglitz [2002, 71].

<sup>113</sup> Stiglitz [2002, 106-111].