

Imprimir

En Colombia el Sistema General de Seguridad Social en Salud se rige desde finales del siglo XX bajo el marco jurídico creado por la ley 100 de 1993, norma que, si bien se ha sometido a varias revisiones durante este tiempo, en su esencia continúa siendo la base legal para el funcionamiento de todas las entidades y estructuras del Estado, y de la sociedad en general, para el manejo de la salud en el país.

Sin embargo, el paso del tiempo lleva a que se generen algunas preguntas que son apenas naturales frente a la conveniencia o no de continuar con este marco jurídico por varias razones, entre ellas, porque la realidad epidemiológica de nuestra sociedad ha cambiado en estos 30 años, así como las expectativas de vida de la población, e incluso los anhelos de alcanzar unos niveles de bienestar acordes con el desarrollo del siglo XXI. Es innegable por ejemplo que los colombianos de 2022 son más exigentes frente al cumplimiento de sus derechos fundamentales, entre ellos la salud, que lo que se vivía en la Colombia de 1993. Lo que era conveniente y podía responder a una realidad específica cuando el Congreso de la República estudió y expidió la Ley 100, es probable que ahora no lo sea tanto, como se evidencia en las protestas sociales que colmaron las calles del país en 2021, por lo tanto, pensar en un nuevo marco jurídico no se puede entender como un ataque a la normatividad actual o al pensamiento del momento histórico en que se creó la norma, sino como la necesidad de una sociedad con otras expectativas, concepciones, entornos y compromisos normativos internacionales.

Por otro lado, en Colombia se da un fenómeno particular pero común en las democracias del tercer mundo. Expedir normas que contraríen el Bloque de Constitucionalidad y por supuesto la propia Constitución, esto se considera en cualquier país como un atentado contra la esencia misma de la nación. En Colombia esta práctica es relativamente usual, y tal vez se produzca muchas veces sin una intensión negativa, y más bien obedece al desconocimiento profundo de la Constitución Política y a la interpretación amañada de intereses particulares.

De ahí que, evidenciar artículos de normas que contradicen la Constitución, o la Ley Estatutaria en Salud y la jurisprudencia, y que obstaculizan de manera grave el cumplimiento de la garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, el cuidado integral de la

Ajustarse al bloque de Constitucionalidad: una deuda del sistema general de seguridad social en salud colombiano

población y la protección de los recursos, y plantear una revisión y análisis del marco jurídico, es un ejercicio oportuno, para que en un futuro mediato se tomen decisiones que bien pueden ser derogatorias, o expedir nuevas reformas que modifiquen la actual normatividad y que la legislación en salud se adecue a la constitucionalidad vigente.

Para abordar este análisis se puede partir desde cuatro perspectivas, así: 1. Aproximación a la evolución constitucional del derecho fundamental a la salud, 2. Puntos de inflexión en el desarrollo normativo del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, 3. Principales contradicciones entre partes de la Ley 100 de 1993 y algunos decretos reglamentarios, frente a la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015 y sus aspectos jurisprudenciales, y 4. Evaluación del Marco Jurídico del Derecho Fundamental a la Salud. Veamos entonces.

1. Aproximación a la evolución constitucional del derecho fundamental a la salud

La constitución colombiana de 1991 planteó en su artículo primero que: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*^[1], al adoptar la concepción de *Estado Social de derecho*, el país se comprometió a hacer efectivos los derechos de las personas, lo que incluye la garantía real de todos los derechos constitucionales, tales como los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), suscrito por Colombia, sobre el alcance del derecho a la salud, dice: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* pero también señala las condiciones para hacer efectivo el derecho a la salud: *“a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las*

enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

Otro aspecto importante que muestra la evolución hacia la salud como derecho fundamental en el país se relaciona con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que gradualmente expidió sentencias que reconocían la fundamentalidad del derecho a la salud, siendo la más importante la Sentencia T-760 de 2008 que como sentencia hito en el tema entregó 30 órdenes al gobierno nacional y demás actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que facilitaran el acceso de la población a los servicios, y que incluía entre otras cosas garantizar la cobertura universal, nivelar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado al del Régimen Contributivo, actualizar el Plan Obligatorio de Salud y mejorar el flujo de recursos; la misma sentencia creó una sala de seguimiento para monitorear los avances en el cumplimiento de las órdenes expedidas.

2. Puntos de inflexión en el desarrollo normativo del sistema de salud colombiano

El sistema sanitario colombiano a través de la historia ha estado regido por distintas normas que han marcado el desarrollo de los modelos de atención, la cobertura, el nivel de compromiso del Estado, la forma de financiación, la participación de los particulares, de los entes territoriales, y de los mismos ciudadanos.

En los últimos 29 años dos acciones normativas han marcado puntos de inflexión: la Ley 100 de 1993, y la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria en Salud -LES-; la primera (Ley 100) con una gran orientación al mercado, y la segunda como una “retoma” del Estado como ordenador del sistema de salud.

La ley 100 creó el marco general del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, y han sido sus principios orientadores y directrices las que han primado como norma regulatoria del tema sanitario en el país. Dicha ley ha tenido dos reformas básicas: la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, las cuales fueron reglamentadas, de manera parcial,

tratando de profundizar una especie de “aseguramiento comercial”, más no de “seguridad social” y de garantía del derecho, como lo plantea el espíritu de la Constitución Política de 1991.

El otro gran punto de inflexión se da con la aprobación en el Congreso de la República de la Ley Estatutaria en Salud -LES- 1751 de 2015 tras su revisión previa de constitucionalidad, como exige este tipo de normas, por parte de la Corte Constitucional. Esta norma tiene un carácter superior dentro del marco jurídico colombiano y su promulgación representa una *“...nueva concepción del derecho ha requerido del respaldo de una jurisprudencia constitucional más comprometida con la cultura de la democracia y de los derechos humanos, que la que había primado en la Corte Suprema de Justicia que era la que tenía el control constitucional hasta 1990.”*[2] Pero además, la Corte Constitucional le otorgó una constitucionalidad condicionada a la LES 1751 de 2015, a través de la Sentencia C-313 de 2014, con lo que la lectura e interpretación de la LES debe hacerse a luz de la mencionada Sentencia que profundiza en el carácter social y jurídico de la Salud como un Derecho Fundamental autónomo e irrenunciable.

Por lo tanto, esta Ley estableció con un carácter jurídico superior el alcance del derecho a la salud, a la vez que lo declaró como fundamental, hecho que, si bien había sido expresado con anterioridad en varias sentencias de la Corte Constitucional, en la Ley 1751, quedó expresado de manera directa y por lo tanto incluido en el ordenamiento jurídico del país.

Y es que una Ley Estatutaria en Colombia, corresponde a una categoría superior a las demás clases de leyes, y es por eso por lo que cuenta con un trámite especial para su expedición que incluye la revisión previa de fondo y de forma por parte de la Corte Constitucional, con el fin de garantizar una interpretación y contenidos que se atengan al cumplimiento estricto del Bloque de Constitucionalidad del país. Las leyes estatutarias operan básicamente para definir el alcance de los derechos y deberes fundamentales de las personas, así como los procedimientos y recursos para su protección, como lo señala el Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia.

Considerando lo anterior, debe entenderse que con la expedición de la Ley 1751 de 2015 el marco legislativo superior que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud empezó a contar con una norma superior a la cual deben atenerse las demás disposiciones expedidas, ya sea por el Congreso de la República, o por la rama ejecutiva en sus actos administrativos, y de ir estos en contravía, estarían revestidos de un carácter de inconstitucionalidad, con las consecuencias de inaplicación de la norma o de la declaración de Inexequibilidad de la misma, a la luz del Artículo 4 de nuestra Constitución Política.

3. Principales contradicciones entre apartes de la ley 100 de 1993 y algunos decretos reglamentarios, con la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015

Son múltiples los apartes de la Ley 100 que contradicen la LES y las sentencias T-760 de 2008 y por supuesto la C-313 de 2014. Por mencionar solo tres de las principales contradicciones que además evidencian la orientación al mercado del SGSSS y su desarrollo reglamentario, (yendo en contravía de la búsqueda de la garantía del derecho fundamental a la Salud, y que por lo tanto se deben considerar como fallas estructurales) es fácil detectar como la Ley 100 segmenta a la población según su capacidad de pago al dividirla en regímenes subsidiado y contributivo, fragmenta también la prestación de los servicios de salud con lo que obstaculiza el acceso real y efectivo de las personas, y se enfoca en un modelo de atención curativo, que atenta contra la dignidad humana. Miremos un poco cada uno de estos elementos.

Segmentación de la población según su capacidad de pago

La Ley 100 de 1993, en su artículo 157, plantea los tipos de participantes en el SGSSS, así: *“... todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados”*. Se definen entonces, dos clases de participantes en el SGSSS, unos como “afiliados” y otros como “vinculados”. Hasta ahora el SGSSS ha operado sobre el entendido de que existen entonces unas personas “afiliadas” que se subdividen en su forma de participación en régimen contributivo (*“son las personas vinculadas a través de contrato de*

trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago".) y otras al régimen subsidiado, ("las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. ...la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana").

Pero además, para el Sistema existen también personas "vinculadas" que corresponden a aquellas que: *"que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado".* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Resulta evidente que este dictamen de la Ley 100 va en contravía de la LES por la discriminación que hace. Se segmenta a la población al aplicar el criterio de capacidad de pago y en consecuencia no permite garantizar el derecho a la salud de manera universal y con igualdad de trato y oportunidades para todas las personas, como lo ordena la Ley Estatutaria, puesto que la forma de acceder a los servicios de salud depende de a que segmento se pertenece. lo cual además viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política y los propios artículos 48 y 49 de la misma.

Esta segmentación de la población, trae consigo discriminaciones y diferencias importantes en la forma de acceder a los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud - PBS-

Fragmentación de los servicios

En cuanto a la fragmentación de los servicios de salud hay que considerar que la provisión de servicios se hace a través de las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-, organizaciones a las cuales da vida el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, donde se definen dentro de sus funciones *"prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley..."* pero además agrega: *"Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de*

Ajustarse al bloque de Constitucionalidad: una deuda del sistema general de seguridad social en salud colombiano

profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. (Negrilla y subrayado fuera de texto). Este artículo señalado de la Ley 100 entra en contradicción con la LES 1751 de 2015, puesto que ésta señala, en su artículo 5°. *“El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá... Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto). Como se aprecia, este artículo 185 de la Ley 100 consagra como un elemento sustancial de la prestación de servicios de salud: la competencia entre los agentes, lo que ha desembocado en una fragmentación de los servicios y en la mercantilización y comercialización de estos, con sus consecuentes ineficiencias que van en detrimento de los principios de oportunidad y accesibilidad de los ciudadanos a los servicios. Además, establece la competencia como una exigencia a los prestadores, lo que hace más proclive al SGSSS a la corrupción e impide una adecuada Inspección, vigilancia y control debido a la atomización en la distribución de los recursos.

Hay que entender que la competencia impide que se efectúe una planificación de los servicios desde las necesidades de la población, *“este modelo inspirado en el comercio tiene dificultades porque obvia la planeación, no da pie a la planificación sanitaria y responde solo a las necesidades específicas del mercado[3]”* y lleva a que el SGSSS sea sostenido por fuerzas principalmente económicas y políticas que tienen como objetivo central la apropiación particular de los recursos. Con un sistema basado en la competencia se dificulta también la consolidación de un sistema de información útil para la planeación, por cuanto, como sucede actualmente, la información sigue el camino trazado por las facturas y no a las personas y sus condiciones epidemiológicas, haciendo que no se tenga una visión poblacional y que por tanto, el centro esencial del Derecho, esto es la persona y el derecho fundamental a la salud, se transmute hacia objetivos diferentes al de la LES.

Enfoque curativo del modelo de atención

Ajustarse al bloque de Constitucionalidad: una deuda del sistema general de seguridad social en salud colombiano

El énfasis en el modelo de atención con enfoque curativo, atenta contra la dignidad humana y las razones para la contundencia de esta afirmación son simples, por ejemplo, se han expedido una serie de normas en salud que han prolongado los plazos para el cumplimiento de indicadores financieros de las EPS. Una de esas normas fue el decreto 2117 de 2016, que otorga *un tratamiento financiero especial a las que cumplan como condición “... la implementación del modelo de atención para mitigación del riesgo en salud, con base en un Plan de Gestión del Riesgo, cuyos resultados se reflejen en un comportamiento con tendencia a la generación y restablecimiento del equilibrio financiero, sin afectar en ningún momento la calidad y la oportunidad en la prestación de los servicios de salud a la población afiliada.* (Subrayado fuera de texto).

Plantear un modelo de atención orientado a “mitigar el riesgo en salud”, desdice del Estado social de derecho, se aparta del anhelado *cuidado integral en salud* y del propósito de tener *servicios integrados de salud centrados en las personas* postulados por la OMS, además de tener evidentes visos de inconstitucionalidad.

4. Evaluación del Marco Jurídico del Derecho Fundamental a la Salud.

Más allá de los incumplimientos de los actos administrativos y regulaciones expedidas a la luz de la Ley 100 frente a normas superiores como la Ley Estatutaria en Salud y la misma Constitución, los cuales no se pueden considerar como situaciones menores, lo más grave es que en la práctica estos problemas se trasladan a los usuarios en forma de barreras de acceso y en falta de oportunidad frente al sistema de salud colombiano. La realidad muestra que el sistema discrimina a los ciudadanos al dividirlos en categorías según su capacidad de pago, con lo que se contradice la universalidad de un derecho que es fundamental, pero, además, se afecta la integralidad y continuidad en las atenciones debido a la fragmentación en la prestación a pesar de haberse constituido un sistema básicamente curativo enfocado en la enfermedad y no en la salud como concepto general, con enfoque de Promoción de la Salud y de Prevención de la enfermedad. Las consecuencias de una normatividad contradictoria se extienden incluso al accionar del Estado, que, al entregar el sistema a las fuerzas del mercado, pierde su rol de autoridad sanitaria, y deja en cabeza de los

Ajustarse al bloque de Constitucionalidad: una deuda del sistema general de seguridad social en salud colombiano

particulares la dirección, organización, regulación, coordinación y la discrecionalidad en la asignación y manejo de los recursos que deberían encaminarse solo a la salud de los residentes en el país.

Adicionalmente, así como se fragmenta la atención, se atomizan los recursos lo que facilita el despilfarro, la falta de eficiencia y la corrupción, todos estos, males presentes en el sistema de salud colombiano, al igual que otras condiciones paralelas que terminan sumándose, como el debilitamiento de la red pública hospitalaria, ya que ésta se desfinancia y deja de crecer y desarrollarse debido a que los recursos se direccionan hacia las instituciones que son propiedad de las mismas entidades responsables del pago; se restringe también el ejercicio profesional al minimizar la autonomía del talento humano en salud, que se ve sometido a débiles condiciones laborales en contra de su propia dignidad y la del oficio, entre otras consecuencias.

Es claro que este marco jurídico se considera incompleto a luz de lo planteado por el exmagistrado de la Corte Constitucional doctor Jorge Iván Palacio, quien manifestó frente al proceso de la Ley Estatutaria en salud: "... dentro de un sistema jurídico no todas las normas tienen la misma jerarquía. ... las leyes estatutarias y orgánicas sirven de parámetro a la ley ordinaria.... Tratándose de la regulación de derechos fundamentales, se impone con mayor razón la expedición de otras leyes, como las ordinarias, que respondan a los principios democráticos, participativos y pluralistas, es decir, a un proceso de discusión pública al interior del Congreso, ... ante la aprobación de una legislación estatutaria ... la consecuencia es, en principio, ajustar el resto del ordenamiento, haciendo una relectura legal y reglamentaria..." Así pues, para materializar el derecho fundamental a la salud se deben hacer las leyes ordinarias, orgánicas y los decretos reglamentarios que desarrollen afirmativamente la Ley Estatutaria en Salud.

Luego de casi 30 años de expedida la Ley 100, es innegable que una revisión se hace necesaria para que el sistema sanitario colombiano responda al mandato constitucional de tener a la salud como un derecho humano fundamental, las normas cumplen su ciclo, y los logros alcanzados en salud hasta ahora deben ser la plataforma sobre la cual construir un

Ajustarse al bloque de Constitucionalidad: una deuda del sistema general de seguridad social en salud colombiano

modelo que responda a las necesidades actuales de la población, ese es el objetivo de las leyes y máxime de los Estados Sociales contemporáneos como el nuestro.

[1] Constitución Política Colombiana

[2] Luis Javier Orjuela, “Colombia: dos proyectos de sociedad enfrentados”, en: “LA CRISIS POLÍTICA COLOMBIANA”. Bogotá, Universidad De Los Andes, 2003, p 134

[3] (Alvaro Franco Giraldo “Sistemas de salud en condiciones de mercado: las reformas del último cuarto de siglo”. Rev. Fac. Nac. Salud Pública Vol. 32 N.º 1 enero-abril 2014, p. 96)

Luis Alberto Martínez Saldarriaga, Odontólogo, Especialista en Administración de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia, Magíster en Administración de la Universidad Pontificia Bolivariana y en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad EAFIT, actual viceministro de Protección Social.

Foto tomada de: Razón Pública