

El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993

The fundamental right to health service and the weaknesses of the Colombian state system since the creation of the Law 100 of 1993

Le droit fondamental de la Santé et les erreurs du système dans l'état colombien à partir de la loi 100 de 1993

O direito fundamental à saúde e as deficiências do sistema no estado colombiano de lei 100 de 1993

Guerrero-Vallejo Gina Yuleisi¹

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2014

Fecha de aprobación: 11 de abril de 2014

Referencia para citación: Guerrero, G. (2015). El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993. *Iter Ad Veritatem*, 13, 51-71.

1 Estudiante de Derecho, Universidad Santo Tomás-Tunja, Tunja-Boyacá, Colombia. Contacto: gina.guerrero@usantoto.edu.co.

Resumen

En Colombia la salud se percibe como derecho fundamental y un servicio público a partir de la Constitución de 1991. No obstante, con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se han presentado una serie de críticas debido a las dificultades para el acceso al servicio, toda vez que se concibe como un negocio que convierte a la persona en un cliente, buscando tener más ingresos sin importar la baja calidad del servicio, perdiendo así su carácter social. En el presente escrito se dará a conocer el derecho fundamental a la salud y las falencias del sistema en el Estado Colombiano a partir de la ley 100 de 1993. A manera de conclusión, el Estado no cumple con la función constitucional de intervención, sino que permite una relación entre la persona como cliente y las entidades prestadoras como monopolio.

Palabras Clave. Servicio Público, Derecho a la Salud, Plan Obligatorio de Salud.

Abstract

In Colombia, the health is perceived as a fundamental right and a public service since the constitution of 1991. However, since the law 100 of 1993 appeared, a series of issues appeared due to the difficulty of access to the service, once the health service was conceived as a business that sees the person as a client, that is why the enterprise is going to look for having more income with the low quality of service, losing as well its social sense. In this paper, it will be released the fundamental right to health and the lacks of the system in the Colombian State since the law 100 of 1993. As a way to conclude, the State does not overcome the constitutional function of intervention, but it allows for a relationship between the person as a client and the enterprises who offer the health service as a monopoly.

Key words : Public Service, Right to Health, Mandatory Health Plan

Resumé

En Colombie la santé est aperçue comme un droit fondamental et un service public de la constitution de 1991. Cependant, avec le début de l'application de la loi 100 de 1993 il y a eu un certain nombre de critiques en raison des difficultés pour avoir accès au service, car il est conçu comme une entreprise où les personnes sont vues comme des clients ; c'est pour cela que l'entreprise cherche plus revenus plus élevés indépendamment de la faible qualité de service, en perdant son caractère social. Dans le présent écrit il se fera à

connaître le droit fondamental à la santé et aux erreurs du système dans l'État Colombien à partir de la loi 100 de 1993. Comme conclusion, l'État n'accompli pas avec la fonction constitutionnelle d'intervention, au contraire il contemple la possibilité de la relation de la personne comme client et les entreprises prêteuses comme monopole.

Mots-clefs : Service Public, Droit à la Santé, Plan de Santé Obligatoire.

Resumo

Na Colômbia, a saúde é percebida como direito fundamental e um serviço público a partir da constituição de 1991. No entanto, com a entrada em vigor da lei 100 de 1993 apresentadas uma série de críticas devido à dificuldade de acesso ao serviço, desde que é concebido como um negócio que faz a pessoa um cliente, procurando mais renda a despeito da baixa qualidade do serviço, perdendo assim o seu carácter social. Nesta carta, ele vai liberar o direito fundamental à saúde e as deficiências do sistema no Estado colombiano desde que a lei 100 de 1993. À guisa de conclusão, o Estado não cumpre a função constitucional de intervenção, mas ele permite que uma relação entre a pessoa como um cliente e, a fornecedor como monopolista.

Palavras-Chave: De Serviço Público, Direito à Saúde, Necessário o Plano de Saúde.

Introducción

La naturaleza jurídica de los derechos fundamentales conlleva el nacimiento de dos vertientes fundamentales que nos ubican en un campo bastante criticado, el cual establece los siguientes criterios: por una parte la salud obtiene el estatus de fundamental en la medida que se vincula con el derecho a la vida y, por otra, adquiere un carácter asistencial en razón a que es una referencia funcional del Estado. En este camino se generan varias problemáticas que implican el déficit en la prestación del servicio de salud y la correspondiente protección del derecho a la salud.

Este documento se estructura de tal forma que inicialmente se plantea la distinción entre las diferentes connotaciones que tiene la salud a nivel legal y constitucional; posteriormente, se presentan las diversas falencias que han surgido a raíz de las diferentes circunstancias en su campo de aplicación, versando sobre la insuficiencia de los planes de beneficio, la optimización

de costos -cobertura y calidad-, la modulación que hacen los jueces en las controversias en materia de salud, y por último -pero no menos importante- la búsqueda de la libertad de ejercicio por parte de los profesionales de la salud.

A partir de la información encontrada, es posible establecer una postura propia en donde se evidencia la interdependencia del sistema y el derecho a la salud, concluyendo que el criterio que se debe manejar tiene que darse alrededor de la complementariedad entre dichos aspectos. Es decir, se debe reconocer y actuar en función de la relación derecho-sistema, por cuanto es necesario promover la protección del derecho a la salud por medio de la existencia de un sistema que sirva como base para la exigibilidad de cumplimiento de las responsabilidades del Estado frente a sus habitantes.

Problema jurídico

¿Cuáles han sido las falencias en el reconocimiento de la salud como derecho fundamental, y la aplicación como servicio público en el Estado Colombiano, a partir de la Ley 100 de 1993?

Objetivos

Objetivo general:

Diagnosticar las falencias en el reconocimiento de la salud como derecho fundamental y la aplicación como servicio público en el Estado Colombiano a partir de la Ley de 1993.

Objetivos específicos:

Analizar el papel de los planes obligatorios de salud en el Estado Colombiano.

Establecer cuáles han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional con respecto a enfermedades catastróficas como el SIDA.

Determinar cuál ha sido el papel del juez a lo largo de la transición de servicio público, derecho conexo y derecho fundamental de la salud.

Justificación

La presente investigación se realiza con el fin de dar a conocer la situación actual del sistema de salud y de este modo dar a conocer las distintas problemáticas que han surgido alrededor de las distintas regulaciones que se han planteado.

Primordialmente, se trata de mostrar el desarrollo del debate que se ha planteado actualmente y las falencias que han surgido a través de este derecho-servicio, a fin de demostrar que si bien es cierto se ha establecido un régimen de seguridad social no es eficiente ni se han logrado los objetivos propuestos. Concluyendo que lo mejor, es desarrollar una interdependencia que armonice cada una de las partes y satisfaga las necesidades que la sociedad requiere.

Exponer cuál es la postura de los médicos en la lucha contra un sistema que limita el ejercicio de su profesión.

Metodología

El enfoque que se le dará a la investigación es *cualitativo*, porque se parte del análisis de un fenómeno social, como lo son las condiciones de las prestaciones de salud a nivel nacional y las falencias generadas a raíz de las regulaciones promovidas por el Estado y la denominación de la salud como derecho fundamental.

Es de carácter jurídico, en razón de que a medida que se vaya explicando el contexto de cada tensión se utilizara alguna sentencia de la corte constitucional, así como la comparación con lo enunciado en algunas leyes, lo cual hará más fácil la contextualización del problema.

1. La salud

La salud como la define el Ministerio de Educación es aquel estado de bienestar del ser humano ya sea físico, mental o social, a diferencia de muchas concepciones actuales, no solo se circunscribe al ámbito de una enfermedad. Adquiere un carácter fundamental en la medida que se usa como un recurso que nos permite literalmente vivir y disfrutar de la vida, cumpliendo todas nuestras funciones en ella a plena capacidad, haciendo funcionar de forma eficaz los distintos procedimientos del diario vivir del ser humano.

Por esto, el estado adquiere la responsabilidad de garantizar la salud para todas y cada una de las personas dentro del territorio nacional considerándolo como un servicio público (carácter asistencial). Ahora bien, haremos un breve recuento histórico de la noción de servicio público.

1.1. Servicio público

A través de la historia las nociones de “derecho y servicio” no han estado íntimamente relacionadas, dado que antiguamente, los gobernantes entendían el poder como una prerrogativa pero no como una fuente de obligaciones. El monarca o rey que ostentaba el poder admitía como responsabilidades del estado exclusivamente la protección de las fronteras, mediante la materialización de un gran ejército o policía, y una administración de justicia reconocida en su cabeza por mandamiento divino. Un rasgo particular de esta época antigua (feudal) era el hecho de no reconocer en quien ostentaba el poder la capacidad de adquirir responsabilidades como se establecería unos años mas tarde.

Cuando se dio la Revolución Francesa como resultado de un proceso entre luchas de clases sociales, se reaccionó frente al criterio que manejaba el estado feudal y se reconocieron las diferencias entre gobernantes y gobernados, estableciendo unos compromisos de los primeros para con los segundos; creando de esta manera, la noción de *Obligación del Estado* frente a la sociedad.

La noción de servicio público se originó en Francia, y ha sido desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Los servicios públicos en Colombia se concibieron como los pilares del bienestar social a partir de la Constitución de 1991, que establece -en el Capítulo 5 del Título XII-, que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”, y que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”. A su vez, la Corte Constitucional ha dicho que los servicios públicos (...) “constituyen un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales”(Montaña, 2005, pág. 136).

El servicio público constituye, según Duguit, “toda actividad cuya realización deben asegurar, regular, y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y ella es de tal naturaleza que no puede realizársela completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa”. Lo anterior, evidencia la importancia de este tema en el Estado Social de Derecho.

Para los franceses la teoría del servicio público y el bienestar social provienen fundamentalmente de los logros recogidos a partir de la revolución francesa, sin embargo, esta no es la única fuente, pues varios estudios han demostrado que dichos conceptos vienen de mucho tiempo atrás como lo es la época de Luis XVI cuando instauró el servicio real de correos (PINARD, 2005). Básicamente, dicha concepción surgió con el paso del estado gendarme -*laissez faire, laisser*

passer- el cual; se limitaba a la justicia, el servicio de policía y el recaudo de impuestos, a un estado providencia o como se conoció posteriormente “benefactor”, en el cual el estado extendió sus competencias a otros asuntos. Tiempo después, en el llamado “periodo de oro” de los servicios públicos – después de la segunda guerra mundial- el estado providencia fijo en países como Francia, algunos principios que todavía se observan y se utilizan a la hora de calificar un servicio público como lo son: la igualdad, la continuidad, la mutabilidad, y el criterio de rentabilidad se agrega en algunos casos.

El servicio público en Francia fue de gran importancia ya que esto era esencial para el estado y se decía que la administración debía actuar en concordancia al derecho, pero lo más importante era que se incluía en una realidad sociopolítica concreta: “el servicio público es un conjunto de actividades, de órganos y de agentes que ocupan un lugar importante en la vida social” (Montaña, 2005, pág. 178). Este concepto actualmente tomó gran fuerza y se aceptó como una herramienta que facilitaba el desarrollo de los fines del Estado social de derecho.

Para acercarnos a dicha connotación vamos a definir claramente el factor “servicio público”.

Todas las actividades sociales no poseen la categoría de “servicio público” y es por esto que sólo algunas necesitan estar reglamentadas por medio de un régimen especial que enmarque su desarrollo. Los servicios públicos son entendidos como todas aquellas actividades que los seres humanos por sí mismos no se pueden proveer, por esta razón se denomina **servicio** y debemos aclarar que su carácter de *público* está relacionado con la calidad que este tiene en la vida individual y en su desarrollo social.

Una definición legal vigente, es la que encontramos y en el Art 2, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 donde se establecieron nuevos criterios a la concepción de servicio público: se denominan servicios públicos “los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado”. Ahora bien, en el marco del Estado social de derecho, la dignidad humana y el desarrollo equilibrado de la sociedad juegan un papel fundamental, la forma para proteger y cumplir estos postulados es por medio de la prestación eficiente de los servicios públicos, (...) “es fundamental la adecuada intervención del estado, buscando que todos los ciudadanos puedan acceder al bienestar y beneficiarse del desarrollo social, a través del acceso a los servicios públicos” (...) (Atehortua, 2008). Reconociendo que el núcleo de la teoría del servicio público es la solidaridad, es posible identificar claramente que este se desarrolla en el contexto de la

intervención del Estado que es a quien le corresponde garantizar la prestación de dichos servicios, dicha intervención es justificable gracias a que los servicios públicos por ser de interés general deben estar sometidos a una regulación como obligación que emana del Estado, sin embargo, se establecen ciertas limitaciones en el marco de los servicios públicos como lo es la establecida en el Art 430 del C.S.T

1.2. Continuidad y regularidad como característica del servicio público

Alrededor de los servicios públicos se manejan dos principios relevantes; por una parte, la continuidad y por otra la regularidad del servicio. Es decir que a través de los servicios que se prestan se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado (Guerra García, 2004).

Para que una actividad sea considerada como servicio público, según Rodríguez debe cumplir ciertos postulados:

- El otorgamiento al servicio de prerrogativas de orden público, como poder de expropiar, imponer tasas, entre otras.
- Estipulación dentro de la organización de servicio público de cláusulas y reglas especiales derogatorias del derecho privado.
- Fijación de tarifas por parte del estado.
- Sometimiento a control y vigilancia (2008, pp. 435-436).

Los servicios públicos como lo habíamos dicho anteriormente, son actividades de carácter especial y este carácter corresponde a la relevancia que estos tienen en la calidad de vida de las personas y en el desarrollo de la sociedad, por esto mismo se entiende que sean sometidos a un régimen jurídico especial, como lo expone la sentencia C-736 de 2007 con ponencia de Marco Gerardo Monroy: “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, la corte entendió que las personas o entidades que asuman la prestación de servicios públicos tendrán no solo un régimen jurídico especial sino también una naturaleza jurídica especial”. En Colombia se busca someter a todos los prestadores de servicios públicos a una norma consolidada, que es la Ley 142 de 1994, la cual establece el marco de desarrollo y especifica por un lado que todos los actos y contratos que se den por la gestión de los servicios públicos están sometidos a las reglas propias del derecho privado, civil y comercial (Artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994), y por otro lado que los vínculos empresa –usuario y todos aquellos en los cuales se desarrolle una función

pública, se someten a las normas del derecho público (Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2001, MP : Jaime Araújo Rentería).

Ahora bien, entendiendo que los derechos no pueden ser sujeto de concesión, ni mucho menos de comercialización como un simple servicio público ya que en principio, el Estado asume la obligación de garantizarlos a plenitud. En este orden de ideas, la Asamblea General de las Naciones ha establecido que todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y sostiene además que debe prestarse la misma atención, aplicación, promoción y protección tanto a los derechos fundamentales como a la de los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales.

En varias ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a las limitaciones y contradicciones que la condición de Economía de Mercado impone a la prestación de los Servicios de Salud, tal es el caso de la sentencia T- 409 de 1995:

El Derecho a la Salud está conformado por un conjunto de elementos que pueden consolidarse en dos grandes grupos: el primero, que lo reconoce vinculado con el Derecho a la Vida, es decir que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el Derecho a la Salud resulta un Derecho fundamental por conexidad. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial y prestacional ubicándolo dentro de las obligaciones sociales o colectivas del Estado.

En este mismo sentido es necesario decir que, si bien es cierto que la conservación de la salud implica diversas situaciones tanto por parte del Estado como del individuo, este derecho no fue constitucionalmente consagrado como fundamental a excepción del caso de los niños (Art. 44 Constitución Nacional). Si bien es cierto, la salud no se encuentra expresamente consagrada como derecho fundamental en la carta política, si se hace posible establecer este carácter dadas las condiciones actuales y los conceptos emitidos a través del tiempo por la corte constitucional y es por esto que se vuelve relevante para nuestro trabajo tener clara la noción de derecho fundamental.

2. Derecho Fundamental

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1991 se instauraron varios mecanismos para la solución de los casos en los que se vulneraran los derechos consagrados en esta, pero, quizás el de más relevancia fue el hecho de crear una

acción que se inclinara por la protección de los derechos fundamentales: “La tutela”. A sí mismo, con la creación de tal herramienta se inició la búsqueda de los criterios que determinarían cuáles eran “los derechos fundamentales en la constitución”, los cuales debían ser protegidos por medio de dicho mecanismo.

Gracias a la constitución y a el decreto 2591 de 1991, se dejó en manos de la corte constitucional una tarea fundamental en cuanto a que:

Cuando un derecho no señalado expresamente por la constitución como fundamental sea objeto de la acción de tutela, la corte deberá revisar con prelación el fallo correspondiente para decidir si el derecho invocado es o no fundamental y, por lo tanto, tutelable (Cepeda, 1992).

Un debate sobre este tema no podía dejar de lado los pronunciamientos de la corte constitucional en los cuales se da una breve pero muy explícita definición sobre derecho fundamental:

Los derechos humanos fundamentales que consagra la constitución política de 1991 son los que pertenecen a la persona en razón a su dignidad humana, tales derechos son inherentes al ser humano, es decir los posee desde el mismo momento de su existencia y son anteriores a la existencia del estado, incluso están por encima de él (Corte Constitucional, sentencia T-571 de 1992, MP : Jaime Sanín Greiffenstein).

En la sentencia T-419 del 17 de junio de 1992, la corte dejó dicho: (...)“los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en su condición de tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable, caracterizado por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente.”

De esta manera, quedó concluido que la denominación de fundamental se establecía en relación a si eran inherentes o no a la persona, de tal modo que no afectaran la dignidad que le es propia al ser humano.

La salud es un claro ejemplo de no consagración explícita, si bien se nombra en otros instrumentos se puede incluir en el derecho a la vida aunque no se incluya en la lista del capítulo I del Título II.

2.1. Relación entre derecho fundamental y dignidad humana

La relación entre derecho fundamental y dignidad humana es otro tema que ha tratado la corte constitucional en sus pronunciamientos, ejemplo claro de ello es la sentencia T-227 de 2003, a propósito de esa relación se expuso:

(...)el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...)” (Sentencia T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynet).

Fundamentándonos en lo anterior, la salud es considerada un derecho fundamental ya que las prestaciones hechas por el sistema están encaminadas a lograr la libertad de elección de un plan de vida concreta, desarrollar su dignidad humana en razón de que puede gozar de ciertos bienes y servicios que le ayudan a desarrollarse como persona dentro de una sociedad.

De lo anterior queda por decir que la distinción de fundamentales es aplicable en dos casos: a. los derechos sobre los cuales existe consenso sobre su carácter de fundamentales y b. todo derecho que se traduzca subjetivamente y que se encamine a proteger la dignidad humana, de la misma forma, la corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, “de manera autónoma”, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las

normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

Ahora bien, vamos a identificar y explicar cada una de las falencias que se dan alrededor de la salud y su consagración constitucional como servicio público y como derecho fundamental, presentando los dos puntos de vista.

3. La salud como derecho fundamental y servicio público a partir de la Constitución de 1991.

Cada una de las vaguedades de la carta de 1991 empezaron a causar estragos a la hora de debatir los problemas que surgían alrededor de este servicio/derecho, es así, como surgieron falencias importantes entre el sistema de salud por la aplicación de la Ley 100 de 1993 y el derecho a la salud que en su mayor parte fue interpretado por los jueces.

3.1. Insuficiencia de los planes obligatorios de salud (POS) en relación con las prestaciones que incluyen y las necesidades de salud de la población.

La connotación que tiene la salud como derecho fundamental frente a esta falencia, determina que aquellos reclamos que las personas pueden hacer de manera individual frente al sistema se hacen en virtud de su consagración constitucional y desarrollo internacional. Y por otro lado estableciendo la noción de la salud como servicio público se acredita la insuficiencia de los planes de servicios, en la organización de un marco de desarrollo para el derecho sin tener en cuenta la eficacia y satisfacción de las necesidades de la población sino su sostenibilidad.

Jurídicamente, la sentencia T- 760 del 31 de Julio de 2008 fue el hecho más importante a la hora de resolver el problema del POS frente a las necesidades de la población, resolviendo el siguiente interrogante: ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud? A lo anterior se respondió que el estado desprotegía a las

personas al mantener tales inseguridades, es decir, imponía cargas que las personas no debían soportar y barreras al acceso de los servicios de salud. Además, la corte añadió : “tales incertidumbres impiden adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la financiación de los servicios de salud de tal forma que todos los colombianos pueden acceder de manera oportuna y efectiva a servicios de salud de buena calidad”, razón por la cual se le ordeno a la comisión nacional de regulación de la salud -CRES- la revisión de los planes obligatorios de salud (POS) garantizando la participación directa de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud.

En este punto planteamos que lo que se busca es el cumplimiento de ciertos postulados alrededor del uso eficiente de recursos, la moderación de costos y la distribución racional de recursos. En función de estos 3 objetivos, se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el cual reúne dos objetivos básicos: Por un lado, la articulación ideal de los diferentes prestadores de salud buscando una mayor cobertura del servicio y por otro, la utilización funcional y eficiente de recursos, incorporando el POS (concebido como un listado cerrado y fijo de procedimientos y medicamentos). Entonces, es aquí donde nace la duda en cuanto a si es más importante una cobertura total de personas con una mediana prestación a su servicio de salud, o una menor cobertura de personas con una protección más amplia a su derecho. Lógicamente, lo ideal es buscar la manera de optimizar recursos en pro no solo de una cobertura universal sino también de la ampliación en beneficios amparados por el sistema, dejando de lado esa certera limitación que encontramos en los planes obligatorios de salud (POS). De esta manera no solo garantizamos el acceso de toda o de la mayoría de la población a un servicio de salud sino que además mejoramos la calidad en términos de beneficios avalados.

3.2. Sistema de salud frente al Derecho fundamental a la salud: Análisis del tratamiento aplicado a enfermedades como el SIDA

El derecho fundamental delimita que, la salud como un derecho humano debe buscar la equidad, es decir la eliminación de las desigualdades que no permiten que todas las personas tengan las mismas oportunidades para lograr disfrutar de una vida con calidad y el bienestar social, buscando la igualdad, y reconociendo que el problema no es la cantidad o maximización de los recursos, sino la búsqueda de mejores y mayores atenciones para las personas (frente a las enfermedades catastróficas y terminales se reconoce su protección constitucional reforzada por encontrarse en un estado de debilidad manifiesta,

urgencia en la prestación del servicio) y para todas las personas no se pueden tolerar interrupciones podría crear graves consecuencias para la vida.

Ahora bien, encontramos una segunda posición que frente a la salud como derecho prestacional o como servicio se plantea con carácter necesario la optimización funcional y eficiente de los recursos financieros del sistema - (determinación del “paquete básico” de prestaciones asistenciales); creando de esta manera un acceso limitado al servicio público de salud. Determinando el paquete como una postulación, y buscando no la satisfacción de las necesidades de las personas sino lo que sea desde el punto de vista de la de inversión por parte del estado, se deja como factor determinante costo-efectividad, encontrando las personas (únicas afectadas) que su servicio de salud se encuentra determinado a unos análisis y estudios inversionistas.

El Consejo de Estado tuvo que lidiar con las discrepancias que surgieron frente al reconocimiento de la salud como servicio y como derecho fundamental, tal problema se dio cuando debió conocer del caso del enfermo de SIDA que carecía de recursos económicos que pudiesen solventar su tratamiento en un hospital público. El consejo de Estado, en sala plena concedió la tutela con base en el derecho a la vida y el derecho a la igualdad.

En los considerandos trató el punto de si la salud era un derecho fundamental, a pesar de que no estuviera consagrado en el Capítulo I, Título II. En efecto, dijo el Consejo de Estado, el 10 de Marzo de 1992, dejando de lado el criterio formal previamente establecido que limita los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la constitución política bajo el título de los “derechos fundamentales” y excluir los que ocuparan un lugar distinto, concepción que debía ser cambiada pues favorecía a la negación explícita de derechos.

El juez se encontraba frente a lo que se denominaba un “concepto jurídico indeterminado” que para el caso eran los derechos fundamentales y la única forma de darle una solución era estudiando su esencia y allí, el juez descubriría si se encontraba frente a un derecho fundamental, pero más allá de eso su sentido se definiría bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

La sentencia de tutela 760 también tocó este gran problema y resolvió que cuando una persona necesitara un servicio de salud que no se encontrara incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y de ninguna forma le fuese posible asumir el costo de su tratamiento, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien

ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. Es decir, el acceso al servicio depende de la posibilidad que tiene el sistema de financiarlo sin afectar la sostenibilidad de este, sin embargo, a la hora de que alguna entidad prestadora de salud deba garantizar este servicio se le da la posibilidad de repetir contra el estado que debe garantizar la prestación de este servicio.

Finalmente, aclarar que los derechos fundamentales no solo son los enunciados en el capítulo I del Título II, ya que existen algunos que no están taxativamente enunciados allí, como el derecho a la salud o la paz dando la responsabilidad a los jueces que señalaran cuáles son esos derechos fundamentales atendiendo a su naturaleza jurídica y las circunstancias antes mencionadas.

Es importante tener en cuenta las recomendaciones que realiza la OMS para acabar “la brecha entre quienes tienen acceso a los beneficios del desarrollo y quienes no lo tienen” :

- Reducir la desigualdad de acceso a los servicios;
- Mejorar el funcionamiento de las instituciones en beneficio de todos;
- Fortalecer la capacidad de distribución de recursos del Estado;
- Incrementar la participación social en los procesos de diseño, monitoreo e implementación de las políticas públicas sobre salud.(2000, Pág.176)

3.3. El Juez como modulador en el debate de la salud como derecho o servicio público

La necesidad de las personas de hacer efectivo sus derechos, en especial el de la salud en su relación con la vida, han hecho aparecer la facultad moduladora en los jueces para resolver los diferentes problemas que se dan alrededor y al interior del sistema de salud (quien no los reconoce de esta manera y determina otra entidad para cumplir esta función). Dejando abierta la judicialización y arbitraje de controversias dentro de los sistemas de prestación de servicios de salud en sede judicial. El sistema de salud (desarrolla y enmarca la salud como servicio), busca devolver la modulación al órgano o entidad que este determine quitando dicha competencia a los jueces. Ignorando que los sistemas legales de prestación de salud y seguridad social deben ser evaluados en sede judicial.

Dentro del modelo de pluralismo estructurado establecido en la Ley 100 de 1993, aparece un concepto bastante importante a la hora de definir si la salud es un derecho o un servicio, estamos hablando de la modulación que es una función especializada que a diferencia de la financiación y provisión

de servicios establece reglas de juego claras, transparentes y equitativas a consecuencia de las distintas transacciones en el sistema de salud. Dicha función se le ha delegado a entidades superiores que se caracterizan por su imparcialidad y velan por un interés general, y se relaciona con el quehacer del estado con la colaboración de otros entes territoriales, de esta forma se contribuye al desarrollo del sistema en lo que refiere a la formulación de la política y a su implementación.

Sin embargo, surgió el interrogante respecto de cuál sería la entidad superior. La respuesta la brindo la constitución ya que al ser la norma jurídica de más valor en el sistema jurídico señaló que la noble tarea de interpretar los derechos, darles vida y aplicarlos correctamente al caso concreto era de los jueces; la tarea sin embargo no era tan sencilla ya que al leer la constitución y compararlo con otros instrumentos –leyes, códigos- usualmente impulsados en los distintos procesos era diferentes.

Desde allí, empieza una serie de problemas a los cuales los jueces debieron hacerle frente, por esta razón el juez debió tomar inevitablemente un nuevo papel

(...) para resolver un caso a la luz de los derechos constitucionales y una actitud interpretativa distinta frente a las normas constitucionales y también frente a la capacidad de la carta de derechos para penetrar en esferas de la vida que tradicionalmente habían sido consideradas ajenas al derecho público (Velez, 2007).

El administrador de justicia al desarrollar sus labores no debería ceñirse únicamente a la esfera de lo estipulado en la ley, pues tal práctica no sería suficiente al ejercicio de la justicia, en consecuencia no será más que un administrador de la norma como un instrumento para que sea justo, en consecuencia, su papel social se justifica en la medida en que sea justo en la aplicación de la ley sobre lo que ha de verificar su contenido material de justicia porque una decisión judicial soportada sobre una ley injusta será igualmente injusta y así, no se da cabal cumplimiento a la misión de administrar justicia, porque, la interpretación judicial de la ley, es siempre un juicio sobre la misma ley, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, compatibles con las normas constitucionales, sustanciales y los derechos fundamentales, es a partir de esa sujeción del juez a la constitución, y en consecuencia de su papel de garante de los derechos fundamentales como el de justicia que se legitima la jurisdicción (Ferrajoli, 1998), como consecuencia de esto se le otorga cierta autonomía al juez constitucional a la hora de fallar casos concretos valiéndose de herramientas que a continuación

se enuncian y explican como lo son; el juicio de razonabilidad y ponderación que le permiten fallar de forma más acorde y justa.

- ¿Autonomía o autodeterminación?

La carta de 1991 le confió a los jueces constitucionales un margen de discrecionalidad bastante amplio a la hora de debatir casos en concreto- tal fue el caso de la salud- y especializados. En materia de autonomía los jueces de otras democracias han tenido que responder si se deben penalizar casos como el del médico que practica un aborto con el pleno consentimiento de la persona a raíz de un acceso carnal violento y como consecuencia ella ha quedado embarazada, o para uno de los casos más debatidos actualmente si se violan los derechos cuando la persona decide terminar con su tratamiento –cuando la vida es mantenida artificialmente o es una enfermedad terminal- y decide morir en paz y dignamente. A lo anterior, países como Estados Unidos y Alemania tuvieron que someter tales debates a los Tribunales Constitucionales basados en la autonomía.

En el caso Colombiano, el intérprete de la constitución debe crear una orden, partiendo de los diversos derechos protegidos por la carta fundamental, él puede no aplicar la norma en sentido estricto, por el contrario, le da contenido para posteriormente ser aplicada. El goce del grado máximo de salud que puede alcanzarse es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Sin embargo, millones de personas carecen de acceso a atención sanitaria o tan siquiera a un saneamiento básico (Harlem Brundtland, 2002).

- Juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

El juez a la hora de discutir el caso en concreto debe responder a los siguientes interrogantes: ¿Es legítimo el interés estatal invocado para justificar la limitación? ¿Cuál es su importancia? Mediante este se pueden apreciar las situaciones, hechos y características de la acción estatal, si la normatividad viola la constitución.

Sin embargo, cuando la decisión es razonable a la luz de los intereses del Estado social de derecho pero demasiado gravosa para el derecho protegido. ¿Qué se debe hacer?, la solución que se le ha dado es la siguiente: el intérprete de la constitución deberá buscar un equilibrio entre los valores constitucionales en conflicto: el invocado por el Estado y por el particular. Se puede decir que tiene que balancearlos o sopesarlos. La idea es que “el resultado del fallo debe ser fruto de un argumento razonable derivado de la constitución, no de preferencias, presiones o nuda voluntad” (Cepeda, 2001).

3.4. La libertad terapéutica y el ejercicio del profesional de la salud

Los médicos como profesionales de la salud apoyan la búsqueda y acceso de las personas a diversos servicios en cuanto a su salud, dado que ellos reconocen el carácter fundamental del mismo y la cobertura necesaria en diversos aspectos. Sin embargo, cada día esto es más difícil ya que los profesionales de la salud reciben llamados de atención, y problemas disciplinarios por actuar en contra del sistema y no seguir sus lineamientos. Por otro lado, el Sistema de Salud ve el desarrollo de este derecho cumplido plenamente en la atención médica que es manejada y controlada por esta, pues son ellos los encargados de determinar la manera y los servicios sobre los cuales los médicos deben actuar reglamentando el ejercicio de su profesión y no dejando que cumplan totalmente su función. El profesional de la salud no puede hacer nada para que su usuario acceda de forma gratuita a una serie de servicios que a su criterio son los adecuados para el tratamiento que plantea.

Esta problemática es de gran relevancia al objeto de estudio pues con una falencia de este tipo solo es posible concluir que más allá del Derecho Fundamental que todos reconocemos, la esencia de servicio público no queda nunca excluida de las consideraciones.

Conclusiones

El contexto de la política neoliberal que enfrentamos en la actualidad, ha tenido gran impacto en la sociedad y ha tenido grandes e importantes consecuencias. Un claro ejemplo son los esfuerzos por mejorar la situación de la salud en Colombia por la ley 100 de 1993, la cual no ha logrado cumplir los objetivos y metas que sustentaron su promulgación. Lo único que se ha logrado es tornar más crítica la situación de algunos, añadiendo discriminación y exclusión, sin mencionar la dificultad de acceso a esta. El apoyo insuficiente del Estado a las formas de participación ciudadana ha contribuido a esta crisis y se puede decir que el Estado está cada vez más distante en las soluciones de las demandas sociales en salud, bienestar y seguridad que se le interponen. En los últimos años, ha existido un consenso entre lo jurídico y lo político alrededor de la doctrina de la salud, sin embargo, es posible evidenciar una serie de falencias que afectan el sistema y distorsionan su aplicación como es el caso de la insuficiencia de los Planes Obligatorios de Salud que excluyen tratamientos necesarios a sectores específicos de la población por representar gastos elevados al sistema o la exclusión de tratamientos a pacientes con SIDA.

La protección del derecho a la salud necesita de un gran nivel de atención y más respecto de la adecuada distribución de ingresos financieros del sistema, ya que es la brecha entre ricos y pobres la que ha generado gran inconveniente a la hora de la prestación de los servicios de salud. Por otro lado, el papel del juez como modulador del debate presentado entre servicio y derecho y la solución de las problemáticas que han surgido alrededor de la implementación de la ley 100 de 1993, aunque ha sido fundamental, denota un incumplimiento de los deberes del Estado con sus ciudadanos pues no debe admitirse la existencia de un Derecho Fundamental rogado.

Por último, aclarar que actualmente se evidencia la interdependencia del sistema y el derecho a la salud, y por lo tanto lo que debe suceder es que ambos se complementen a fin de brindar una adecuada solución a los problemas de la sociedad y por ende una eficaz prestación de servicios que sea acorde a las necesidades. Señaló en su momento la Corte Constitucional, se debe propender por un equilibrio, en el cual ninguna de las partes sea subsumido ya sea por manipulación de la organización médica o la opinión de los pacientes (Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994, MP : Eduardo Cifuentes Muñoz). Se debe reconocer y actuar en función de la relación derecho sistema por cuanto es necesario promover la protección del derecho a la salud por medio de la existencia de un sistema que sirva como base para la exigibilidad de cumplimiento frente al Estado.

Referencias

Atehortúa Ríos, C. A. (2006) “Régimen de los servicios públicos domiciliarios: en el contexto de la doctrina constitucional”. Biblioteca jurídica DIKE: Medellín, Colombia.

Cepeda M. (1992). Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991, Bogotá : Temis.

Cepeda M. (2001). Para un análisis de la controversia sobre el papel creador del juez en el constitucionalismo moderno: política y control constitucional. Bogotá : Universidad de los Andes.

Constitución Política de Colombia. Art 44. Julio 20 de 1991.

Corte Constitucional, C-736 de 2007, M. P: Marco Gerardo Monroy.

_____, Sentencia C-558 de 2001, M. P: Jaime Araújo Rentería.

_____, Sentencia T-401 de 1994, M. P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-571 de 1992, M.P: Jaime Sanín Greiffenstein.

_____, T- 409 de 1995, M. P: Antonio Barrera Carbonell.

_____, T-227 de 2003, MP:Eduardo Montealegre Lynett.

_____, T-419 de 1992, M. P: Simón Rodríguez Rodríguez.

_____, T-760 de 2008, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____, T-859 de 2003, M. P: Eduardo Montealegre Lynett.

El servicio público de la salud para el magisterio: Recuperado de http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-190216_archivo_pdf_salud.pdf

Ferrajoli, L. (1998). Derechos y Garantías. Perugia Italia.

Guerra Y. (2004). Servicios públicos en Colombia. Bogotá : Universidad Libre.

Harlem, B. (2002). El derecho a la salud. Recuperado de <http://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/cartoon-health-es.PDF>

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículos 31 y 32. Diario Oficial. 41.433 del 11 de julio de 1994.

Mesa de trabajo de Bogotá. La salud: derecho fundamental (septiembre de 2005).

Montaña, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Organización Mundial de la Salud (OMS). El derecho a la salud y los objetivos de desarrollo del milenio OPS en estrecha colaboración con la CEPAL. UNFRA. Capítulo V: objetivos de desarrollo del milenio, una mirada desde América latina y el Caribe (2000, p. 176): Recuperado de <http://www.paho.org/Spanish/DD/PUB/capitulo5.pdf>

Pinard M. (2005). “La tradición francesa del servicio público”, en: Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.

Rodríguez, R. (2008). Derecho administrativo. Bogotá : Temis: Bogotá, 12° ed.

Vélez, A. y Alba, L. (2007). Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho: Recuperado de http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf.