

LA SALUD EN COLOMBIA. ¿CUESTIÓN DE VIDA O DE DERECHO?

HEALTH IN COLOMBIA. MATTER OF LIFE OR RIGHT?

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.*

Fecha de recepción: 17-09-10

Fecha de aprobación: 05-11-10

RESUMEN**

En Colombia se implantó en 1993 una reforma del sistema de salud fundamentada moralmente en la doctrina liberal y orientada a incrementar los mecanismos del mercado en el sector de la salud. Aunque la reforma se promovió como un mecanismo necesario para resolver los problemas del sector y especialmente para atenuar las inequidades que golpeaban con mayor fuerza a los más pobres, esta promesa no se cumplió y algunas inequidades incluso se acentuaron. Hoy en día, la posibilidad de que un paciente presente una queja sobre la atención médica es mayor cuando se presenta un daño. Pero así no se presente el daño, los pacientes conocen cada vez más sus derechos y la posibilidad de hacer un reclamo. Se debe tener en cuenta que sus razones no son siempre basadas en la buena fe y esto en un país en crisis se puede presentar con alguna frecuencia.

Se plantea también si con el porcentaje cada vez creciente de las acciones de

* Licenciado en Filosofía, Universidad Santo Tomás, Administrador de Sistemas e Informática, Administrador de Empresas, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Santo Tomás, Especialista en Gerencia de Instituciones de Educación Superior, Universidad Santo Tomás, Maestría en Educación, Universidad Santo Tomás. Vicerrector Administrativo, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

** Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto terminado "El derecho a la salud en Colombia, realidad y derecho.", vinculado a la línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática del Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.

Método: documental de análisis Jurídico, tomado como fuentes directas la normatividad aplicable y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el aspecto jurídico y de estudio empírico en lo referente a la realidad del sistema de salud.

tutela instauradas por los usuarios para invocar la protección del derecho a la salud, se ha convertido en un mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud y si, en tal caso, sería éste el procedimiento adecuado para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan su ejercicio, sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral.

PALABRAS CLAVES

Acción de Tutela, Plan Obligatorio de Salud, Justicia social, Recursos en salud, Derechos humanos, Reforma en atención de la salud.

ABSTRACT

In Colombia was introduced in 1993 a health system reform based on the doctrine morally liberal and oriented to increase market mechanisms in the health sector. Although the reform was promoted as a necessary mechanism to solve the problems of the sector and especially to mitigate the inequities that hit hardest at the poorest, this promise was not fulfilled and some are even accentuated inequalities.

Today, the possibility that a patient has a complaint about medical care is higher when an injury is presented. But even if the damage does not appear, patients increasingly aware of their rights and the possibility of making a claim. Keep in mind that their reasons are not always based on good faith and that in a country in crisis can occur with some frequency.

Also arises if the ever-increasing percentage of the Actions to protect fundamental rights used by users to invoke the protection of the right to health has become an alternate mechanism of access to health services and whether, if so, would this is the proper procedure to ensure compliance with the principles that guide its exercise, especially referring to the universality and comprehensive protection.

KEYWORDS

Protection Action, Mandatory Health Plan, social justice, health resources, human rights, reform in health care.

RÉSUMÉ

En Colombie, a été introduit en 1993 pour réformer le système de santé fondé sur la doctrine libérale et moralement visant à accroître les mécanismes de marché dans le secteur de la santé. Bien que la réforme a été promu comme un mécanisme nécessaire pour résoudre les problèmes du secteur et en particulier pour atténuer les inégalités les plus durement touchés que les plus pauvres, cette promesse n'a pas été respectée et certaines des inégalités sont encore accentué.

Aujourd'hui, la possibilité que le patient a une plainte au sujet des soins médicaux est plus élevé quand a une blessure. Mais cela ne semble pas les dommages, les patients de plus en plus conscients de leurs droits et la possibilité de faire une réclamation. Gardez à l'esprit que vos raisons ne sont pas toujours basées

sur la bonne foi et que, dans un pays en crise peut se produire avec une certaine fréquence.

se pose également si le pourcentage croissant de la part de la garde en place pour les utilisateurs d'invoquer la protection du droit à la santé est devenue un mécanisme alternatif de l'accès aux services de santé et si, le cas échéant, serait c'est la procédure

à suivre pour assurer la conformité avec les principes qui guident son exercice, en particulier référence à l'universalité et la protection globale.

MOTS-CLÉS

Action pour la protection, de santé obligatoires Plan, la justice sociale, les ressources de santé, les droits de l'homme, la réforme des soins de santé.

Sumario:

1. Resultados. 1. La acción de tutela. 2. La realidad de la salud, 3. Conclusiones.
4. Referencias Bibliográficas

METODOLOGÍA

Como debemos analizar la verdad con la vista en alto para poder percibir su esplendor, hemos desarrollado un modelo investigativo que integra datos empíricos y normativos, con miras a establecer la capacidad (entiéndase diferente a idoneidad) de las regulación y acciones tendientes a la protección del derecho fundamental y humano a la salud, por tal razón, tras una descripción normativa y jurisprudencial del asunto expondremos la situación actual de este derecho, lo cual nos permitirá establecer, con validez externa y no como mero indicio, la capacidad de reacción del sistema de derecho para el amparo de la salud, en

este orden de ideas podremos definir nuestra metodología como claramente silogística.

RESULTADO:

1. LA ACCIÓN DE TUTELA⁹²

Generalidades en Colombia

El avance generado a través de la nueva Constitución Política de Colombia de 1991, permitió dar lugar a la creación de la Acción de Tutela (BOTER C. 2002; TOVO I. 2005), la cual propende por ofrecer una herramienta jurídica a los ciudadanos, frente a las posibles acciones u omisiones tanto de autoridades publicas como

⁹² "Esta Acción es también denominada acción de amparo, siendo compartida en los sistemas Europeo y latinoamericano, destacándose el amparo español y el recurso constitucional Alemán" (QUINCHE; 2008; Pág. 283).

privadas, que con su conducta pueda afectar derechos fundamentales de los mismos. Esta acción tiene su génesis no simplemente por la ideación del constituyente de 1991, pues, además del interés de importar algunas acciones implementadas en el plano internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2, num. 3, literal a), señaló la obligación de los Estados miembros de implementar internamente una acción judicial pronta y efectiva por medio de la cual todas las personas puedan garantizar el oportuno cumplimiento de sus derechos fundamentales. Tal obligación nació el 29 de octubre de 1969, fecha en la cual, Colombia ratifica su adhesión al mencionado pacto internacional⁹³.

“Artículo 2. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que
a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...).”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966)

Colombia en su obligación de reglamentar y regular la acción, consagró dentro del marco constitucional el artículo 86, señalando la acción de tutela como medio judicial de garantía de derechos individuales y expidiendo en el año de 1991, el decreto 2591, que estableció aspectos tanto sustanciales como procesales que permiten la eficiente funcionalidad de la acción. Esta figura novedosa se estableció con el fin de proteger derechos fundamentales de los ciudadanos⁹⁴, siendo regulada, además del decreto reglamentario mencionado, por el Decreto 1382 de 2000.

En los términos del artículo 86 Constitucional, se señala:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (...).

La acción de tutela deberá ser interpuesta ante cualquier juez de la República,

⁹³ La Acción de Tutela implementada en el ordenamiento jurídico colombiano, hace referencia a la misma acción de amparo, nombre con el cual es denominada en países europeos.

⁹⁴ Cabe insistir que se trata de derechos fundamentales individuales pues, excepto en los casos de conexidad, los derechos colectivos y del medio ambiente y los sociales económicos y culturales, tienen otros medios de protección como los son la acción popular y de grupo (88) y la acción de cumplimiento (87).

tramitándola de manera preferente y sumaria, en atención a los derechos que pretende garantizar⁹⁵, tiene el carácter de residual y subsidiaria, en el entendido que será de conocimiento de la jurisdicción, para que se ordene a la entidad pública o privada, el desistimiento de la conducta activa o pasiva en la que ha incurrido o se abstenga de realizar aquella que eventualmente causaría un perjuicio irremediable al accionante. (UPRIMNY, R. 2006).

La acción puede ser ejercida por toda persona, cuando considere que se están vulnerando sus derechos fundamentales, es decir, la generalidad a la que se refiere con “*toda persona*”, incluye la posibilidad que tanto las personas naturales como jurídicas pueden acceder a la tutela y exigir sus derechos ante la autoridad judicial correspondiente. En cuanto a los derechos que pueden reputarse de la persona jurídica y que pueden ser garantizados por vía de tutela, están⁹⁶ el derecho al debido proceso, la igualdad, libertad de asociación, inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la inviolabilidad de documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el habeas data, a la información, al buen nombre entre otros. (UPRIMNY, R. y GARCÍA M. 2005).

Sin embargo, es necesario observar que para ejercer este mecanismo de protección de los derechos fundamentales hay que tener en cuenta los parámetros establecidos por el artículo 86 de la Constitución, pues este establece en que circunstancias es procedente (YOUNES, D. 2006), así las cosas evidenciamos que procederá únicamente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, o que esta sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el mismo sentido La Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, define la expresión perjuicio irremediable de la siguiente manera:

“es una situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y partir de ese momento progresar hasta hacerse irreversible”⁹⁷. (QUINCHE M. 2008).

Además, se hace imprescindible prestar atención al artículo 6⁹⁸ del decreto 2591 del 91, puesto que consagra las causales de improcedencia de la tutela, de la siguiente forma:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE

⁹⁵ Con la expedición del decreto reglamentario 1382 del año 2000, se determinó la competencia de los jueces para conocer de las acciones de tutela, en razón al carácter de la entidad accionada, ya sea municipal, distrital, departamental o nacional y el factor territorial, en cuanto al lugar donde ocurrieron u ocurren los hechos.

⁹⁶ Corte Constitucional, SU-1193 de 2000.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 1.993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁸ El decreto 2591 del año 1.991, regula la acción de tutela que fue creada por el artículo 86 de la Constitución Nacional de 1.991.

IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

Pero esto no quiere decir que la tutela deje de ser un medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales.

Por lo anterior es claro que la acción de tutela puede ser utilizada cuando el infractor del derecho fundamental es

un particular y la persona afectada se encuentre en un estado de indefensión, sin olvidar que la procedencia de la tutela contra particulares está reglamentada por el decreto 2591 de 1991. Esta procede cuando el particular presta un servicio público ya sea de educación, salud, o un servicio publico domiciliario o como ya habíamos mencionado antes, cuando el particular se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a otro. (BOTERO C. 2002).

Por esta razón, nada impide que cuando una persona vea vulnerados sus derechos fundamentales por un particular, esta pueda hacer uso de la acción de tutela para buscar una protección a sus derechos. (YOUNES, D. 2006).

Ha de agregarse también que en el año 2000, mediante el decreto 1382 se crearon las competencias para interponer la acción de tutela con el fin de racionalizar y desconcentrar el conocimiento de estas, que ha opinión de QUINCHE, Manuel es un decreto inconstitucional, por reglamentar competencias para interponer y hacer uso de esta acción constitucional. En este decreto podemos encontrar las reglas de competencia para interponer la acción de tutela, en contra de quien esta sea.

Pero además la Corte Constitucional como máximo órgano encargado de la salvaguarda e integridad de la Constitución Política, es la encargada

de revisar los fallos de tutela emitidos por los diferentes jueces, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las decisiones. Dentro de su función, unifica criterios de interpretación y establece el sentido de los fallos.

Luego de haber abordado el marco constitucional y reglamentario de la acción de Tutela se hace imprescindible referirnos a uno de los derechos fundamentales que puede ser protegido mediante dicha acción, es el derecho a la salud, (tema central del presente artículo), que se encuentra consagrado en los artículos 44, 46 y 49 de la Constitución Nacional.

Al referirnos al concepto de salud como derecho fundamental es importante precisar que este puede ser entendido desde dos puntos de vista, el primero, visto como un servicio público que debe ser garantizado por el estado, el segundo, como un derecho fundamental. (QUINCHE M. 2008).

Al respecto se expresa BERNAL, Pulido C. (2005).

“Todos los derechos fundamentales, tanto los derechos sociales como los derechos de defensa de tradición liberal, los derechos democráticos, el derecho a la igualdad y los derechos de organización y procedimiento, son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional”.

Y continúa haciendo referencia a la

postura de Robert Alexy frente a los derechos fundamentales, expresando:

“Robert Alexy concluye, que debe considerarse que la libertad jurídica se amplia e incluye a los derechos sociales en su ámbito garantizado, ósea que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad” (BERNAL, C. 2005, Cap X)

Los anteriores fragmentos aclaran de forma puntual, que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados y además que los derechos humanos son derechos sociales, por lo tanto los derechos sociales también son derechos fundamentales; por otro lado debemos entender que los derechos fundamentales tienen carácter de principios.

No podemos olvidar que la salud es uno de los principales elementos de la Seguridad Social en Colombia y se rige por principios cuyo objetivo principal es garantizar los derechos que brinda el Estado. Al respecto el Magistrado de la Corte Constitucional Jorge Iván Palacio ha expresado⁹⁹ lo siguiente:

“Nuestra Corte ha dicho que el principio de universalidad significa que todas las personas en condiciones de igualdad deben estar cubiertas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud. El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias con

⁹⁹ Fragmento tomado de la Revista Corte Constitucional enero de 2010.

independencia del sector económico al que pertenezcan y sin importar el estricto orden generacional en que se encuentren, lo cual se manifiesta en el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos recursos y la obligación de la sociedad entera o parte de ella de colaborar en la protección de las personas que por distintas circunstancias estén imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. Y el principio de eficiencia hace relación a la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para asegurar la óptima prestación de los servicios de salud a toda la población colombiana”, además agrega “Concretamente, la acción de tutela se ha constituido en el mecanismo en que la mayoría de los colombianos han centrado sus esperanzas de defensa a la salud, particularmente los más desvalidos ante la dureza del Estado sobre sus pretensiones.”

2. REALIDAD DE LA SALUD.

Vemos así que la salud se encuentra protegida por Principios que muchas veces no son respetados y por esta razón se acude a la acción de tutela para exigir el respeto de estos, situación que nos invita a preguntarnos ¿la salud en Colombia es cuestión de vida o de Derecho?.

Ahora tengamos en cuenta que el

derecho a la salud no puede ser absoluto porque económicamente no podría financiar todas las necesidades de las personas en Colombia, pero por esta razón de acuerdo al principio de solidaridad y eficiencia, los recursos que se encuentran dispuestos para financiar el sistema de salud deben ser manejados de forma responsable para que de esta manera las necesidades básicas puedan ser solventadas y no se menoscaben los derechos de los colombianos porque hasta en un estado de crisis el Estado debe estar en la capacidad de solventar las necesidades básicas de salud porque de lo contrario estaría infringiendo los fines esenciales del estado. (PALACIO J. 2010).

Sin embargo, Colombia tiene la obligación de respetar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos, principio que ingresó al bloque de constitucionalidad desde la ratificación del Estado Colombiano del Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales en 1966.

En esta instancia nos preguntamos, ¿qué ocurre cuando ninguno de estos principios es respetado?, ¿qué ocurre cuando a una persona no se le presta atención inmediata en un establecimiento de salud o cuando se rehúsan a atenderla por alguna razón? Es aquí cuando los colombianos tienen que recurrir a la acción de Tutela para que su salud y su vida sean protegidos y no tengan un perjuicio irremediable

porque sus necesidades no fueron solventadas a tiempo. Y por esta razón es que la Corte Constitucional resolvió entre 1999 y el primer semestre del 2003¹⁰⁰, más de medio millón de tutelas interpuestas por colombianos que consideraron vulnerados derechos fundamentales como la educación, la seguridad alimentaria o la protección a la vida; pero una de cada cuatro de esas tutelas, fue interpuesta por ciudadanos a quienes les negaron servicios de salud básicos o vitales. De las tutelas relacionadas con el tema de la seguridad social, el 75 por ciento afecta el sistema de salud; el 18 por ciento, las pensiones y el 7 por ciento, los riesgos profesionales.

En el área de la salud, los temas que más incentivan a los ciudadanos a interponer la acción de tutela son los procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) tales como cirugías plásticas, tratamiento de enfermedades costosas, aparatos ortopédicos y medicinas no contempladas en el Plan, que en su conjunto representan alrededor del 60 por ciento de las demandas.

El 30 por ciento de las peticiones tiene que ver con procedimientos incluidos en el POS que le son negados a los pacientes y un diez por ciento por períodos de carencia (es decir la falta de semanas cotizadas para acceder a un tratamiento).

Un estudio presentado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS, revela que en el 80 por ciento de los casos los jueces les dan la razón a los ciudadanos y conceden la acción de tutela, y de ese porcentaje el 70 por ciento es confirmado por la Corte Constitucional.

“Si no hubiera sido por la tutela, quién sabe cuál habría sido la suerte de 87.300 personas en el país a quienes las aseguradoras les negaron arbitrariamente servicios asistenciales a los que legítimamente tenían derecho”, concluyó un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo que revisó las 145.360 tutelas relacionadas con salud, presentadas a la Corte a partir de 1999. Del total de esas demandas, el organismo tomó una muestra de 2.710 para establecer aspectos como causas de las tutelas, exigencias en cotizaciones mínimas y si los fallos correspondían a servicios contemplados por el POS.

Una de las mayores sorpresas con las que se encontró la Defensoría fue advertir que de esas 87.300 demandas vitales desatendidas, no sólo estaban cubiertas por el POS, sino que en un 95 por ciento de los casos los afiliados cumplían con las semanas mínimas de cotización para que les practicasen, por ejemplo, cirugías del corazón y tratamientos para el cáncer.

De acuerdo con los fallos de la Corte, la negación de los exámenes por parte de

¹⁰⁰ Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1521691> 28 de febrero de 2011.

las aseguradoras es la principal causa de tutela (20%): no autorizan desde citologías, mamografías, resonancias magnéticas, endoscopias, biopsias, hasta exámenes de laboratorio clínico. Inclusive, la vacunación infantil, que es parte del programa para la promoción y prevención, resulta en ocasiones de difícil aprobación.

La investigación de la OISS encontró también, que cada cinco minutos se interpone en Colombia una nueva acción de tutela para apelar a diversos derechos y así mismo cada día surgen nuevos argumentos para presionar algún servicio o procedimiento en la salud.

El más reciente estudio, fue presentado por la OISS, la Universidad Javeriana y el CES de Medellín indicando que:

Cerca del 80 por ciento de las tutelas se radican contra instituciones públicas y el Ministerio de Protección Social se lleva la mayor tajada.

Más del 70 por ciento de las tutelas concedidas en primera instancia son confirmadas por la Corte Constitucional.

Cerca del 80 por ciento de las tutelas instauradas son concedidas en primera instancia.

Cerca del 60 por ciento de las tutelas concedidas generan cobros al Ministerio de Protección Social a través del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

Más del 75 por ciento de las tutelas afectan al régimen de prestación de servicios de salud y en segundo lugar se afectan las pensiones.

Las anteriores cifras muestran dos cosas: La primera de ellas que hay problemas para que la gente tenga acceso al sector de la salud y para la entrega de algunos medicamentos y la segunda, que la herramienta se está utilizando para exigir y proteger derechos no contemplados en el POS, que están siendo reconocidos.

El Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) tuvo una cuenta por 70.000 millones de pesos en el primer semestre del año 2005 por concepto de acciones de tutela falladas favorablemente. Esta cifra es cada vez mayor y de seguir en aumento pondría en riesgo la estabilidad del sistema de salud.

Para el ministro de Protección Social, “es preocupante la evolución que ha tenido la utilización indebida de la tutela, ya que podría afectar la sostenibilidad del sistema”.

La ex ministra de Trabajo y directora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), Gina Magnolia Riaño, llamó la atención en que las tutelas no las pagan las EPS sino el Estado e hizo un llamado a los ciudadanos para que actuaran con responsabilidad al utilizar este mecanismo. La OISS es un Organismo Internacional creado hace 50 años y

del cual son miembros 22 países, entre ellos Colombia.

Una de las mayores preocupaciones de la OISS es que de los 70.000 millones de pesos que debe desembolsar el Fosyga por concepto de tutelas, la mayor parte se paga por procedimientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

El ministerio de protección social, avala la tutela como un instrumento importante para defender los derechos de los ciudadanos, pero es enfático en afirmar que hay que ejercer control sobre su uso.

Por otro lado, la Revista Médico Legal presenta en la edición N° 25, en entrevista al equipo de La División Científica de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE)¹⁰¹, un balance general sobre las principales causas de demanda de los profesionales de la salud en el año 2004. Las cifras muestran que entre el 40 y el 60% de las demandas no se diligenció el consentimiento informado, en un 70% de las demandas no se evidenciaron errores por responsabilidad. El consolidado general, teniendo en cuenta sólo el número de demandas totales, permitió concluir que los médicos generales son los más demandados, les siguen los ginecobstetras, los cirujanos generales y los anestesiólogos.

En Colombia, según investigaciones realizadas por el Fondo para Auxilio

Solidario de Demandas (FEPASDE), diariamente son demandados dos profesionales de la salud y en los últimos cinco años los tiempos de presentación de una demanda después de presentarse un evento adverso han disminuido, esto se debe a que los pacientes tienen más conciencia de sus derechos.

La experiencia del Fondo en doce años de estudio de su propia casuística, le ha permitido concluir que una de las principales razones para la presentación de demanda es la dificultad que se presenta en el actual sistema de atención en salud: los modelos de atención al usuario, el manejo de un alto volumen de pacientes por día, la imposibilidad de permitirse un tiempo óptimo de atención y consulta al paciente, y la falta de recursos físicos y humanos en algunas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

Según el Jefe del Departamento Científico de la SCARE, otro de los factores que contribuye a la generación de demandas es la deficiente comunicación médico-paciente, su experiencia en el estudio y revisión de los casos del Fepasde, lo ha llevado a concluir que la forma como está concebido el modelo de atención contribuye a que los procesos de comunicación no sean los adecuados.

Las fallas de este tipo se presentan en situaciones en las cuales se dedica poco tiempo para la comunicación con el paciente, hay falta de habilidades

¹⁰¹ Información disponible en <http://www.consultorsalud.com/biblioteca/Ciencia/Demandas%20contra%20profesionales%20de%20la%20Salud%20-%20Articulo%20Importante.pdf> 28 de febrero de 2011.

comunicativas con los familiares en momentos críticos. Para la División Científica de la SCARE, en los casos estudiados se pudo comprobar que el 70% de las historias clínicas son de regular calidad y entre un 40 a 60% de las mismas no se diligenció el consentimiento informado. Estas deficiencias en la mayoría de los casos dificultan la defensa de los profesionales de la salud.

Otras causas de reclamo son aquellas lesiones producto de los riesgos y complicaciones propias de los procedimientos y tratamientos a los que es sometido el paciente. Estas circunstancias, si no son explicadas con claridad, después pueden convertirse en motivo de demanda. En el último año, el acumulado total de demandas contra profesionales de la salud del Fepasde permite concluir que la especialidad más demandada es la medicina general, con un porcentaje del 23 por ciento del total de demandas, en segundo lugar, está la ginecobstetricia con el 20%, le sigue, la cirugía general con el 10%, y la anestesiología con el 9%. Esto significa que el 62% de las demandas del Fondo se distribuyen en estos profesionales.

Cabe aclarar, que aun cuando en número de demandas los médicos generales, los ginecobstetras y los anestesiólogos superan a otros especialistas, son los neurocirujanos, los cirujanos plásticos, los oftalmólogos, los ortopedistas y los urólogos quienes concentran el mayor riesgo de demanda. Por ejemplo, del

número de neurocirujanos afiliados al Fondo, el 43% ha sido demandado.

Los más demandados son los médicos generales, las causas de demanda contra estos profesionales se derivan principalmente de la naturaleza de su trabajo en las IPS, en donde deben atender distintos frentes como por ejemplo: la atención en urgencias, hospitalización, consulta externa, entre otros. Por ésta razón, un médico general en el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) debe mantenerse en permanente entrenamiento y actualización para responder al medio en el que está inmerso, disminuyendo el riesgo de que se presenten dificultades.

En las demandas presentadas contra ginecobstetras y cirujanos generales se observa que las complicaciones a los pacientes son atendidas por especialistas que inicialmente no tenían control ni seguimiento de los casos, evidenciando la falta de cumplimiento de la política médico tratante.

En el caso de los ginecobstetras, la principal situación por la cual se generan reclamaciones ocurre durante el control del embarazo y la atención del parto. Otros cuadros clínicos en los que se genera demanda, lo constituyen las cirugías cesáreas de urgencias y la delegación de funciones propias de su especialidad en personal no idóneo.

La cirugía general es la tercera

especialidad más demandada debido a las complicaciones que se presentan durante y después de la cirugía. De las demandas a estos especialistas se encuentran errores en el 32%, en donde en el proceso legal, el Juez, es quién finalmente determina el grado de culpabilidad.

La cuarta especialidad con más demandas es la anestesiología, el 48% de las demandas contra estos profesionales son de tipo penal. Según el equipo de la División Científica de la SCARE, los estudios de la Sociedad Norteamericana de Anestesia muestran que el 69% de los casos en que se presenta demanda los pacientes corresponden a la clasificación de estado físico ASA 1 o 2, en el caso de Colombia las demandas en estos dos grupos de pacientes alcanzan el 85%.

Según datos del Fepasde en el 18% de los casos de demanda, el problema que presentó el paciente no tenía relación con el acto anestésico.

La segunda causa más frecuente de tutelas es la renuencia de las aseguradoras a aprobar cirugías (17%) como las cardiovasculares, de oftalmología (inclusive las de cataratas), ortopedia y traumatología (especialmente trasplantes de rodillas e implantes de cadera).

La tercera causa de tutelas es la reclamación por tratamientos especialmente para enfermedades de alto costo como las cardiovasculares,

sida y cáncer que, al mismo tiempo, están motivando en los últimos dos años una cascada de acciones judiciales por el no suministro oportuno de medicamentos, según la Defensoría.

Al analizar las regiones y empresas más tuteladas, la Defensoría identificó que el 36,4% de las demandas fueron presentadas en Antioquia, seguidas del Valle (12%) y Bogotá (5%) y las EPS más afectadas por las tutelas fueron las públicas: Caprecom, Cajanal y Seguro Social, y entre las privadas Salud Vida y Solsalud.

En el año 2005, se pusieron de moda las tutelas “Maradona” y la “Efecto Wyeth” y se asume que dispararon el incremento de las demandas para el sector de la salud.

La primera de ellas surgió luego de que el ex futbolista argentino Diego Armando Maradona visitó Colombia para practicarse la cirugía del “bypass” gástrico para reducir el peso, la cual se trata de una operación laparoscópica que consiste en hacer una reducción del estómago con una derivación al intestino a través de un puente gástrico.

El procedimiento lleva a que el paciente tenga una sensación de saciedad lo cual facilita que se ingiera una menor cantidad de alimentos, y disminuye la capacidad de absorción de lo que se ingiere por el sistema digestivo. Esta cirugía se ha convertido mundialmente en una de las más usuales para el tratamiento de la obesidad.

En Colombia esta cirugía no está cubierta por el sistema de seguridad social. Sin embargo ya se conoce de 14 personas que han instaurado acción de tutela contra las EPS para exigir que se les practique este procedimiento para solucionar los problemas de sobrepeso y regular el sistema alimenticio. Se le conoce en el medio como “tutela Maradona” y cada vez llegan a los juzgados nuevos casos.

La otra tutela de moda es conocida como “Efecto Wyeth”. Con esta se busca que el Estado incluya la vacuna del Neumococo en el calendario de vacunación cubierto por el POS.

Las denuncias se dispararon luego de la aparición de un comercial de televisión, en el que se llama la atención sobre la necesidad de vacunar a los niños menores de cinco años contra esta enfermedad. En el comercial aparece una mujer junto a una cuna vacía, llorando porque perdió a su hijo por falta de la vacuna.

Es evidente que los fallos de tutela han generado políticas públicas en torno a la protección del derecho a la salud pues, como consecuencia de estos, se han expedido reglamentaciones, caso de la ampliación del listado esencial de medicamentos en varias oportunidades mediante la modificación de los acuerdos que los regulan, y una interpretación lógica de esta actuación es la de tomar en serio la fuerza normativa de

la constitución y la de cada uno de sus preceptos incluidos aquellos que consagran derechos de prestación y probablemente esto ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a reconocer un cierto carácter fundamental de derechos de prestación consagrados cuando del propio texto constitucional se encuentren excluidos del tradicional listado de derechos de libertad como fórmula de garantía de unos mínimos existenciales exigibles frente al Estado y necesarios para la real eficacia de los derechos fundamentales dentro del marco del estado social de derecho ¿O puede afirmarse que, si bien la Constitución consagró los derechos a la seguridad social y a la salud en la gama de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado no está en la posibilidad de garantizarlos? ¿Sus principios de universalidad, eficiencia y solidaridad quedan entonces sometidos a que sean garantizados vía tutela?¹⁰²

Es importante tener en cuenta, que este es un tema que debe entrar a debate para analizar qué está pasando con el acceso al sistema de salud y por qué los ciudadanos tienen que recurrir a la Acción de Tutela para hacer cumplir sus derechos. Además se debe contemplar la posibilidad de crear una jurisdicción de la seguridad social como existe en otros países, para que jueces con conocimiento del tema puedan dar resolución a estas acciones de tutela, ya que la mayoría de ellas se interpone ante los juzgados penales del circuito y allí llegan todo tipo de casos.

¹⁰² Alba Lucía Vélez. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud? En Colombia Médica. Vol. 36 N° 3, 2005 (Julio-Septiembre).

3. CONCLUSIÓN

En conclusión, existen en el ordenamiento jurídico Colombiano, mecanismos eficaces que permiten el reconocimiento al ciudadano de los derechos que le asisten como usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Desafortunadamente, en este país para las EPS, IPS y ARS, los usuarios se han convertido en “clientes” y en muchos casos, sólo se tiene en cuenta el ingreso de recursos sin importar la calidad del servicio de salud que se pueda ofrecer según el manejo que requiera el paciente, teniendo entonces una fundamentalidad procesal pero sólo de orden formal (ALEXY, Robert, 2003).

La capacidad normativa del derecho no ha sido suficiente para transformar el sistema precario de salud que deben enfrentar la mayoría de colombianos, esto sin embargo, no implica que las normas estén mal hechas, estas, pueden ser condición necesaria pero no suficiente para regular el amparo a los derechos fundamentales, mas cuando son estos de carácter general como los sociales, económicos y culturales¹⁰³, es el caso de nuestro derecho a la salud y el sufrimiento que de este se ha desplegado.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert, (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia.

ARREDONDO A. and Parada I. (2001). Economic analysis of health care decentralization in Latin American countries: information for health planning and financing. *International Journal of Health Planning and Management*. Vol. 26, 3.

BERNAL, Pulido Carlos (2005). El derecho de los derechos. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia.

BOTERO, Catalina (2002). La acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano.

BRAULIO, Mejía. (2000). Auditoría Médica para la Garantía de la Calidad en Salud, Tercera edición. Ed. ECOE Bogotá.

CASTELLANOS MI, Pinto N. (2004, 30 septiembre a 1 de Octubre). *Recobros por tutela y medicamentos no POS en SGSSS. Proyecto UPC POS (PARS-MPS)*. Ministerio de Protección Social. *En: Encuentro Nacional de Investigación en Salud Pública*. Cali.

Corte Constitucional (2010), Revista Corte Constitucional enero de 2010.

¹⁰³ Utilizamos el termino derechos fundamentales para todos aquellos que por su relevancia respecto de la dignidad humana son reconocidos en un marco superior, es decir la constitución, y en este orden de ideas se abarcarían, los derechos individuales (tutelables), sociales, económicos y culturales y los colectivos y del medio ambiente.

CULLIS I.G., West P.A. (1979). "The economics of health: an introduction", Martin Robertson, cap. 1 y 2.

DUNLOP D. y Zubkoff M. (1990). «Inflación y comportamiento del consumidor». Costos, Demanda y Planificación de Servicios de Salud, OPS-WHO., pp: 221-261.

Defensoría del pueblo. (2003). Estudio de la Defensoría del Pueblo. Primera Encuesta Nacional de Calidad en Salud Percibida por los Usuarios. Bogotá, Colombia.

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. (2004). Análisis de las estadísticas sobre acciones populares y derechos colectivos. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*, III: 29. Legis Editores S.A. Bogotá.

HURST J. (1990). «Planificación y costos del hospital» en: Costos, Demanda y Planificación de Servicios de Salud.

MUSHKIN SJ. (1999). Health as an investment. *Jou Pol Economy*. 1962;5(2):129157. Mills A. and Gilson L., "Demand, Supply and the Price.

PRESCOTT N. y Warford J. (1990). «Evaluación Económica del sector salud». Análisis de Costos, Demanda y Planificación de Servicios de Salud.

TOBO, Javier (2006). La Corte Constitucional y el control de Constitucionalidad en Colombia. Bogotá. Ed. Ibañez.

RAMÍREZ, A., (1990). «El mercado de servicios médicos» en: Costos, Demanda y Planificación de Servicios de Salud.

República de Colombia. Ministerio de Protección Social. (2003). Ministerio de Protección Social *Programa Nacional de Salud (2002-2006)*, Bogotá.

VÁSQUEZ Ferreyra. (1993). Los Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina, 1ra edición colombiana. Biblioteca Jurídica, Bogotá.

QUINCHE Manuel, (2008). Derecho Constitucional. Bogotá. Ed. Ibañez.

UPRIMNY, Rodrigo. (2006)./ Hay que mantener la Tutela contra sentencias/, tomado de internet el 5 de mayo de 2006. www.viva.org.co/cajavirtual/SVC0035/articulo01.pdf.

UPRIMNY, Rodrigo. (2005). y GARCÍA Mauricio. La reforma a la tutela ¿Ajuste o desmonte?. Tomado de internet el 2 de febrero de 2006. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicación.

YOUNES, Diego. (2006). Derecho Constitucional Colombiano. 8ª. Ed. Ibañez. Bogotá.