
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial	
de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías:	
notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales,	
esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales	
sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional	
del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional	
de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina

Diego López Medina

1. La salud como “sistema” y como “derecho”: bases de una micronegociación constitucional: 1.1. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia; 1.2. El problema de los costos del sistema de salud; 1.3. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales. 2. El desarrollo jurisprudencial: 2.1. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentación del derecho a la salud (1992-1993); 2.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993; 2.3. La tercera etapa jurisprudencial: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial; 2.4. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud; 2.5. La desjudicialización de la salud en la legislación y jurisprudencia recientes. 3. Conclusiones. Bibliografía.

1. La salud como “sistema” y como “derecho”: bases de una micronegociación constitucional

La historia del sistema de salud colombiano sufre una transformación radical en el periodo 1985-1993, básicamente en el mismo periodo de reforma constitucional que culminaría con la vigente Constitución Política de 1991. Du-

rante estos años nace, madura, se desarrolla y, finalmente, triunfa un movimiento de origen predominantemente tecnocrático¹ que busca una reforma de fondo del sistema de salud hasta entonces imperante en Colombia. Desde finales de la década de los ochenta se llegó a aceptar de manera mayoritaria que el sistema de salud imperante era profundamente inequitativo, segmentado e ineficaz (Londoño, 1987). En ello concordaba la opinión pública no organizada (que sufría directamente las consecuencias del sistema), así como la literatura técnica que sobre el punto se estaba produciendo. Como consecuencia de lo anterior el “sistema de salud” colombiano, debía cambiar organizativa y financieramente, lo cual finalmente se logró de manera secuencial con la expedición, primero, de la Ley 10 de 1990 y, luego, con el Libro II de la Ley 100 de 1993² en la cual, finalmente, se consagraron las líneas centrales del llamado modelo de “pluralismo estructurado” en salud que el Banco Interamericano de Desarrollo había impulsado en toda la región como alternativa técnica y política a los sistemas hasta entonces existentes. Debe anotarse, además, que en la mitad de este proceso técnico y político, Colombia también modificó su Constitución Política. En ella se dinamiza de forma muy importante la concepción de los “derechos fundamentales” que la ciudadanía debía disfrutar, así como los mecanismos para su defensa. Al momento de su expedición, no era claro, sin embargo, el impacto que los derechos tendrían en subsistema como la salud y si, por ejemplo, los derechos sociales habrían de ser considerados fundamentales para su protección judicial directa. La reforma a la salud y el cambio constitucional están interrelacionados de alguna manera, pero, debe insistirse en la relativa autonomía en que ambos procesos se desa-

1 Por oposición a los procesos de creación o reforma normativa que tienen origen en movimientos sociales amplios. En materia de salud, las dinámicas sociales que contribuyen a la materialización de derechos de la población se han quedado rezagadas. Ha surgido, en cambio, un escenario institucional para facilitar la interacción entre los usuarios del servicio de salud, el Estado, y las entidades públicas y privadas a cargo de la prestación de los servicios. La Ley 10 de 1990 estableció la necesidad de crear “formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud, que aseguren la vigencia de los principios de participación ciudadana y participación comunitaria” (art. 1º). Con todo, la distancia entre el discurso y la realidad todavía es apreciable, pues la participación ciudadana corre el riesgo de convertirse en un requisito formal que las administraciones municipales deben cumplir sin contar con los recursos técnicos y la voluntad política para poner en marcha dicho componente del sistema.

2 Artículos 152 y ss.

rollaron. La “micronegociación” del sistema de salud, pues, no dependía de forma automática de la “transacción fundante” del 91, aunque era evidente que la salud era una de las principales preocupaciones que los derechos fundamentales y las políticas del bienestar tenían que encarar.

La salud, pues, se desarrolla en dos vertientes interrelacionadas pero relativamente autónomas: de un lado, la salud es una política pública del Estado que se expresa en un “sistema de salud”, es decir, es un conjunto de instituciones, reglas y recursos en los que se articula de manera explícita el circuito financiación-prestación de la salud para los miembros de una comunidad. Desde el punto de vista del sistema a la salud, prevalece el análisis de la interrelación entre sus actores y la sostenibilidad futura del sistema. Desde otro punto de vista, sin embargo, se empezó a hablar crecientemente del “derecho a la salud” como el conjunto de reclamos que podían hacer válidamente los ciudadanos individuales frente a su sistema de salud, a partir de la propia Constitución y del desarrollo que este mismo derecho ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y observado desde la temática del “derecho a la salud”, prevalece una visión más individual de la cuestión, enfocada en el disfrute personal de derechos para el caso concreto y en la resolución autoritativa de conflictos al interior del sistema.

Se aspira, por supuesto, a que el “sistema de salud” vuelva realidad de la forma más completa posible las exigencias que, desde el plano jurídico, moral y político, hace el “derecho a la salud”. Pero este deseable isomorfismo entre “sistema” y “derecho” no es siempre completo: pueden darse, como en efecto se han dado, tensiones importantes entre el “sistema de salud” (tal y como quedó diseñado en la Ley 100 de 1993) y el “derecho a la salud” (tal y como ha sido interpretado por los jueces constitucionales a partir de la Constitución y de los documentos internacionales). Estos isomorfismos incompletos entre Constitución y ley, entre derechos fundamentales y subsistemas sociales son, en mi opinión, estructuralmente similares a todo lo largo del derecho constitucional colombiano. Es por eso que, con el estudio de uno de ellos, en este caso la salud, podremos obtener una visión analítica muy amplia para entender el resto de “micronegociaciones” que la Constitución de 1991 ha generado en su todavía corto tiempo de existencia.

Así, pues, en su calidad de política pública, la salud ha tendido a caer dentro de la órbita de experticio de economistas, salubristas, politólogos y,

por supuesto, de políticos; como derecho fundamental, de otro lado, el tema ha tendido a desarrollarse dentro del marco de la ciencia jurídica. Entendido este como una política pública, se prefiere hablar del “sistema de salud”; desde la perspectiva jurídica, en cambio, prevalece la denominación “derecho a la salud”. Se empieza a tejer así una trama en la que derecho y economía tienen cosas que decir, pues la protección de quienes presentan un reclamo ante la judicatura (algo que les interesa a los abogados), depende de la existencia de formas de financiación que garanticen la prestación eficiente y sostenida de los servicios requeridos (asunto que preocupa a los economistas, administradores y médicos). Entre nosotros, sin embargo, esta discusión ha creado una aparente brecha disciplinar en la que los argumentos esgrimidos por los juristas y los jueces, suelen contraponerse a las consideraciones formuladas por los economistas y los diseñadores de políticas públicas.

1.1. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia

La reforma al sistema de salud en Colombia no nació estrictamente ni con la Asamblea Constituyente, ni con el texto consagrado a la culminación de sus sesiones en el artículo 49. El actual sistema de salud no es una deducción inexorable de ese texto. La reforma al sistema de salud, de hecho, ya se había iniciado con anterioridad, como lo prueba la expedición de la Ley 10 de 1990. En los debates de la Asamblea Constituyente se tomó nota de la marcada tendencia incorporada en la Ley 10, pero se adoptó una cierta (y por demás saludable) indiferencia con relación al modelo concreto de “sistema de salud” que el país debía adoptar³. En el tema de la salud, pues, el constituyente adoptó algunos principios y reglas generales pero no quiso constitu-

3 Las discusiones sobre el derecho a la salud, desarrolladas en la Asamblea Constituyente y, finalmente, plasmadas en el texto del artículo 49 C.P., se estructuraron a partir del análisis de los subsectores en los que se dividía la prestación de servicios de salud, el costo de dichos servicios y su nivel de cobertura. No hay registro de posturas específicas que aconsejaran un modelo de organización específico público, privado o mixto. Antes bien, en esta materia se quiso establecer una serie de principios generales y amplios que se sustentaban en una impresión común: “los inconvenientes para la transformación y ampliación del sistema de salud no son tanto de orden financiero, como de voluntad política para el cambio y de administración racional, eficiente y honesta” (Gaceta Constitucional 85, p. 3). Sobre el desarrollo del artículo 49 C.P. en la Asamblea Constituyente pueden consultarse las gacetas 56, 51, 53, 85, 109, 113, 127 y 142.

cionalizar de forma definitiva ningún modelo en particular⁴. Los sistemas de salud se mueven en rangos muy amplios que van desde el monopolio total del Estado hasta sistemas de auto-suministro de salud completamente privados y optativos⁵. El artículo 49 no constitucionalizó el “pluralismo estructurado”, pero sí dejó consagradas algunas reglas que eran fundamentales para su implementación, como aquella que permitía la participación del sector privado en la configuración del sistema. Esta participación era fundamental para la implementación del “pluralismo estructurado”, ya que este busca, explícitamente, la articulación de las mejores características de sistemas altamente estatizados y de sistemas altamente flexibles de mercado (Londoño, 1987: 17). Por estas razones, el modelo de “pluralismo estructurado” ha sido calificado como “centrista” (desde el punto de vista político), frente la discusión, que se juzga anticuada, en la que se oponen ideológicamente el “estado” versus el “mercado” (Londoño, 1987: 23). A pesar de ello, algunos sectores sociales y comentaristas constitucionales (y, con ellos, parte de la opinión pública) continuaron idealizando la prestación monopólica de la salud por parte del Estado, como ocurre, por ejemplo, en Cuba o en el Reino Unido (González, 2005). Desde este punto de vista, juzgan que la consagración de derechos en la Constitución de 1991 fue *falsamente* progresista, ya que mediante (i) la autorización de participación del sector privado, y (ii) la calificación de los mecanismos de prestación de derechos como “servicios públicos”⁶ se abrió espacio para la “privatización” de la salud en Colombia⁷. Según este punto de vista, la única manera de asegurar el derecho a la salud

4 Véase, Horst Ehmke, *Economía y Constitución*. En: http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13_horstehmke.htm#93

5 Estos modelos son tipos ideales porque ningún país tiene un modelo puro, así tengan tendencias muy marcadas: en el derecho comparado puede verse la descripción de modelos diversos de seguridad social en salud, discutidos por Carrasquilla (2008) y por Londoño y Frenk (Londoño, 1987) en este punto.

6 Y no como “función pública”, con lo que se hubiese hecho obligatoria, según ellos, el monopolio estatal dentro del sistema de salud. Ver al respecto los argumentos de Víctor Manuel Moncayo (Moncayo, 2004) y Adriana González (González, 2005).

7 Argumentos idénticos han hecho los críticos para denunciar la privatización de funciones que deberían ser, en su opinión, exclusivas del Estado, como la provisión del derecho a la seguridad social o la labor de impartición de justicia. En tales casos, según se argumenta, la Constitución volvió “servicio público” lo que debió seguir considerando como “función pública”.

de manera equitativa y eficiente es mediante el suministro estatal único, en el que se centraliza toda la operación del sistema de salud. Esta opinión, sin embargo, contrasta notoriamente con la evaluación técnica y política que sobre dichos esquemas tenía la comunidad de salubristas y economistas durante la década de los noventa⁸. La Corte Constitucional, de otro lado, ha avalado en repetidas ocasiones la coparticipación privada y pública en el Sistema Nacional de Salud⁹.

1.2. El problema de los costos del sistema de salud

El propósito fundamental del sistema de la Ley 100 de 1993 fue el de hacer frente a una creciente demanda en salud debido a nuevas “presiones epidemiológicas” que ya se estaban manifestando en el país y, de manera más amplia, en la región (Londoño, 1987: 4). Mientras que tales desafíos epidemiológicos aumentaban, también se constataba la enorme inequidad (todavía existente) en la prestación del servicio. Según los diagnósticos previos a la reforma de la Ley 100, el sistema colombiano estaba profundamente segmentado por clases sociales: los ricos, de un lado, tenían recursos para cubrir sus propias necesidades. De otro lado, las clases medias asalariadas disfrutaban de una cobertura por medio de los múltiples esquemas de seguridad social vinculados al trabajo, de los cuales el Instituto de los Seguros Sociales, ISS, era tan solo el mayor proveedor dentro de una marea corporativista y asociacionista de cajas y fondos de previsión social. Finalmente estaban las clases bajas, no vinculadas al trabajo formal y sin capacidad de ahorro para la cobertura autónoma de sus propios riesgos en salud. De esta manera, el sistema resultaba segmentado, inequitativo, ineficiente y de bajísimos niveles de cobertura poblacional.

Desde el punto de vista del “sistema de salud”, la propuesta del “pluralismo estructurado” buscaba dos objetivos fundamentales: en primer lugar,

8 Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. «Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina.» Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253, 1987.

9 Ver, por ejemplo, las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y todas las demás que entran dentro de sus sombras decisionales. Al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, “ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público (...). Así está diseñado el sistema” (SU-480 de 1997).

el alcance de la cobertura universal en salud, entendida como una necesidad de la democracia política contemporánea¹⁰. Para ello, sin embargo, era necesario articular de una manera mucho más eficiente a los diferentes prestadores de salud: de la profunda segmentación, con múltiples regímenes legales dispersos de atención en salud, se pasó a un esquema unificado de cobertura en el que podían participar muchos actores sociales, pero básicamente sobre el mismo esquema de financiación y con el mismo paquete de prestación del servicio. El sistema, pues, continúa siendo complejo, pero las reglas para todos los actores son unificadas y articuladas en el mismo circuito de financiación-prestación.

Del otro lado, sin embargo, la cobertura universal no se puede lograr sin la contención de costos al interior del sistema. Un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de “todo para todos”. Las demandas individuales y subjetivas de salud son particularmente intensas y posiblemente irracionales: frente a la enfermedad (y especialmente si es grave) todo el mundo quisiera que se agotaran todos los mecanismos de recuperación de la salud, incluyendo, por supuesto, los que son experimentales, hipotéticos y, además, sin que operen restricciones significativas de costos para el proceso de toma de decisiones. De manera que, la primera y la más importante de las estrategias de “contención de costos” es el hecho de que el paquete básico universal asegurado a todo el mundo sea finito, esto es, establecido en una lista bajo la técnica de *numerus clausus*. Con ello se busca frenar las fuerzas que llevan a médicos y pacientes (pero particularmente a los últimos) a asumir gastos innecesarios e irracionales con el propósito de recobrar la salud.

El método central de contención de costos es la definición limitada del paquete de servicios que se ofrece a todas las personas vinculadas al sistema. Con estos recursos, se le permite a las empresas promotoras de salud (EPS) que funcionen como articuladores entre la demanda y la oferta de servicios

10 “Otra presión emergente para la población es la expansión de la democracia en todo el continente, misma que probablemente conducirá a crecientes presiones políticas por mejores y más diversificados servicios en la medida en que las sociedades incorporen la atención a la salud como parte de sus derechos básicos de ciudadanos” (Londoño, 1987). Para corroborar este punto, véase al respecto el estudio de derecho comparado con relación al derecho a la salud en las Américas de la OPS (Fuenzalida, 1989).

de salud. Por cada afiliado a las EPS, y de manera independiente al monto de los descuentos efectivos de nómina que se le hayan hecho a los afiliados, las EPS reclaman al articulador financiero del sistema¹¹ un pago que se denomina “unidad de pago por capitación” (UPC) y con el cual se obligan a prestar, a ese afiliado, los servicios de salud contenidos en el POS. Las EPS están obligadas, como prestadoras del servicio, a lograr una adecuada contención de los costos. El sistema de incentivos de la Ley 100 les asigna conscientemente ese papel. ¿Cómo opera el incentivo? De la siguiente manera: a una EPS se le paga lo mismo por cada persona que atiende, independientemente del nivel de servicio que exija o demande su condición de salud. El pago que reciben las EPS está basado en estudios epidemiológicos que predicen los porcentajes de prevalencia de patologías dentro de una determinada población. Estas entidades, por tanto, tienen el deber de distribuir los recursos entre las diferentes necesidades de los individuos particulares, dando más recursos para las personas que así lo requieren. Para lograr esta distribución, el sistema incentiva a las EPS para que sean compradores cautos de servicios a nombre de los consumidores o, de otra manera, para que moderen la ansiedad individual de los pacientes de ser “sobre-tratados” ante la presencia de la enfermedad. En otros sistemas de salud donde la distribución de recursos se hace por el número efectivo de prestaciones otorgadas, el incentivo económico, obviamente, impulsa a que se ordenen el mayor número de tratamientos, exámenes diagnósticos, medicamentos y terapias. En este tipo de sistemas, el ingreso del prestador de servicios de salud está directamente ligado al nivel de facturación de su práctica. Esta estructura de incentivos, por supuesto, termina generando con el tiempo la explosión de costos, el aumento de los precios de entrada para los ciudadanos y, finalmente, la desafiación escalonada (empezando por los más pobres) del sistema de salud¹². Estas razones han bastado, en general, para desacreditar la eficiencia de este tipo de sistemas.

Ahora bien: ¿cuál debe ser el tamaño del paquete básico de servicios de salud que el sistema debe suministrar a todos sus vinculados? Esta es una pregunta técnica, si se quiere, pero el comienzo de su respuesta arranca con

11 Que en el caso colombiano se denomina Fosyga.

12 Este es el diagnóstico que se hace del sistema de salud de los Estados Unidos en este momento (Hyman, 2006).

algunas consideraciones básicas de filosofía política y de teoría de la justicia que se debatieron explícitamente en el proceso de estructuración del sistema. En primer lugar, está la cuestión de la equidad social: el sistema está dominado por una ideología altamente igualitarista que muestra, quizá sorprendentemente, una profunda socialización de la salud. En él opera el principio “lo mismo para todos”¹³, según el cual la cobertura básica de salud debe ser adecuada e idéntica para todos, con independencia de las fuentes de ingreso y de la capacidad individual de gasto de los individuos. En ese sentido, el “derecho a la salud” que el sistema distribuye debe ser idéntico para todos, ricos o pobres. Esta máxima igualitaria, sin embargo, podría ser entendida (como en efecto lo ha sido) como una estrategia de redistribución de la “misericordia” por vía de un plan obligatorio de salud (POS) de muy bajos estándares (González, 2005).

Ahora bien, “lo mismo para todos” debe tener, al mismo tiempo, un buen nivel técnico y profesional de cobertura de salud. Traducido a principios e ideas de justicia, el POS debía lograr “la formulación de un paquete de intervenciones esenciales como un instrumento de política central. La palabra ‘esenciales’ es clave, y debe diferenciarse en forma tajante de los adjetivos ‘mínimas’ o ‘básicas’. El paquete esencial no se basa en el principio de ‘lo indispensable para los pobres’, sino *más bien en el de ‘lo mejor para todos’*. De hecho, este paquete está integrado por aquellas intervenciones que los análisis de costo-efectividad han destacado como la mejor inversión para la salud. Por lo tanto, constituyen el núcleo de la universalidad, es decir, el conjunto de intervenciones a las que toda persona debe tener acceso, independientemente de su capacidad financiera o situación laboral. Este nuevo tipo de universalidad, orientada por análisis explícitos de costo-efectividad y aceptabilidad social, evita las trampas de la universalidad clásica, *cuya promesa de ‘todo para todos’* ha dado pruebas de ser insostenible incluso en los países más ricos. En este sentido, el análisis de costo-efectividad es mucho más que una herramienta tecnocrática, ya que

13 Este principio es cierto, aunque las inequidades todavía permanecen: para personas sin capacidad de ahorro, la oferta de servicios del sistema es un techo insuperable y, por tanto, la calidad del mismo repercute directamente en su salud. Para personas con capacidad de ahorro, de otro lado, las prestaciones básicas del sistema son “superables” mediante el pago privado de servicios adicionales. La socialización es incompleta, pero en todo caso hay progresividad: la gente paga precios diferentes (un porcentaje de sus sueldos) para acceder al mismo paquete. El impacto redistributivo de este diseño es evidente.

representa un medio, científicamente fundamentado, éticamente sólido y socialmente aceptado, de lograr la asignación óptima de los recursos para la salud. Por lo tanto, un paquete esencial promueve la equidad tanto como la eficiencia de asignación de recursos” (Londoño, 1987).

1.3. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales

Esta larga digresión por el “sistema de salud” es fundamental para entender, con algún nivel de precisión, el significado contemporáneo de la Constitución colombiana. Los abogados afirmamos que la Constitución adquirió poder normativo directo para la adjudicación de casos: en ese sentido, las áreas del derecho recibieron el marcado impacto de un proceso de constitucionalización. En el análisis que sigue, trataremos de ver, en concreto, cómo se ha dado esa constitucionalización en el derecho a la salud.

El primer punto que hay que anotar es el siguiente: la labor de la jurisprudencia constitucional arranca en Colombia con *anterioridad al establecimiento y pleno funcionamiento del sistema de salud de la Ley 100 de 1993*. La Corte crea una serie de precedentes en los años de 1992 y 1993 que luego serán fundamentales en su evaluación sobre el sistema de la Ley 100. El segundo punto central se trata acerca de que esta jurisprudencia anterior a la Ley 100 resultó luego fundamental para definir el papel que los jueces terminarían jugando en la “modulación”¹⁴ general del sistema de salud. Aunque los jueces no fueron explícitamente contemplados en la Ley 100 como integrantes de la función de modulación del sistema, era apenas natural que lo terminaran siendo. Los conflictos de interés en salud resultaron ser fácilmente

14 Para Londoño (1997) “todo sistema de salud tiene que desempeñar una serie de funciones cruciales que pueden agruparse bajo el término “modulación”. Este es un concepto más amplio que el de regulación. Implica establecer, implantar y monitorear las reglas del juego para el sistema de salud, así como imprimir en este una dirección estratégica. El establecimiento de las reglas del juego es un proceso delicado en el que es necesario equilibrar los intereses de los diversos actores. Con demasiada frecuencia, esta función se ha descuidado, particularmente en aquellos sistemas de salud en los que el Ministerio de Salud dedica la mayor parte de sus recursos humanos, financieros y políticos a la prestación directa de servicios”.

judicializables¹⁵ y justiciables¹⁶. Los organismos explícitamente comisionados para la modulación de tales conflictos no mostraron la capacidad técnica y operativa para resolverlos¹⁷. Por estas razones, los jueces pasaron a jugar el rol de modulación que la Ley 100 concedía al Estado, en general, sin llegar a pensar que, en realidad, la terminarían desempeñando los jueces constitucionales. Las razones de este fenómeno son varias: en primer lugar, fue evidente que la Superintendencia Nacional de Salud no contó con la capacidad técnica para cumplir como conciliador o adjudicador de las disputas al interior del sistema. Su preocupación fundamental se focalizó en cumplir con las funciones tradicionales de vigilancia y control en las entidades reguladas, pero nunca pudo asumir seriamente la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores. La dualidad de funciones y su completa inexperiencia institucional como adjudicador contaron, pues, como factores. Finalmente, la Supersalud también exhibió una baja capacidad de gestión local: el sistema de salud ciertamente se piensa en Bogotá, pero la prestación de sus servicios es necesariamente local y desconcentrada. El sistema es uno, pero el nivel de conflictos que genera es masivo y local. Muchos de los conflictos originados tienen una estructura típicamente dual, donde un usuario se enfrenta a la EPS por discrepancias en la prestación del servicio, en su calidad, en su oportunidad, etc., etc. Por consiguiente, un organismo de supervisión como la Superintendencia, no estaba preparado para lidiar con este tipo de conflictos. Por las características estructurales de los conflictos dentro del sistema de salud, era relativamente razonable que los jueces se convirtieran en árbitros de éstos¹⁸.

15 La “judiciabilidad” de un conflicto consiste en la facilidad con la cual las partes interesadas pueden traerlo ante conocimiento de un juez para que lo dirima.

16 La “justiciabilidad” de un conflicto radica en los poderes y habilidades que tiene la rama judicial para dictar sentencia sobre un conflicto de manera que dicha intervención es considerada como técnicamente competente y políticamente legítima dentro de un determinado subsistema social.

17 En la exposición de motivos del proyecto de Ley 2ª de 2006 (Cámara) (Gaceta del Congreso 249/2006) el Ministerio de la Protección Social reconoció que se hacía “[...] necesario fortalecer el componente de inspección, vigilancia y control del sistema con énfasis en funciones de control, la introducción de sistemas orales o abreviados de procesamiento sin perjuicio de garantizar el derecho al debido proceso”.

18 Esta incapacidad adjudicativa no es exclusiva de la Superintendencia Nacional de Salud. Es claro, por ejemplo, que también la padece la Superintendencia Financiera que tampoco cumple adecuadamente con sus funciones de protección al consumidor. Cuando ello ocurre así, la demanda de

2. El desarrollo jurisprudencial

2.1. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentalización del derecho a la salud (1992-1993)

En Europa, de otro lado, los derechos sociales llevaron a la implementación de amplias estructuras administrativas y financieras de Estado-Bienestar que cumplieron, con relativo éxito, la función de aseguramiento social que la visión constitucional exigía de ellas. Los derechos se tradujeron rápidamente en sistemas administrativos autónomos. En América Latina, por otra parte, se establecieron desde los años cuarenta sistemas de pensiones y salud similares a los existentes en el estado de bienestar europeo, pero estos terminaron ofreciendo una cobertura muy baja y segmentada, con enormes problemas de equidad social. Estos sistemas todavía estaban en vigencia cuando la Constitución de 1991 empezó a funcionar. La Corte Constitucional entendió, por tanto, que el nuevo Estado social de derecho exigía mucho más que las prestaciones del precario Estado de bienestar colombiano que se había construido en el periodo 1948-1990. Bajo esta idea general, empieza a activarse el concepto según el cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, los sistemas legales de prestación de salud y seguridad social pueden ser evaluados en sede judicial por violación de derechos de sus usuarios. La “fundamentalización” de los derechos sociales permitió la judicialización y arbitraje de controversias dentro de los sistemas de prestación de servicios de salud y otras formas de seguridad social.

En consecuencia y desde el comienzo de su actividad adjudicativa en 1992, la Corte opta por sostener una posición amplia de la noción de “derechos fundamentales”. Frente a la posición más cauta que sostenía que la Constitución, como texto pre-interpretado, sólo ofrecía justiciabilidad a los derechos liberales contenidos en los artículos 11 a 41¹⁹, la Corte, desde su se-

servicios de solución de controversias se encamina hacia los jueces que han encontrado en la doctrina constitucional una manera de asumir la solución de estos casos.

19 Es decir, aquellos los estrictamente denominados “derecho fundamentales” incluidos en el capítulo 1º del título segundo de la Constitución Política. Para una discusión y crítica sumaria de esta tesis restrictiva (pre-interpretativa y literalista) y sus fuentes, véase Tulio E. Chinchilla, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Temis, 1999, pp. 92-4. Uno de sus contradictores ha dicho: “El

gunda sentencia (T-02/92, M.P. Martínez), está dispuesta a sostener la fundamentalidad (y por lo tanto la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede judicial) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, tales como la educación, la salud o el trabajo. En la T-402 de 1992, la Corte asume que el derecho a la educación es, tanto como los derechos civiles y políticos más tradicionales, un título o reclamo inherente a la naturaleza y dignidad humanas y que, por tanto, su restricción sobre argumentos literalistas (basados en los arts. 85 y 86 C.P.) no es de recibo. Esta sentencia, sin embargo, no expresa una visión especialmente radical del asunto porque, primero, declara la fundamentalidad de la educación (un DESC no particularmente polémico) y; segundo, lo hace en un caso donde se respalda el derecho a continuar la educación mediante la financiación privada del propio demandante²⁰.

La Corte, pues, construye la plataforma que le permitirá cumplir con funciones de arbitraje al interior de los sistemas que prestan derechos sociales. En los años 1992 y 1993 (y por tanto, antes de la expedición de la Ley 100), la Corte empieza a hablar del derecho a la salud como derecho fundamental. La precariedad y debilidad del sistema de salud existente en ese entonces le suministran suficientes casos para justificar esta intervención jurídica. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-406 de 1992 (M.P. Angarita) se insiste ahora que los derechos al saneamiento público y a la salud pueden ser fundamentales por su conexidad con intereses como la vida, la integridad personal o la dignidad humana. En esta sentencia, la Corte estira la protección de los DESC a la aceptación de un reclamo colectivo costoso (la terminación de un alcan-

Estado social de derecho significa cualquier cosa, según el impulso y la intensidad emocional del intérprete de turno. Basta leer la profusa literatura que apareció en Colombia a raíz de la Constitución de 1991, para darse cuenta de la falta absoluta de contenido de esa expresión y de la ausencia total de rigor científico con que se la trata. Pero lo que hay en últimas de toda esa palabrería hueca, es la tesis de que el Estado es un ser espectacular, imbatible y todo poderoso que tiene la obligación de cuidar a todos y resolver los problemas de la gente "desde la cuna hasta el sepulcro", como lo dijeron alguna vez con tanto orgullo los socialistas suecos". Véase Fernando Londoño Hoyos, "La economía en la Constitución de 1991", 137 Revista Javeriana (2001).

20 Un derecho como la educación puede ser considerado, al mismo tiempo, como una libertad clásica o como una prestación social. Es en el primer sentido en que la T-02/92 declara fundamental el derecho a la educación interpretado éste como un derecho liberal clásico de autonomía a autofinanciarse una educación. Mucho más controversial hubiera sido declarar fundamental un derecho específico prestacional a obtener educación más allá de las posibilidades económicas personales.

tarillado como condición de la protección de la salud de barrios de Cartagena), y a la identificación directa del Estado como deudor de la prestación. La Corte trabaja aquí con la idea implícita que una cobertura universal de acueducto y alcantarillado son obligaciones constitucionales directas²¹. Así mientras en la T-402 de 1992 la Corte rompe con la posible interpretación literalista del capítulo 1 del título II de la Constitución, en la T-406 de 1992 la Corte muestra su voluntad por fundamentalizar verdaderos reclamos de bienestar social que implican el arbitramento, por parte del estado, de cuantiosos recursos y, todo ello, sin que sea necesaria mediación administrativa o legislativa. Esta sentencia, evidentemente, le da jurisdicción a la Corte para que arbitre el derecho social a la salud con consecuencias económicas directas.

Abierta esta brecha, la Corte inicia un proceso de “fundamentalización” de prestaciones más específicas de salud individual, por contraste a reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud²² por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en sentencias como la T-522 de 1992, la T-571 de 1992, la T-484 de 1992, la 499 de 1992, la T-505 de 1992 y en la T-548 de 1992. En todas estas sentencias se observa mediante procesos judiciales, algunos de los problemas fundamentales del sistema de salud previo a la reforma de 1993. En estas sentencias, el condenado casi siempre es el Estado, bien sea el Instituto de los Seguros Sociales o algunos de los fondos de previsión existentes para aquel entonces. Los problemas señalados en las sentencias son evidentes: en uno de ellos, por

21 Hay que anotar que, al día de hoy, esta visión ha sido también adoptada por las ramas ejecutiva y legislativa. La política de cobertura integral en saneamiento básico es oficial en el Estado colombiano, aunque a la altura del año 1991 era vista con enorme cautela y recelo. Véase al respecto el lanzamiento del “Programa Agua Transparente”. Un informe del Ministerio del Medio Ambiente “muestra que entre 1996 y 2003 se desperdiciaron \$ 11,7 billones de pesos que la Nación giró a entidades territoriales para frenar problemas de saneamiento. Según esta cartera, si los recursos se hubieran invertido adecuadamente, 16 millones de personas, habitantes de 838 municipios, que hoy en día no tienen agua potable, la estarían recibiendo. Además, el 95 por ciento de las poblaciones tendrían alcantarillado, una obra que solo está disponible para el 65 por ciento de ellas” (Periódico El Tiempo).

22 El derecho a la salud ha sido el derecho específico en que la Corte Constitucional ha debatido, desde un punto de vista más estructural, el problema de la fundamentalidad de los DESC. Por esta razón, resulta privilegiado en la reconstrucción que realizó sobre este tema.

ejemplo, la Corte condena al sistema por su incapacidad de ofrecer tratamiento a una persona enferma de sida, incapacidad además que, para la época, estaba fuertemente contaminada de incompreensión y de discriminación contra los pacientes. En otras sentencias, de otro lado, se denuncia la incapacidad de respuesta del sistema (excesiva mora en la programación de cirugías, por ejemplo) frente a enfermedades graves de las personas que afectaban su calidad de vida y su capacidad de trabajo. Finalmente en otras, la Corte denuncia la desprotección en la que se encuentran grupos sociales específicos tales como niños y ancianos.

La regla de “fundamentalidad” del derecho a la salud, como consecuencia práctica, abre la oportunidad para que los jueces empiecen a intervenir como árbitros moduladores del sistema en el que, hasta el momento, no participaban de manera significativa organizaciones privadas. Esta posibilidad de arbitraje judicial es muy amplia, porque como lo demuestra el estudio de A. Deaton (2007), los sistemas de salud generan una gran cantidad de insatisfacción y reclamos por parte de quienes acuden a él. Esta apreciación es comprobada para el caso colombiano mediante los estudios de satisfacción de usuarios que ha adelantado la Defensoría del Pueblo (2005). Los complejos procesos gerenciales y administrativos, unidos al natural estrés que produce la enfermedad, forman una receta perfecta para configurar a un consumidor alarmado, insatisfecho y dispuesto a la defensa de sus intereses vitales más fundamentales. El sistema de salud, por tanto, requiere de mecanismos adecuados y eficientes de resolución de conflictos. La Ley 100 no los contempló de forma adecuada y el resultado actual en el que la jurisdicción constitucional ha encarado ese desafío responde, en parte, a esta falta de previsión legal. Este déficit de capacidad adjudicativa y conciliatoria en la resolución de conflictos dentro de la salud no es exclusivo del caso colombiano (Kinney, 2000): su presencia ha sido frecuentemente anotada en el derecho comparado²³ cuando el sistema involucra una alta participación del sector privado

23 La lucha entre pacientes y EPS es universal y no debería sorprender. Legislaturas más populistas, como las de los Estados federados de la Unión Americana, han intervenido con frecuencia en el sistema para ofrecer protección a los consumidores (Rich, 2005). Estas intervenciones han generado una verdadera batalla constitucional entre Estados y gobierno federal por regular la “industria de la salud”. El legislador colombiano ha sido mucho más parco, en general, ya que hasta la expedición de la Ley 1122 de 2007 se abstuvo de regular las relaciones consumidor-prestador del servicio de

y no existen jurisdicciones especializadas de seguridad social para el trámite del conflicto entre el usuario y el prestador de salud (Arango, 2008).

2.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993

La Ley 100, expedida el 23 de diciembre de 1993, contiene las características generales de contención de costos que se examinaron más arriba en este texto. Con la promulgación de esta ley, se establece el sistema general de seguridad social en salud (SGSSS). Este sistema recoge las líneas principales del “pluralismo estructurado” que discutimos más arriba. Como pieza central de los incentivos de contención de costos, se establece el plan obligatorio de salud (POS) como paquete esencial de servicios de salud que se ofrece a todos los afiliados al sistema. La definición del POS se hizo en el Acuerdo 8 del 6 de julio de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) donde se afirmó, en su artículo 6º, que se adoptaba “como principio guía de orientación del plan obligatorio de salud, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”. En su artículo 7º, de igual forma, se autorizaba a “[a]probar las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación (...)”²⁴.

salud. Su intervención ha sido más activa, por ejemplo, en protección del consumidor-pensionado. La labor de interpretar y ajustar las cargas del complejo sistema ha recaído en la jurisprudencia constitucional. Es posible que esta tarea exigiera de una jurisdicción especializada, como se ha propuesto ya en varias ocasiones. Lo cierto es que, mientras ello ocurra, la regulación judicial sigue siendo fundamental para resolver conflictos insalvables o ineludibles dentro del sistema. En mi opinión, el juez constitucional ha cumplido con una función de intermediación y resolución de conflictos insalvable, y no con una intervención en esferas económicas vedadas. El sistema de salud sería mucho menos estable y gobernable, hoy en día, sin intervención judicial que buscara mantener el diálogo abierto entre los diversos miembros del sistema.

24 El Acuerdo 8 de 1994 fue reglamentado por el Decreto 1938 de 1994 “por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el sistema nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con las recomen-

Estas normas, buscaban volver realidad la necesidad de contener costos mediante la definición precisa de los tratamientos y medicamentos que debían ser considerados esenciales (el principio de “lo mejor para todos” al que se refería Juan Luis Londoño). Este listado fue consolidado de manera muy rígida mediante la Resolución 5261 de 1994, ya que en ella se afirmó en su artículo 13 que “[l]a receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, *sin que por ningún motivo se admitan excepciones [...]*” De igual forma, en su artículo 49 se afirmó que “Los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, *deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica establecido por el plan obligatorio de salud*”.

Y aquí, en estas definiciones reglamentarias, es donde empiezan los choques entre el “sistema de salud” (como mecanismos de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios) y el “derecho a la salud” (como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato). Los casos que llegaron a las Cortes empezaron a mostrar, sin embargo, una tendencia preocupante en la interpretación del POS; en primer lugar, empezaron a aparecer reclamos según los cuales la definición del POS implicaba renunciar a tratar los casos de enfermedades incurables porque, según se esgrimía, su tratamiento no era costo-eficiente y, por tanto, debía ser excluido del paquete general. De otro lado, la excesiva rigidez del POS empezó a chocar con la libertad profesional y científica de los médicos quienes veían en el sistema un celo excesivo en homogenizar el tratamiento de enfermedades, según los protocolos de la medicina basada en la eficiencia. La definición del POS, pues, generó estos dos reparos serios que se empezaron a expresar en demandas de aumento de la calidad del paquete básico: en primer lugar, resultaba realmente preocupante que un sistema de salud abandonara a los

daciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo 8 de 1994”. Luego este decreto fue derogado por el Decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”. El Decreto 806 fue modificado posteriormente por el Decreto 1703 de 2002 “por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el sistema general de seguridad social en salud”.

más enfermos por argumentos de costo-eficiencia; y en segundo lugar, resultaba difícil lograr el apoyo de los médicos en la contención de costos cuando esta era interpretada como una planilla demasiado rígida de conductas profesionales a adoptar²⁵. La jurisprudencia estaba respondiendo así a una discusión muy amplia sobre quiénes son los médicos y cómo practican la medicina. De un lado, está la idea del practicante individual que tienen, a partir de experiencia clínica y creatividad, la capacidad individual de aplicar medicina a sus pacientes con resultados excelentes dentro del contexto del caso individual. De otro lado, está la idea del médico como aplicador rutinario de protocolos completamente estudiados con resultados pre-definidos que establecen preferencias casi ineludibles de tratamiento por un análisis costo-beneficio. La llamada “medicina basada en la evidencia” parece sugerir el segundo tipo de aproximación. Este tipo de práctica médica, sin embargo, “presiona a los proveedores de servicios médicos a tomar decisiones casi exclusivamente sobre evidencia estadística [...] esta doctrina (de la medicina basada en la evidencia) afirma que lo que es bueno para un grupo, es bueno para cada individuo, a pesar del hecho de que esto con frecuencia no es así. La medicina basada en la evidencia puede ayudar al médico a evitar la subjetividad y a tomar una visión más escéptica de qué resulta médicamente útil y qué médicamente fútil (en el esfuerzo de recuperar la salud). Con ello, la medicina basada en la evidencia se concentra más en la enfermedad y menos en el paciente” (Rieff, 2008).

El POS, era la pieza esencial de la estrategia de contención de costos, pero empezó a chocar contra la percepción, desde el punto de vista de la demanda, que algunas de estas exclusiones no eran aceptables dentro de un sistema bien concebido²⁶. Un sistema que excluyera estas formas de enfermedad parecía insensible, defectuoso y, por tanto, violatorio del “derecho a la salud”. Las primeras sentencias de este período muestran esta tendencia decisional hasta culminar finalmente en la SU-043 de 1995 cuando la Corte hace esta afirmación:

25 Véase, por ejemplo, la Sentencia SU-43 de 1995 y las otras sentencias de su progenie.

26 El diseño legal y reglamentario del POS, igualmente, prohíbe la incorporación de algunas técnicas de contención de costos que serían muy eficientes, pero que desvirtuarían su función política y social. Así, por ejemplo, en el mundo de la medicina socializada del POS no pueden funcionar las “preexistencias”. Véase al respecto el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-112 de 1998.

Las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del plan obligatorio de salud *no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente*. Subsiste en favor de aquellos (niños beneficiarios) el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado.

De manera implícita, pues, la Corte ha aceptado que el sistema depende de su capacidad de contener costos; pero, de igual manera, ha buscado ponerle límites a las estrategias de contención de costos. El punto de conflicto que requiere arbitraje vinculante radica en el nivel óptimo de contención de costos que no implique una rebaja del paquete esencial de derechos que reciben los vinculados al sistema. Este equilibrio entre costos y servicios no es estático, sino dinámico: corresponde a una discusión social extendida en el tiempo y, en ese sentido, los jueces han ofrecido un foro esencial de discusión y legitimación del sistema que no se hubiera dado al interior de las otras ramas del poder público.

2.3. La tercera etapa jurisprudencial: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial

La tercera etapa de la jurisprudencia constitucional sobre salud se desarrolla en los años 1997 a 2000. En este período se empieza a sentir con particular fuerza la presión del “sistema” frente a lo que consideró en su momento como la excesiva y anti-económica extensión del “derecho”. Este proceso de moderación y racionalización de la línea jurisprudencial se inicia con la Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Cifuentes). Con esta sentencia, la Corte en pleno parece abandonar lo que ahora considera la indisciplinada e impredecible jurisprudencia de equidad que había promulgado hasta ese entonces y opta ahora por tecnificar la línea jurisprudencial, ocasionando así una sustancial restricción a la interferencia que el “derecho a la salud” puede ocasionar en el “sistema”. La jurisprudencia de la equidad se había basado sobre una lectura amplia de la conexidad de la salud con la vida, la integridad personal y la vida humana. Bajo esta lectura, el criterio de conexidad ofrecía un amplio (y potencialmente

indiscriminado) puente para la fundamentalización de reclamos de salud. En la SU-111, este criterio de conexidad es visto como demasiado amplio y, además, anti-técnico. Las premisas de la nueva posición jurisprudencial son claras: la salud es ciertamente un derecho fundamental por conexidad, pero no con las nociones abiertas e imprecisas de vida, integridad personal o dignidad humana, sino con el criterio, más exigente, de “mínimo vital”. El nuevo criterio²⁷ es una forma de cerrar la fundamentalización indiscriminada de costosos reclamos de salud y reducirla a casos donde la pretensión es absolutamente imprescindible para la conservación de la vida. Pero eso no es todo. Adicionalmente, la Corte anuncia que la concesión del derecho a la salud no puede hacerse por fuera de los marcos legales y contractuales establecidos para las EPS. Por ello, entonces, las pretensiones de salud deben ser estudiadas con referencia a las normas sub-constitucionales que regulan la materia. Así, una persona usualmente debe mostrar algún incumplimiento grave de un derecho legal o contractual ya existente a la salud para que la Corte le tutele ese derecho. El mínimo vital - salud se convierte así en la protección constitucional de pretensiones urgentes de salud cuando es posible demostrar, de alguna manera, el incumplimiento parcial o total de al menos la apariencia de un derecho subjetivo nacido bajo la reglamentación sub-constitucional (legal o contractual). La declaración judicial del derecho, sin consideración de los mandatos de la ley, del reglamento o del contrato es una intrusión indebida en un derecho constitucional político dependiente en su implementación de la mediación legal y contractual. En la Sentencia SU-111 de 1997 ganó, por primera y quizás única vez en su historia, una posición jurídica donde el equilibrio financiero del sistema dependía de la intangibilidad de los paquetes esenciales de servicios definidos para el sistema de salud colombiano.

La Sentencia SU-111 de 1997 tenía, pues, el potencial de haber cambiado de manera radical la relación entre derecho y sistema. Sin embargo, la dirección

27 La noción de “mínimo vital” ya había sido utilizada desde mucho antes en Colombia. Véase T-426 de 1992, M.P. Cifuentes, en la que se empieza a desarrollar el concepto en relación con la fundamentalidad del salario para la subsistencia. En la SU-111, sin embargo, el concepto es utilizado para redefinir restrictivamente el criterio de conexidad entre salud y vida. Contra Rodolfo Arango, *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*, mimeo. Para Arango la noción de mínimo vital liga, de manera todavía vigorosa, la idea de subsistencia (por debilidades de salud o de dinero) con la noción de fundamentalidad tutelable.

sugerida por la Corte en la SU-111 de 1997 probó ser inestable al interior de la Corte porque al muy poco tiempo de su expedición se siguió insistiendo en la protección judicial del derecho a la salud y cómo este no quedaba estrictamente subsumido en los paquetes mínimos expedidos por ley o reglamento. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-251 de 1997, la Corte declara la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador y en ella manifiesta con gran entusiasmo la posibilidad de que los DESC sean derechos fundamentales y, por tanto, directamente justiciables. A pesar de la Sentencia SU-111, la rigidez reglamentaria del paquete esencial de servicios siguió naufragando en los mismos escollos constitucionales de siempre: así, por ejemplo, la Corte criticó la insuficiente protección de salud a niños y adolescentes (T-640/97) y la inadecuada protección (¡una vez más!) a pacientes con sida (SU-480/97)²⁸.

Ahora bien, ¿por qué mantiene la Corte su polémica doctrina del POS jurisprudencial cuando la misma era ya objeto de oposición muy intensa al interior del sistema? Un breve análisis politológico podría ayudar a entender este punto, en apariencia paradójico. Es claro que a la altura de 1997 la Corte ya ha tomado atenta nota del equilibrio financiero que el sistema debe guardar. En la Sentencia SU-111 de 1997, de hecho, parece abandonar su extensión jurisprudencial del POS a favor de una visión más estricta de sus contenidos. Sin embargo, la doctrina del POS jurisprudencial extendido terminó siendo defendida por un grupo cada vez mayor y heterogéneo de intereses: pacientes y médicos, como es evidente, formaban el núcleo de esta defensa; pero más allá, resulta interesante ver cómo las autoridades moduladoras del sistema y, en particular, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud empezaron a tener una concepción más abierta del POS hasta el punto de adoptar el Acuerdo 83 de 1997 en el que se recogía la noción jurisprudencial de POS abierto. Así, en su artículo 8º se reconoció expresamente que para “garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no in-

28 Lo mismo ocurre en la Sentencia T-366 de 1999, en donde la Corte califica la demora de una EPS en practicar una resonancia magnética como un atentado al derecho a la seguridad social “ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema”. Argumentos de esta naturaleza, en donde el criterio de conexidad entre la salud y la integridad personal, la vida y la dignidad humana siguen siendo el punto de apoyo para la decisión de la Corte, se encuentran en otros fallos, por ejemplo en las sentencias T-283 de 1998, T-328 de 1998, y, T-329 de 1998.

cluidos en el manual de que trata el presente acuerdo”. Para conservar el equilibrio del sistema, además, se adoptó en el reglamento la provisión jurisprudencial de financiación permitiendo el recobro al Fosyga o a los reaseguros en caso de enfermedades de alto costo. Estas decisiones administrativas al interior del sistema, en algún sentido, recogieron la jurisprudencia constitucional.

El déficit en la capacidad de resolución de conflictos con el personal médico también se hizo cada vez más notorio. Para resolver este problema, se crearon los llamados comités técnico-científicos (CTC)²⁹, con los cuales se buscaba el arbitraje profesional de la opinión médica frente a las opciones costo-eficientes preferidas por el POS dentro de su manual de terapéutica. Así, pues, los CTC son concebidos dentro de las EPS para establecer “las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios”. De tal manera que el CSSSS, bajo la influencia del ejecutivo, abrió, de forma muy controlada, el POS y permitió un mecanismo de solución de controversias técnicas sobre su contenido en los CTC.

La Corte Constitucional y el CNSSS parecían ahora estar de acuerdo en un POS moderadamente abierto que le diera suficiente flexibilidad a los jueces de tutela y a los CTC para hacer incorporaciones de medicamentos en casos particulares. Sin embargo, en el año 2000 se dio el último intento fuerte por regresar a una concepción cerrada del POS. De hecho, la Ley 100 originalmente solo incluía una noción dinámica y abstracta del POS en el parágrafo 2º de su artículo 162:

Los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

29 La Resolución 5061 de 1997 se encargó de reglamentar los “comités técnico científicos” dentro de las entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado e instituciones prestadoras de servicios de salud”. Dicha resolución fue modificada por la Resolución 2312 de 1998, posteriormente derogada por la Resolución 2948 de 2003.

Esta norma original fue modificada mediante el artículo 98 del Decreto 266 de 2000 para decir ahora que

[c]on el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones de plan obligatorio de salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional ‘conforme a la tecnología apropiada disponible en el país’ [...] y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual *la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes público y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el plan obligatorio de salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.*

En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud [...].

El afiliado que requiera o adelante trámite para tratamientos, procedimientos o medicamentos por fuera del POS deberá demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias. Es deber de las autoridades judiciales y administrativas velar porque esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, disponiendo las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar”³⁰.

La norma, como es evidente, buscaba recortar la competencia jurisdiccional de los jueces de tutela. Se aceptaba la necesidad de una cierta apertura del POS para lidiar con situaciones donde “estuviera de por medio el derecho a la vida”, pero las mismas debían tramitarse como incidentes administrativos estrictamente al interior del sistema de salud y no ante las jueces. A pesar de su mal disimulada animosidad contra la jurisprudencia constitucional, la norma revela en todo caso un principio jurídico y moral que ya parece estar suficientemente consolidado en todos los actores del POS: una definición demasiado estricta del POS no es sostenible si con ella se pretende que personas con enfermedades o condiciones muy graves pueden ser simplemente abandonadas a su suerte. Este principio no significa que el sistema puede reconocer “todo para todos”. Pero, por otro lado, el POS rígido no

30 Énfasis añadido.

puede responder a los casos graves en los cuales el tratamiento no resulta costo-eficiente para todo el sistema. Este abandono consciente de los más enfermos viola, como lo había dicho la Corte desde el año 1992, el derecho a la salud de los colombianos. Con todo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma del Decreto 266 de 2000 mediante Sentencia C-1316 de ese mismo año.

2.4. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud

Después de los esfuerzos fallidos de reconfiguración del derecho a la salud en la SU-111 de 1997 y en el Decreto 266 de 2000 es claro que la Corte mantiene un POS jurisprudencial abierto. A partir de 1999 se da “un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999 de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país, el 24.6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000, el número de tutela aumentó a 131.765 y el 18.9% (24.913) fueron de salud. En el año 2001, el número de tutelas aumentó muy poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud sí aumentó, pues pasó a ser el 25.6% (34.226). En el año 2002, la tendencia continuó, incrementando levemente. Para el 1º de diciembre de 2002 se habían presentado 140.095 tutelas de las cuales tan solo el 25.03% (35.072) eran de salud”. Datos más recientes de la Defensoría del Pueblo, muestran que esta tendencia al aumento se ha mantenido para el período 2003-2006 hasta el punto en que las tutelas en salud llegaron a ser, para el último año del período, superiores a 75.000.

El impacto de estos datos muestra una nueva situación, que podría describirse de la siguiente manera: finalizada, de alguna manera, la “guerra ideológica” en torno a la jurisprudencia POS que se libró entre los años de 1997 a 2000, la interpretación jurisprudencial terminó por estabilizarse, operacionalizarse y, finalmente, masificarse. Según Arrieta, “[s]alvo que se trate de un caso con aspectos novedosos, tan solo se requiere aplicar la regla, reiterarla.” La mayor parte de los fallos de tutela en salud son “sentencia de reiteración” en la que de manera muy breve la Corte reitera las condiciones en las que el POS se flexibiliza para proteger el derecho a la salud. En una *ratio decidendi* que ha llegado a ser canónica, la Corte afirma que las prestaciones

del POS del régimen contributivo, por ejemplo, actualmente pueden ser extendidas en los siguientes tipos de caso:

La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las entidades promotoras de salud (EPS) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio (Arrieta, 2001).

Ahora bien, decir que la guerra ideológica entorno a la jurisprudencia en materia de salud había terminado no es completamente correcto. En el año 2002, se volvería a desafiar su estabilidad, pero esta vez de manera masiva, cuando el Ministerio del Interior propuso una reforma constitucional que buscaba eliminar el papel que los jueces constitucionales había construido como adjudicadores del sistema de salud. El ataque, sin embargo, no estaba redactado en términos específicos al sistema de salud sino que proponía, en general, la eliminación por vía constitucional de la “fundamentalización” de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, en efecto, el Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002 ordenaba explícitamente que los jueces solo podían tutelar los derechos del capítulo I del título II de la Constitución, excluyendo así los DESC que están consagrados en el capítulo II. La norma propuesta, además, impedía que los jueces pudieran expedir sentencias que impusieran obligaciones “que supongan alterar las leyes”. En la estocada final, el proyecto limitaba considerablemente la posibilidad de interponer tutela contra particulares, doctrina que, como es evidente, ha sido esencial en el tema de la salud donde muchas de las EPS ostentan precisamente esa condición. En la exposición de motivos del proyecto, el Gobierno afirmó expresamente que “[d]e la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue

la intención inequívoca del constituyente de 1991. Su extensión, por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el constituyente no les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas, de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante tutelas se han impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales de derecho. Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales, o de cárceles o de vías, o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia, en partes esenciales del poder ejecutivo. Por eso yendo a la doctrina y la legislación universales en la materia, el derecho de tutela, llamado de amparo en otras naciones, debe limitarse a la protección de los derechos de contenido absoluto, es decir, de los que se ejercen erga omnes, y no de los derechos de segunda o tercera generación, imponiéndole al Estado cargas y gravámenes que no está en condiciones de atender”.

El proyecto de reforma constitucional fue finalmente archivado, pero revela de nuevo la resistencia política e ideológica que la justiciabilidad de los DESC seguía teniendo en el país. Frente a esa resistencia, es muy llamativo cómo la doctrina ha tenido la tenacidad suficiente para mantenerse a pesar de los intentos constitucionales, legales y jurisprudenciales por cambiarla. Podría decirse hoy en día que la doctrina goza de un período de relativa estabilidad gracias a la interacción de tres factores poderosos: en primer lugar, y en estricto derecho, la doctrina está en sincronía muy clara con las tendencias de fortalecimiento de la justiciabilidad de los DESC en la interpretación que se hace de documentos constitucionales e internacionales³¹. Podría decirse que en derecho, hoy en día, la justiciabilidad de los DESC es una frontera muy dinámica y enérgica que constituye una tendencia innegable. Su fuerza se ha hecho sentir en la jurisprudencia colombiana que, además, tiene un liderazgo internacional indudable en el tema. Este liderazgo

31 Ver al respecto el trabajo de Abramovich y Courtis (2002).

genera un cierto compromiso con la comunidad interna e internacional en el sentido de que la Corte sabrá mantener la justiciabilidad de los DESC a pesar de los enormes conflictos, resistencias y costos que la doctrina puede generar en los distintos campos que toca.

En segundo lugar, y en plano más politológico, la doctrina tiene un importante nivel de legitimidad social que se fundamenta en los diversos tipos de alianzas políticas y sociales que la respaldan en los diversos derechos específicos cuya judicialización permite. En materia de salud, en particular, hemos visto que hacen parte de esa alianza el Estado (tanto la jurisdicción constitucional como algunas dependencias de la rama ejecutiva, fundamentalmente el Ministerio de la Protección Social); los pacientes y los médicos; y, finalmente, las compañías farmacéuticas que ven en el POS ampliado una manera de expandir su mercado. Esta alianza, a su vez, no tiene los enemigos poderosos que en otros campos han detenido la expansión de doctrinas constitucionales: en el tema de la salud, en particular, la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no han presentado resistencia a la jurisdicción constitucional. De hecho, la tendencia marcada parece mostrar una armonización de la doctrina entre las jurisdicciones.

Finalmente, la doctrina ha cumplido una serie de funciones importantes e innegables en el sistema de salud: en ese sentido su impacto ha sido benéfico incluso para aquellos que se oponen a su actual definición porque, más allá de la distribución de recursos que hace entre “ganadores” y “perdedores”³², la justiciabilidad de la salud en sede constitucional ha permitido la resolución de conflictos al interior del sistema que ninguna de las otras institucionales moduladores podía haber estado en capacidad de asumir. La doctrina, en fin, ha tenido una función jurisdiccional en la que casi todos los actores han resultado “ganadores”.

2.5. La desjudicialización de la salud en la legislación y jurisprudencia recientes

La enorme y creciente demanda de justicia en materia de salud ha generado recientemente una reforma legislativa y una revisión integral de la jurisprudencia.

32 Ver al respecto los trabajos de Sage (2008) y Gallanter (1974).

dencia que merecen ser destacadas. Podríamos hablar, incluso, de un quinto período en el desarrollo jurídico del sistema de salud y de su relación con el derecho a la salud. El sentido general de las preocupaciones de este nuevo período es el siguiente: en primer lugar, hay una enorme preocupación, como hemos visto, con el aumento desmesurado de la utilización de la tutela para resolver reclamos de salud. Aunque la percepción de la Corte es que estas demandas son legítimas y deben ser adecuadamente atendidas, es imposible de negar el enorme impacto que han tenido sobre la congestión judicial. ¿Cómo lograr entonces que las EPS concedan el POS jurisprudencial sin necesidad de acudir ante los jueces o ante la acción de tutela? La solución ahora, tanto del legislador como de la Corte, ha sido la de buscar la desjudicialización de la salud sin que ello implique, de ninguna manera, un abandono de las actuales reglas de POS jurisprudencial. El legislador quiso entonces “des-tutelar” la salud mediante dos reglas fundamentales (que constituyen el núcleo de la Ley 1122): 1) obligando a que las EPS concedan las prestaciones de medicamentos no-POS de forma directa y sin necesidad de la judicialización del reclamo; y 2) si la controversia en salud llegase a persistir, la ley busca administrativizar su solución ampliando las competencias de judiciales y de conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud. Este esfuerzo de desjudicialización le gustó a la Corte siempre y cuando las nuevas competencias no fueran utilizadas para erosionar la sustancia de su jurisprudencia sobre derecho a la salud. Podría decirse que la jurisprudencia de los últimos dos años de la Corte ha estado enfocado en apoyar la desjudicialización al tiempo que impone límites fuertes a las EPS's y a la Superintendencia para que respeten su jurisprudencia, en particular la concesión de medicamentos y tratamientos extra-POS, en las condiciones ampliamente desarrolladas desde tiempo atrás.

Para poder desjudicializar la salud es fundamental lograr, primero, fortalecer la capacidad de resolución de conflictos al interior del sistema de salud y, segundo, lograr que el sistema cumpla tanto con el POS legal como con su extensión jurisprudencial sin que la acción de tutela sea un requisito burocrático adicional. Para lograr estos objetivos el legislador y la Corte han terminado coincidiendo en una serie de medidas que, en términos generales, han buscado aumentar las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud, de un lado, y las de los Comités Técnicos Científicos de las EPS del

otro. En primer lugar, el legislador, en un cambio importante de política frente al sistema de salud, expidió la Ley 1122 de 2007. Al contrario de otras intervenciones que hemos revisado en estas páginas, en la Ley 1122 el Legislador decidió, quizá por primera vez, cooperar con la Corte Constitucional en vez de impedir su intervención en temas de salud. En esta Ley, por tanto, no hay ningún esfuerzo por reducir o eliminar el POS jurisprudencial que, como habíamos visto, había sido un tema más o menos recurrente en algunos intentos anteriores del Legislador. La Ley, así, busca desjudicializar la salud siempre y cuando se mantengan los actuales niveles de protección de los ciudadanos colombianos. Para ello se buscó fortalecer la capacidad de la Superintendencia de Salud para que interviniese, como conciliador o como juez, en las relaciones entre consumidores y prestadores del servicio³³. De igual forma se intentó darle mayores competencias a los CTC para que ellos arbitraran las diferencias entre los médicos tratantes y el POS, permitiendo así un recobro más expedito al Fosyga.

Los CTC, en términos generales, tienen la obligación de revisar los casos presentados por el paciente y por el médico tratante. El derecho de acceso a los medicamentos y tratamientos que se consideren “necesarios” parece ser hoy un derecho fundamental sin que la vida de los pacientes tenga que estar necesariamente en peligro. La Corte, por tanto, ha desvinculado el derecho de la salud de su conexidad con otros derechos fundamentales (en particular la vida y la integridad personal): hoy en día se habla de su fundamentalidad autónoma e independiente. Ello significa que, al día de hoy, el test de la jurisprudencia no-POS se ha convertido en un test, también muy estricto, de las situaciones muy excepcionales en la que un CTC podría negarse a respaldar la opinión bien fundada del médico tratante sobre cuáles son los procedimientos o medicamentos “necesario” para el paciente. La “necesidad” de la que habla la Corte en su jurisprudencia más reciente ya no hace sólo refe-

33 El artículo 41 de la ley da competencias muy amplias a la Supersalud en precisamente el tipo de controversias que ha venido atendiendo la jurisdicción constitucional. Es importante notar cómo la definición legal ya muestra una mayor sensibilidad a clasificar los tipos de conflictos que el sistema ha venido generando. Según el artículo 41 la superintendencia tendría que resolver conflictos sobre cobertura del POS, reembolsos a los pacientes por costos cubiertos que hubiesen tenido que hacer (especialmente en servicio de urgencia), conflictos de multifiliación y conflictos relacionados con la libre elección de EPS por parte de los usuarios.

rencia al mantenimiento de la vida (casi siempre presente en suministros y tratamientos para la “enfermedad catastrófica”); sigue existiendo un cierto umbral de gravedad en la intervención requerida pero esta justificación no depende exclusivamente de amenazas a la vida. La permanencia de un cierto “umbral de gravedad” implica, en mi opinión, todavía algún examen de conexidad con la integridad personal o con la dignidad básica de las personas o, como hemos visto, con la libertad profesional y técnica del médico tratante. En plata blanca, el POS jurisprudencial de hoy en día le da preferencia al médico tratante sobre las exigencias, demasiado estandarizadas, de la medicina basada en la evidencia y del POS como régimen de tratamiento de general de personas que son siempre casos individuales. Esta tensión entre atención estandarizada y atención individualizada es fundamental para entender el “derecho a la salud” en Colombia. La solución que la Corte ha tratado de construir es esta: el POS es una herramienta necesaria y adecuada para el cálculo general del valor de la salud pero la prestación del servicio exige, de manera excepciones, excursiones más allá de la medicina basada en la evidencia para el procuramiento de la salud en individuos determinados. La ampliación de la jurisprudencia POS no ha sido excepcional, sin embargo. El ejercicio de este derecho a la salud, así concebido, exige que los derechohabientes peleen por este nivel particular de salud que sus tratantes, si son profesionalmente concienzudos e independientes, solicitan; si no lo hacen, su tratamiento dependerá de recetas más uniformes (que la medicina basada en la eficiencia describe como perfectamente válidas y adecuadas) o, en el peor de los casos, de medidas contraproducentes y facilistas de contención de costos (en manos de personal menos hábil y comprometido). Este sigue siendo el núcleo de conflictividad sobre el llamado “pos jurisprudencial”.

La ley 1122 de 2007 fue declarada exequible y constitucionalmente respaldada por la Corte en las Sentencia C-117 y C-316, ambas del año 2008. El ámbito de aplicación de la Ley fue incluso expandido en un aspecto crucial por la Corte en la sentencia C-463 de 2008. Finalmente la Corte expidió la sentencia T-760 de 2008 en la que se pretendió hacer una compilación de toda la problemática actual de la salud en Colombia. En más de 400 páginas la Corte busca hacer un mapeo general de los actuales problemas del sistema de salud que, en cierto sentido, podría decirse que está en un momento inestable y de crisis. En la sentencia la Corte sigue apostándole a la desjudiciali-

zación pero trata de anclar el respeto hacia su jurisprudencia por parte de todos los actores del sistema sin que sea estrictamente necesaria la participación de los jueces mediante acciones de tutela. La sentencia, en ese sentido, ha sido bien recibida por parte de estos actores: en la sentencia hay una marcada sensibilidad a los reclamos y argumentos de todos que ven, así sea parcialmente, sus posiciones y quejas vindicadas. La Corte, pues, dibuja un diseño de cumplimiento total de obligaciones dentro del sistema que podría mejorar significativamente el estado actual de cosas. Todo ello lo hace sin abandonar el POS jurisprudencial que ha defendido durante tanto tiempo y que ha sido, en cierta medida, la piedra de toque de su intervención en la salud. Intervención desestabilizadora y perturbadora, desde el punto de vista de algunos; necesaria y progresista, desde el de otros. Con esta sentencia T-760 de 2008 la Corte ha entrado a las grandes sentencias de panorámica donde busca agregar información sobre el impacto de su jurisprudencia sobre un subsector social o económico. Estas sentencias, como ha ocurrido con el tema de desplazamiento, aumentan la participación de la Corte en las políticas públicas del sector. Su participación como regulador del sistema de salud crece, a la par que busca hacer más consciente en su análisis la relación entre sistema y derecho.

Después de un año de expedición de la sentencia, aún no se han decantado sus efectos con total claridad pues la complejidad de las órdenes impartidas por el alto tribunal en la decisión judicial sigue generando grandes cuestionamientos acerca de su alcance. Es por ello que la Corte ha promulgado varios autos para aclarar el contenido de las órdenes impartidas en el fallo a los distintos actores del sistema³⁴.

Estas aclaraciones han sido dirigidas a solventar las dudas de los diferentes protagonistas del sistema. De un lado, se aclaró al Ministerio de Protección Social que la autoridad administrativa tiene la facultad de hacer uso de la figura de excepción de inconstitucionalidad cuando una norma legal o un reglamento administrativo establezca obstáculos infranqueables a la garantía del derecho a la salud, y de forma específica, a la materialización de las ordenes proferidas por la sentencia T-760 de 2008.

³⁴ Ver al respecto, Auto 035 de 2008, Auto 238 de 2008, Auto 239 de 2008, Auto 240 de 2008, Auto 241 de 2008, Auto 382 de 2008 y el más reciente proferido el 13 de julio de 2009.

De de otro lado, la multiplicidad, extensión y heterogeneidad de cuestiones abordadas por la sentencia en cuanto a las problemáticas que deben ser superadas por el sistema provocaron que también las EPS solicitaran aclaración de los contenidos del fallo. Estas aclaraciones en la mayoría de los casos han tenido que ver con dificultades en la comprensión de las condiciones para efectuar el recobro de los servicios prestados por las EPS ante el articulador financiero del sistema –Fosyga–, y también se relacionan con los casos de POS ampliado, cuando se niega la prestación de los servicios por parte del Comité Técnico Científico de las distintas EPS, por no encontrarse incluidos en el POS.

Esta complejidad ha sido de tal amplitud que incluso las EPS han solicitado aclaración a diversas cuestiones que ni siquiera fueron objeto de consideración o resolución en la sentencia y por ello, el alto tribunal, se ha visto obligado a precisar el alcance de la decisión estableciendo con claridad los límites de las órdenes impartidas, declarando la imposibilidad de resolver muchas de las inquietudes surgidas por no haber sido ellas objeto del pronunciamiento judicial.

De todas formas, la Corte no sólo se ha limitado a aclarar el contenido de la decisión sino que ha empezado a efectuar el control al seguimiento de la sentencia para evitar que esta se diluya en el tiempo una vez pasada la eferescencia generada tras su expedición. Es por ello, que en reciente pronunciamiento del 13 de julio de 2009, en auto sustanciado por el Magistrado Jorge Iván Palacio, quien reemplazó al ponente del fallo de 2008, se solicitó al Ministerio de Protección Social la realización de estudios encaminados a efectuar el seguimiento del fallo y a determinar el impacto real de la sentencia en las modificaciones al sistema, en especial a los problemas originados por la utilización de la tutela como mecanismo de solución de las dificultades detectadas.

Este auto se considera de suma importancia pues refleja que a pesar del cambio de magistrados, la nueva Corte³⁵ piensa tomarse en serio el cumplimiento de las disposiciones y contenidos del fallo por parte de todos los actores concernidos. Lo anterior, siguiendo los precedentes originados en otros

35 Durante 2009 hubo una importante transición en la Corte Constitucional, pues 6 de los 9 magistrados que la componen fueron relevados a partir del mes de marzo.

casos de impacto, en los cuales, tras declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional ha realizado un seguimiento profundo y reiterado de las acciones ejecutadas por la administración para mejorar la situación y proteger los derechos fundamentales que se pretende reestablecer.

Una cuestión que ha llamado la atención de la comunidad académica del país acerca de la sentencia T-760 de 2008 ha sido precisamente la timidez de la Corte al no haber declarado que la problemática de la salud en el país era tan grave que requería una declaración del estado de cosas inconstitucional. En ese sentido se ha señalado: “Por último, y con esto concluimos, es interesante notar que la Corte no declaró un estado de cosas inconstitucional aún cuando se dieron las condiciones que, en otras ocasiones (como en la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado), la llevaron a usar dicha figura. No consideramos que esto sea una limitación o un desacierto de la sentencia pero sí sorprende que la Corte no recurriera a dicha figura pues pareciera concebirlo implícitamente en tanto que profirió órdenes destinadas a un conjunto de instituciones, con el ánimo de corregir el desconocimiento sistemático del derecho a la salud de un grupo amplio de personas”³⁶.

Sin embargo, el auto mencionado pareciera dar la impresión de que el tratamiento que la Corte piensa darle al fallo es similar al que se la ha dado a casos en donde si se ha explicitado esta declaratoria y que por ende, va tener los ojos puestos en las actuaciones que se despliegan por parte del Estado colombiano para cumplir con las órdenes impartidas por la decisión en los plazos señalados por ella.

A pesar de lo anterior, resulta necesario señalar que el estado de euforia y expectativa que se generó en el país tras la promulgación de la sentencia T-760 de 2008 por el impacto que iba a producir en la corrección de las deficiencias e inequidades originadas en el sistema ha ido variando. Una visión más escéptica acerca del alcance real de la decisión empieza a manifestarse.

Lo anterior por cuanto, la desregulación de ámbito laboral no ha presentado mayores modificaciones y más bien continúa agudizando la preca-

36 Uprimny, Yepes Rodrigo y Diana Rodríguez. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. En: <http://www.sindess.org/inicio/inicio.php?ver=noticias&op=vermas&id=273>

riedad de la situación del empleo en el país. En efecto, cada vez se plantea con mayor preocupación la imposibilidad de sostener el régimen contributivo por el aumento de la informalidad en las relaciones de trabajo de ciudadanos que, aunque laboralmente activos, no se incorporan al sistema en calidad de aportantes. Esta situación a su vez origina una fuerte presión en la sostenibilidad del régimen subsidiado que depende directamente del correcto funcionamiento del régimen contributivo.

Por esta razón, desde distintos enfoques se ha comenzado a criticar la posibilidad de efectivizar el contenido de la sentencia, en especial, en lo que tiene que ver, con la limitación de los recursos disponibles para la corrección de las dificultades del modelo. Sobre el particular se ha señalado: “La sentencia se quedó corta en un tercer aspecto, íntimamente ligado al sistema de salud, que es el tema de la restricción de recursos. ¿Hasta dónde puede mantenerse la idea de que todo tratamiento ligado con la vida digna debe ser tutelado sin mirar las restricciones de recursos? Esta es una pregunta que la Corte debió responder y cuya respuesta tendrá efectos no sólo sobre el derecho a la salud sino sobre el número de tutelas que permanente llegan a la Corte exigiendo la protección a dicho derecho. Uno de los autores del presente artículo se pronunció extensamente sobre este tema en la aclaración de voto de la Sentencia T-654 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), argumentando en esencia, que tomarse en serio el derecho a la salud implica necesariamente tomarse en serio la existencia de recursos limitados. Sin embargo, es importante no confundir el carácter limitado de los recursos con los recursos presupuestales disponibles en un determinado momento porque si bien es posible demostrar que hay más recursos, inevitablemente se llega a un máximo de recursos con una demanda potencialmente infinita”³⁷.

A estas críticas de carácter macroeconómico se suman voces que desde perspectivas políticas de centro y de centro izquierda empiezan a esbozar con más frecuencia la necesidad de cambiar el modelo de pluralismo estructurado creado por la Ley 100 de 1993. Estas propuestas de reforman buscan retornar a esquemas donde sea el Estado el único proveedor de los servicios de salud, por la importancia de este derecho para la existencia de las personas³⁸.

37 *Ibid.*

38 Ejemplo de lo anterior se muestra en la propuesta del Candidato Presidencial por el Polo Demo-

En otras palabras, la sentencia T-760 de 2008 ha producido un efecto crítico que inclusive ha ocasionado el que se abran espacios de discusión que reflexionen acerca de la conveniencia de una reestructuración radical del sistema de salud en Colombia. Del control y seguimiento que las entidades del Estado realicen de la sentencia T-760 de 2008 con el fin de cambios importantes para enrumbar la solución de las problemáticas estructurales del sistema y por ende, de la efectiva realización de estos cambios depende el futuro del derecho a la salud en Colombia.

3. Conclusiones

La Constitución colombiana de 1991 y la jurisdicción constitucional terminó sirviendo para abrir espacios de discusión social en subsistemas sociales específicos. Así, por ejemplo, el principio de “Estado social de derecho” fue fundamental para establecer un acuerdo político entre izquierda y derecha, entre mercado y Estado, que posibilitó la cohesión social de colombianos de diferentes tendencias. Dentro del programa del Estado social de derecho también se reclamaba un fortalecimiento de los derechos sociales de todos los ciudadanos, en particular la salud y la educación que, por tanto, se establecieron como derechos sociales. Más allá de estos acuerdos, sin embargo, quedaba por definir, en concreto, el diseño de los sistemas de salud y educación que debían garantizar la prestación de los derechos, así como el papel que los diferentes actores institucionales tendrían en ese proceso. La fórmula de Estado social de derecho, pues, abrió espacio de maniobra para establecer un sistema de prestación de salud que es altamente socializado en sus ingresos y prestaciones, pero que, al mismo tiempo, cuenta con la participación del sector público y privado con típicas garantías de autonomía de propiedad,

crático doctor Carlos Gaviria, quien en su programa político plantea que: “La salud se ha convertido en un negocio lucrativo e inhumano en el país. Es esencial anteponer el bienestar y la salud de todos a los intereses mercantiles. Daremos vigencia a la salud como un derecho fundamental del ser humano. Por tanto, propondremos la derogación de la Ley 100 de 1993 y el establecimiento de un *Sistema Universal de Seguridad Social Integral* de carácter público, con cobertura de calidad e igualdad de oportunidades, sin que la calidad y el acceso dependa de la capacidad de pago del usuario. El sistema estará a cargo del Estado como garante del derecho a la salud. Se financiará con parte de los impuestos generales y progresivos mediante un Fondo Público Único”.

recursos y administración. El Estado social de derecho, pues, no estableció el sistema de salud del estado welfarista europeo. El sistema busca una cobertura universal y de calidad para todos los ciudadanos, pero depende, en su concepción, del ahorro y del empleo privados. Al establecerse la Constitución del 91 no era claro, de todas maneras, el papel que el “derecho a la salud” tendría en el sistema. Podría haber sido apenas un papel general y más bien retórico-político en el que el derecho animaba los procesos de diseño e implementación del sistema de salud. En lugar de ello, sin embargo, los jueces colombianos tendieron a “fundamentalizar” el derecho social, con lo que, básicamente, abrieron la posibilidad de que los usuarios del sistema tuvieran una acción constitucional para debatir la multitud de conflictos que el sistema, debido a su complejidad y sensibilidad, puede generar. Al abrir esta vía de acción, los jueces quedaron en la situación de expedir sentencias directamente basadas en el texto constitucional que podían tener el efecto de inaplicar o criticar características del sistema tal y como había sido concretamente diseñado en la ley. El sistema de salud, se “constitucionalizó” de la mano de la “fundamentalización” del derecho a la salud.

La judicialización ha sido un fenómeno interesante, pero no exento de problemas: ha dado voz a pacientes y sus familiares, a médicos y personal asistencial, para discutir la naturaleza y técnicas de la contención de costos originalmente establecida en el sistema de salud. Desde esta perspectiva de movilización social, la tutela en salud permitió discutir las técnicas de contención de costos frente a enfermedades catastróficas, frente al sida y frente a las alternativas terapéuticas y de medicamentos que el listado POS había establecido a partir de concepciones basadas en la medicina fundamentada en la evidencia. Este esquema, tan sencillo, sin embargo, presenta potenciales de conflicto enormes entre pacientes y EPS, entre médicos y EPS y entre pacientes y médicos. Institucionalmente, de otro lado, el sistema de salud fue claro en determinar las responsabilidades asistenciales al interior del sistema, pero fue débil en establecer las instituciones y los procesos de resolución de conflictos. La jurisdicción constitucional ha servido, claramente, para llenar esta función al tiempo que ha destapado las principales avenidas de conflicto que el sistema genera. Su jurisprudencia, en primer lugar, buscó una apertura del listado del POS cerrado. Tal apertura era necesaria para crear algún espacio de maniobra donde los conflictos pudieran ser considerados y resueltos. La solución legal,

de estricto cierre del POS, hubiese formado con el tiempo una olla de presión que habría de reventar necesariamente. La apertura del POS ha permitido algún tipo de conciliación entre los principios constitucionales, por un lado, y las evidentes restricciones financieras que el sistema necesariamente impone por el otro. Su importancia ha sido tal que, luego, la rama ejecutiva la ha adoptado como mecanismo de interacción con los consumidores y con las EPS. En este diálogo institucional concreto, de hecho, el Congreso se ha mostrado particularmente débil, ya que le es difícil seguir los detalles técnicos de la jurisprudencia o de la regulación. De hecho, la intervención del Congreso en estos temas ha mostrado una mayor apertura a la cooptación por parte de intereses (una de sus potenciales debilidades), y una menor capacidad de intervenir en los diálogos sociales para solidificar las “buenas ideas” o los “buenos desarrollos” en textos legales (la cual debería ser su función básica de representación y de mediación de intereses sociales). En este campo se muestra, de nuevo, que el Congreso colombiano tiene enormes debilidades institucionales y técnicas en sus funciones de representación social y conciliación de intereses.

Estas debilidades se muestran como inexcusables ante el panorama actual del sistema de salud pues a pesar de las innegables contribuciones que la judicialización ha producido, los problemas enfrentados por el sistema se muestran cada vez más irresolubles, en especial a causa de las limitaciones económicas producidas por la desregulación del ámbito laboral en Colombia que dificultan el que se corrijan las disfunciones del sistema de salud detectadas por la jurisdicción constitucional.

De otro lado, jueces y administradores también han exhibido defectos institucionales propios: los jueces, en primer lugar, no tienen una conciencia clara (ni siquiera al día de hoy) acerca de qué impacto tiene sobre el sistema y sus usuarios la tutela en salud. Los jueces, en ese sentido, están muy abiertos a problemas reales (al recibir las demandas de la ciudadanía empoderada), pero tienen poca capacidad de sistematización y abstracción de sus decisiones individuales. Esta función puede ser realizada, alternativamente, por el Congreso, por la doctrina o, incluso, por las sentencias de formación de jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este esfuerzo, el derecho constitucional colombiano todavía tiene deudas notorias. La jurisprudencia todavía es, para nosotros, una masa de casos. Las líneas jurisprudenciales muestran las tendencias en las decisiones, pero este nivel de análisis es todavía

inadecuado: hay que entender, finalmente, cuál es el impacto que las líneas jurisprudenciales tienen sobre los subsistemas sociales en donde actúan. Esta labor requiere de un derecho constitucional más activo en la investigación interdisciplinaria de los problemas que enfrenta. Este texto busca dar algunas ideas (muy preliminares aún) sobre cómo proceder al respecto.

Así, pues, la constitucionalización de la vida implica la posibilidad que los jueces, utilizando de manera directa los derechos, intervengan en subsistemas sociales específicos como agentes de toma de decisiones frente a conflictos y, subsidiariamente, como reguladores del sistema. Esta posición que han adoptado los jueces proviene de una de las características de la macro-negociación del 91: más derechos para la gente y menos excusas para su implementación real y efectiva. El acuerdo del 91 funciona si los derechos no son simplemente “acuerdos dilatorios” que, en realidad, pospongan la satisfacción de necesidades primarias de toda la población.

La fundamentalización de los derechos sociales, la constitucionalización y judicialización de la vida son el resultado de procesos de empoderamiento social potencialmente benéficos. Pero debe tenerse en cuenta que sus beneficios no son eternos ni permanentes. Constantemente hay que estar evaluando la función que los derechos tienen en el tejido social y económico, a quién empoderan y cómo afectan la redistribución entre los colombianos. La redistribución, en ese sentido, no es simplemente una opción: es parte de la decisión constituyente fundamental que le ha dado credibilidad a la Constitución de 1991 como nuevo pacto social de cohesión de colombianos de diversas vertientes ideológicas y políticas. Esta redistribución, al mismo tiempo, se debe lograr, no mediante la dictadura económica y/o política, sino mediante esquemas sensatos y sostenibles en el tiempo que, igualmente, puedan ser rigurosamente evaluados en sus resultados. Esa es la visión que la Constitución trae y que justifica, al menos en parte, la función simbólica y política que su texto debería cumplir entre nosotros.

4. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

- ACEMI. *Aspectos relevantes en materia de salud como derecho fundamental y su impacto en las aseguradoras privadas*. Bogotá: En el archivo del autor, 2008.
- Ackerman, Bruce «*We the People: Transformations*». Belknap, Cambridge, 1991.
- Arango, Rodolfo. «El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.» En *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, de Julio Alexei. Bogotá: Universidad Externado, 2008.
- Arrieta, Aquiles. «Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso del servicio público de salud». *Revista Tutela* No.45, 2003.
- Bravo Gala, Pedro (editor), «*Socialismo Premarxista*. » Tecnos, Madrid, 1998.
- Carrasquilla, Alberto. «El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos». Informe preparado para ACEMI, Bogotá, 2008.
- Chinchilla, Tulio E., «¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?». Temis, 1999,
- CNSSS. «Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social al Congreso.» Bogotá, 2007.
- Deaton, A. *Income, Aging, Health, and Well-being Around the World: Evidence from the Gallup World Poll*. Working Paper No. 13317, National Bureau of Economic Research, 2007.
- Defensoría del Pueblo. *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud-2005*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.
- Donabedian, Avedis. *An Introduction to Quality Assurance in Health Care*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Engle, Eric. «Universal Human Rights: A Generational History». *12 Annual Survey of International and Comparative Law* 219, 2006.
- Fuenzalida, H. y Scholle, S. *The Right to Health in the Americas: A Comparative Constitutional Study*. Washinton: Organización Panamericana de la Salud, 1989.
- Gallanter, Marc. «Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change». *Law and Society*, 1974.
- González, Adriana. «La salud en Colombia, un derecho aparentemente fundamental». Memorando de derecho público- Universidad Libre de Pereira, 2005.

- Helfer, Laurence. «Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes». *102 Columbia L. Rev.* 1832, 2002.
- Hyman, David. «Fixing the Distributive Injustices of American Health Care». *69 Law & Contemporary Problems* 265, 2006.
- Kinney, Eleanor. «Tapping and Resolving Concerns About Health Care». *26 American Journal of Law and Medicina*, 2000.
- Langer, Robert. «Regulation by Litigation». *33 Connecticut Law Review* 1141, 2001.
- León, Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Francisco Beltrán, Madrid, 1902.
- Londoño Hoyos, Fernando. *La economía en la constitución de 1991*. 137 Revista Javeriana (2001).
- Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. *Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253, 1987.
- López Medina, Diego. «El constitucionalismo social: genealogía y desarrollo local de los derechos sociales a partir de la Constitución colombiana de 1991». En *Corte Constitucional: 10 años. Balances y perspectivas*, de Carlos Molina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.
- . *La defensa de la libertad: análisis de las relaciones entre ley, derechos humanos y derechos fundamentales*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.
- Maceira, Daniel. «Actores y reformas en salud en América Latina». Nota técnica de saúde No. 1/2007. Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- Moncayo, Víctor. *El leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del estado y el caso colombiano*. Bogotá: Norma, 2004.
- Monereo, José Luis. *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
- Nelson, William. *Marbury v. Madison: The Origin and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University of Kansas Press, 2000.
- Orozco, Iván, y Juan Gabriel Gómez. *Los peligros del constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Editorial Temis/IEPRI, 1999.
- Rich, Robert Erb, Christopher Gale, Louis. «Judicial Interpretation of Managed Care Policy.» *13 Elder Law Journal* 85, 2005.

- Rieff, David. «Miracle Workers?» *The New York Time Magazine*, February 17, 2008.
- Rosen, Jeffrey. «Supreme Court Inc.» *The New York Times Magazine*, March 17, 2008.
- Sage, William. «Relational Duties, Regulatory Duties, and the Widening Gap Between Individual Health Law and Collective Health Policy.» 96 *Georgetown Law Journal* 497, 2008.
- Sarkin, Jeremy, Ives Haeck, y Johan Vande. *Resolving the Tension between Crime and Human Rights*. Antwerpen: Maklu Uitgevers, 2001.
- Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Bogotá: Dejusticia, 2006.
- Uprimny, Yepes Rodrigo y Diana Rodríguez. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. En: http://www.sindess.org/inicio/inicio.php?ver=noticias&op=ver_mas&id=273