

POLÍTICAS SOCIALES

Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia

Rodrigo Uprimny
Juanita Durán



cooperación
alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

POLÍTICAS SOCIALES

Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia

Rodrigo Uprimny
Juanita Durán



NACIONES UNIDAS



cooperación
alemana

DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Este documento fue preparado por Rodrigo Uprimny y Juanita Durán, bajo la supervisión de Ana Sojo, Oficial de Asuntos Sociales de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y Olga Lucía Acosta, Asesora Regional de la Oficina de la CEPAL en Bogotá, en el marco del proyecto Pacto social para una protección social más inclusiva (GER/12/006), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) de Alemania.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la institución.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN 1564-4162

LC/L.3829

Copyright © Naciones Unidas, mayo de 2014. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Introducción	5
I. El contexto: el marco constitucional y legal del litigio en salud	7
A. La constitucionalización de la salud y de su protección judicial.....	7
B. La adopción de un nuevo sistema de salud en 1993.....	8
C. Síntesis y desarrollos en curso	12
II. La descripción: el perfil de la tutela en salud en Colombia	15
A. La magnitud: ¿cuál es la dimensión cuantitativa del litigio en salud?	15
B. Las razones: ¿con cuáles argumentos sustantivos se litiga?.....	19
C. Los beneficios buscados: ¿qué se solicita en las acciones de tutela?	22
D. Los beneficiarios directos: ¿quiénes litigan?	33
III. El balance: los efectos ambivalentes del litigio en salud en la inequidad	39
A. Una rutinización inercial y regresiva: los impactos inequitativos y las ineficiencias de la justiciabilidad individual.....	39
B. Dos elementos igualitarios de la justiciabilidad individual en Colombia.	41
C. Más allá de los casos individuales: impactos indirectos y estructurales de la justiciabilidad de la salud	46
D. La jurisprudencia estructural de la Corte Constitucional	47
E. El diagnóstico y la reacción por parte del regulador	50
F. El diagnóstico y la reacción por parte del legislativo.....	52
G. Los efectos simbólicos del litigio.....	56
IV. Conclusiones y recomendaciones	59
Bibliografía	65
Serie Políticas Sociales: números publicados	68

Cuadros

CUADRO 1	COLOMBIA: EVOLUCIÓN GENERAL DE LAS TUTELAS Y DE LAS REFERIDAS A SALUD, 1999-2011	16
CUADRO 2	COLOMBIA: VALOR DE LOS RECOBROS SOLICITADOS POR TUTELA Y CTC	19
CUADRO 3	COLOMBIA: TRAYECTORIA HISTÓRICA DEL NÚMERO DE TUTELAS EN SALUD, POR TIPO DE SERVICIO, 1999-2011	24
CUADRO 4	COLOMBIA: ACUMULADO DEL NÚMERO DE TUTELAS EN SALUD, POR TIPO DE SERVICIO, 1999-2011	25
CUADRO 5	COLOMBIA: CINCUENTA MEDICAMENTOS DE MARCA MÁS RECOBRADOS MEDIANTE LITIGIO, 2012	27
CUADRO 6	COLOMBIA: EVOLUCIÓN DE LA TASA DE LITIGIO POR RÉGIMEN DE SALUD, POR CADA 100.000 AFILIADOS.....	34
CUADRO 7	COLOMBIA: RECOBROS DE LA LITIGACIÓN DE SALUD, POR QUINTILES DE INGRESO DE COTIZACIÓN, JULIO 2011-JUNIO 2012	35
CUADRO 8	COLOMBIA: COMPARACIÓN DE ÍNDICES DE LITIGIO Y RESULTADOS EN SALUD ENTRE ANTIOQUIA Y LA GUAJIRA	37
CUADRO 9	COLOMBIA: LITIGIO EN SALUD EN DEPARTAMENTOS CON ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO (IDH) MÁS BAJO, 2011	37
CUADRO 10	COLOMBIA: LITIGIO EN SALUD EN DEPARTAMENTOS CON ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO (IDH) MÁS ALTO	38

Gráficos

GRÁFICO 1	COLOMBIA: EVOLUCIÓN GENERAL DE LAS TUTELAS Y DE LAS REFERIDAS A SALUD, 1999-2011	17
GRÁFICO 2	COLOMBIA: NÚMERO DE SOLICITUDES DE RECOBROS POR CTC Y TUTELAS.....	18
GRÁFICO 3	COLOMBIA: CAPTURA DEL MERCADO POR UNA MARCA DE MEDICAMENTO DE LOS VEINTE PRINCIPIOS ACTIVOS MÁS RECOBRADOS MEDIANTE LITIGIO, 2012	26
GRÁFICO 4	COLOMBIA: MAGNITUD DE LOS RECOBROS JUDICIALES, POR VALOR DE SOLICITUD, JULIO 2011-JUNIO 2012	29

Introducción

La protección de los derechos sociales, y particularmente del derecho a la salud, mediante su constitucionalización y el establecimiento de mecanismos judiciales para garantizar su efectividad, es una práctica cada vez más extendida¹. Los debates teóricos sobre la factibilidad o la deseabilidad de que los derechos sociales estén protegidos judicialmente, esto es, de que sean “justiciables”, están por ello siendo reemplazados cada vez más frecuentemente por nuevas preguntas, enfocadas en los efectos prácticos de estas formas de protección.

Una de las preguntas más reiteradas en la literatura reciente sobre los efectos del litigio en salud —formulada originalmente en relación con Brasil y extendida también a otros países y específicamente a Colombia²— es si éste acarrea más desigualdad que igualdad en la protección del derecho a la salud³. El punto de partida empírico para formular esta interrogante es la constatación de que el litigio en salud, tal como en otras áreas, estaría monopolizado por la clase media y alta.

Adicionalmente, que esa protección judicial se concentraría mayoritariamente en medicamentos sofisticados, de marca y de alto costo⁴. La consecuencia sería que una minoría litigante, de origen privilegiado, accedería mediante las cortes a beneficios que el resto de la población no tiene garantizados y que se obtienen a expensas de los recursos públicos que irían a la mayoría no litigante y no privilegiada, que tiene que soportar la provisión de servicios de salud en un sistema empobrecido. En estas condiciones, el litigio terminaría reproduciendo e incluso agravando los esquemas de privilegios que existen en las sociedades y operan en contra de los más desprotegidos⁵.

¹ Jung, Courtney. *Version 2.0 of the TIESR Dataset*. Toronto Initiative for Economic and Social Rights, online en www.TIESR.org. El TIESR recoge información de 96 países. Según esa clasificación el derecho a la salud está presente en el 68.7% de las Constituciones y es justiciable en el 40.5% de los casos.

² Yamin, Parra-Vera, y Gianella (2011). Pág. 144.

³ Ferraz (2011); Afonso da Silva and Terrazas Vargas (2011).

⁴ Ferraz (2011). Op Cit. Pág. 1662.

⁵ Ibidem. Pág. 1663.

El objetivo de este artículo es explorar hasta qué punto efectivamente el litigio en salud en Colombia podría estar causando más desigualdad que igualdad en la protección del derecho a la salud^{6,7}.

Como se verá, la conclusión sugiere que el litigio ha tenido efectos mixtos en términos de igualdad. De un lado, si se miran los casos individuales, la justiciabilidad de la salud ha tendido a favorecer a la clase media y alta, quienes obtienen la mayoría de los beneficios directos e individuales del litigio. No obstante, esta tendencia es moderada y se ha ido reduciendo con el tiempo. De otro lado, la protección judicial de la salud ha tenido efectos agregados pues ha desencadenado otros procesos de una naturaleza más estructural; estos impactos generales, más allá de los casos concretos, terminan muchas veces beneficiando a los sectores más excluidos y pobres de la sociedad.

Estos efectos mixtos de la protección judicial sobre la equidad en el goce del derecho a la salud, que ya habían sido constatados y sugeridos por otros autores⁸, muestran que para evaluar los impactos distributivos de la justiciabilidad es necesario tener en cuenta no sólo los efectos directos en los casos individuales y para los litigantes específicos, sino que es necesario examinar otros efectos e impactos más globales, como son los efectos indirectos sobre los no litigantes. Esta metodología permite además formular una conclusión que es políticamente trascendental: hay contextos, diseños institucionales y tipos de decisiones que hacen previsible que la protección judicial de la salud tenga efectos inequitativos y regresivos, pero existen igualmente contextos, diseños institucionales y tipos de decisiones que otorgan a la protección judicial un gran potencial democrático y redistributivo.

Nuestra conclusión es que la alternativa frente a ciertos impactos regresivos de la protección judicial de la salud no es intentar revertir la justiciabilidad de este derecho, que no sólo parece políticamente poco realizable en la actualidad, sino que además no es ética ni jurídicamente deseable pues priva a los derechos sociales en general y al derecho a la salud en particular de su carácter de verdadero derecho humano. La alternativa es otra: es necesario comprender cuáles son los factores que hacen que la justiciabilidad sea en ciertos casos regresiva y en otros casos redistributiva, a fin de promover doctrinas jurídicas y diseños procesales e institucionales que reduzcan los riesgos regresivos del litigio en salud y promuevan su potencial democratizador e igualitario.

El artículo está dividido en cuatro apartados. El primero presenta el contexto del litigio y la protección judicial de la salud, para lo cual resume los elementos esenciales del derecho constitucional a la salud y sus mecanismos de protección, concretamente la acción de tutela. El segundo apartado describe el fenómeno, para lo que desarrolla un perfil del litigio en Colombia con base en cuatro preguntas básicas: i) su magnitud, esto es, cuál es su dimensión; ii) sus razones, esto es, cuáles son los argumentos sustantivos con los que se litiga; iii) sus beneficios, o qué es lo que se solicita y otorga en las acciones de tutela; y iv) sus beneficiarios directos, o quiénes son los litigantes y beneficiarios de la protección judicial. Esta segunda parte presenta las características específicas del funcionamiento del litigio y permite una primera aproximación a la distribución de beneficios en los casos individuales. Pero la evaluación global del fenómeno es realizada en el tercer apartado, que explora los distintos efectos del litigio y la protección judicial sobre la igualdad, para lo cual, conforme a nuestro enfoque teórico, analizamos no sólo el impacto directo del litigio individual, que tiende a ser regresivo, sino también consecuencias más globales más allá de los beneficiarios de los casos concretos, las cuales tienden a ser más igualitarias. El artículo termina con algunas conclusiones y recomendaciones, que buscan, como ya señalamos, reducir las inequidades y potenciar los efectos democratizadores de la protección judicial de la salud.

⁶ Los autores agradecen a la CEPAL por los detallados y agudos comentarios a los borradores de este artículo.

⁷ Este texto profundiza algunas tesis propuestas en Uprimny y Durán (2013), particularmente en la parte I, donde se retoman algunos antecedentes de aquel estudio, que se actualizan en numerosos aspectos y se presentan de manera más amplia y detallada.

⁸ Ver en especial el estudio comparado pionero en este campo de Gauri y Brinks: Gauri y Brinks (Eds) (2008). Págs. 21 y ss. y págs. 334 y ss.

I. El contexto: el marco constitucional y legal del litigio en salud

Los dos antecedentes institucionales y normativos esenciales para entender el funcionamiento de la protección judicial de la salud en Colombia son la adopción de la Constitución de 1991 y del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) mediante la Ley 100 de 1993.

A. La constitucionalización de la salud y de su protección judicial

La importancia de la Constitución de 1991 se debe a que ésta estableció por primera vez el derecho a la salud en Colombia como derecho constitucional y previó la acción de tutela como un mecanismo de protección de este y otros derechos fundamentales. En cuanto al derecho a la salud, si bien la disposición constitucional dedicada exclusivamente a la salud, el artículo 49, no menciona la salud como un derecho, las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente muestran que durante todos los debates la salud fue considerada como un componente del derecho “irrenunciable” a la seguridad social establecido en el artículo 48⁹. Así, mientras el artículo 48 definió el estatus de derecho “irrenunciable” de la salud¹⁰, el artículo 49 definió el marco conforme al cual se deben establecer los arreglos institucionales para la prestación de los servicios. Precisó esa última disposición por ejemplo que la “atención de la salud y el saneamiento ambiental” son “servicios públicos a cargo del Estado” y que se garantiza a todas las personas el “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Asignó al Estado la obligación de “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental” en el marco de los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad” y le atribuyó las funciones de “establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control” y “establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados

⁹ Lamprea (2011). Pág. 14.

¹⁰ Señala el artículo 48 de la Constitución: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)”.

en la ley”. Esta misma norma constitucional autorizó la participación de particulares en la prestación del servicio e indicó que estos debían prestarse “en forma descentralizada” y “por niveles de atención” garantizando la “participación de la comunidad” y la “atención básica para todos los habitantes” de manera “gratuita y obligatoria” en los términos señalados en la Ley. Finalmente señaló que toda “persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”¹¹.

Además de los artículos 48 y 49, otras disposiciones constitucionales abordan diferentes aspectos del derecho a la salud como el derecho fundamental a la salud de los niños (artículo 44), la garantía de seguridad social de las personas de la tercera edad (artículo 46), la protección de “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (artículo 47), el acceso a servicios de salud de los trabajadores agrarios (artículo 64), la destinación preferente de las “rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores” a “los servicios de salud y educación” y la destinación exclusiva a los servicios de salud de las “rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar” (artículo 336), y las reglas para la transferencia de recursos a las regiones para efectos de garantizar el servicio de salud (artículo 356).

Sin embargo, a pesar de haber definido esos lineamientos, y como ha ocurrido en otros países¹², la Constitución no precisó las reglas para hacerlos efectivos ni el contenido de la protección específica del derecho a la salud. En su lugar, la Constitución atribuyó al legislador amplias facultades para desarrollar el sistema de salud, las condiciones de acceso a servicios, la ampliación progresiva de la cobertura y las reglas para la participación de los particulares en la prestación de servicios de salud.

Por su parte, el artículo 86 estableció un poderoso mecanismo de protección de los derechos fundamentales, que es la acción de tutela, que permite su “protección inmediata”, siempre que éstos “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La tutela puede ser presentada por cualquier persona, sin necesidad de abogado, “ante los jueces”, “en todo momento y lugar”. El procedimiento es “preferente y sumario” y se caracteriza por su informalidad. Debe ser decidida en 10 días la primera instancia y el fallo puede ser impugnado. Si bien es requisito de procedibilidad que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, esta regla se exceptúa cuando “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Todas las sentencias de tutela son remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Una Sala de Selección conformada por dos magistrados que se sortean por la Sala Plena cada mes escoge algunos casos de entre los cientos que llegan diariamente a la Corte y los asigna aleatoriamente a las distintas Salas de Revisión, que están conformadas por tres Magistrados y que deciden el asunto de fondo en un término de tres meses. La selección se hace “sin motivación expresa y según su criterio”, pero cuando un expediente es excluido de revisión cualquier Magistrado, el Defensor del Pueblo o el Procurador, pueden insistir en su selección. El porcentaje de casos revisado por la Corte Constitucional es muy bajo; el pico más alto se alcanzó en 1993 cuando revisó el 1,9% de las tutelas interpuestas en el país¹³. A partir de ese momento, aunque la Corte ha incrementado el número de tutelas que revisa, dado el crecimiento del número de acciones interpuestas en todo el país, el porcentaje es cada vez menor: desde 2006 nunca ha representado más del 0,3% y en 2011 fue del 0,1%¹⁴.

B. La adopción de un nuevo sistema de salud en 1993

En este contexto constitucional fue adoptado el SGSSS mediante la Ley 100 de 1993. Cuando se inició el debate sobre la adopción de un sistema de salud en Colombia la situación era crítica: sólo 23% de la población contaba con cobertura, 20% no tenía acceso a ningún tipo de servicios de salud y 10% accedía mediante prestadores privados¹⁵. El consenso más o menos extendido sobre la situación de la salud en el

¹¹ Recientemente, mediante el Acto Legislativo 2 de 2009 se incluyeron en el artículo 49 algunas reglas sobre porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

¹² Sobre el alcance de la norma constitucional que consagra el derecho a la salud en Brasil: Ferraz (2011). Op Cit. Sobre el alcance de la norma constitucional que consagra el derecho a la salud en Sudáfrica: Pieterse (2008).

¹³ Defensoría del Pueblo (2012). P 91. En ese año fueron interpuestas 20.181 tutelas y la Corte revisó 394.

¹⁴ Ibidem. PÁG. 91. En 2011 fueron interpuestas 405.359 tutelas y 629 fueron revisadas por la Corte Constitucional.

¹⁵ Lamprea, Op Cit. Pág. 6.

país, indicaba que el sistema era “inequitativo, segmentado e ineficaz” y debía ser reformado¹⁶. Desde el punto de vista ideológico la reforma se inscribió en el modelo de “pluralismo estructurado” impulsado por el Banco Interamericano de Desarrollo en toda la región¹⁷, el cual a su vez hacía parte de un proceso más amplio de “reorientación del significado de la política social” ocurrido en los noventa con el llamado “Consenso de Washington”. En resumen, éste buscaba superar el elevado coste fiscal y la distorsión de ciertos servicios que eran prestados por el Estado con subsidios a la oferta, por una reorientación de la política social, que buscaba la focalización de los servicios mediante fórmulas que reducían las responsabilidades del estado, descentralizaban la política social y buscaban la provisión de servicios focalizados y con participación del sector privado y subsidios preferentemente a la demanda¹⁸.

Siguiendo estas líneas, la Ley 100 de 1993 adoptó un modelo de “competencia regulada” en el cual los privados participan y compiten en la prestación del servicio bajo la regulación del Estado¹⁹. La prestación de los servicios fue organizada bajo un sistema de aseguramiento en el cual el asegurador, llamado Empresa Promotora de Salud (EPS), está obligado a garantizar un paquete de servicios contenido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), mediante Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS). Tanto las EPS como las IPS pueden ser públicas o privadas. El POS se financia por medio de una prima de aseguramiento denominada la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y tanto ésta como el POS son definidas por el Ministerio de la Salud y la Protección Social²⁰.

La afiliación de las personas al sistema se hace por medio del régimen contributivo o del régimen subsidiado, según su capacidad de pago y que cuenten o no con un contrato de trabajo formal. Todas las personas que cuentan con capacidad de pago (trabajadores dependientes del sector privado, trabajadores del sector público, trabajadores independientes con capacidad de pago, entre otros) están obligadas a contribuir de acuerdo sus ingresos mediante una cotización mensual²¹. En este régimen, los afiliados pueden contratar planes voluntarios que ofrezcan servicios adicionales o complementarios a los establecidos en el POS, pero deben ser financiados en su totalidad con recursos de los afiliados²². De otra parte, los afiliados al régimen subsidiado ingresan al sistema mediante cupos que son administrados por las administraciones locales y asignados por medio de un proceso de priorización y focalización basado en una encuesta sobre la situación socioeconómica de los potenciales afiliados que se llama el SISBEN. A estos afiliados se le asigna una EPS del régimen subsidiado y su UPC es financiada por el

¹⁶ López, Diego (2008).

¹⁷ Ibidem. Pág. 3.

¹⁸ Para una descripción detallada del alcance del “Consenso de Washington” en política social, ver: Procuraduría general de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008). P 48 y ss.

¹⁹ Lamprea, Op Cit. Pág. 44.

²⁰ Originalmente estas funciones habían sido atribuidas en la Ley 100 de 1993 al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) según el artículo 171. La Ley 1122 de 2007, artículo 3 a 7, creó la CRES y le atribuyó las funciones desempeñadas por el CNSSS. Mediante el Decreto 2560 de 10 de diciembre de 2012 se suprimió la CRES y se atribuyeron sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social. De conformidad con el artículo 26 a éste corresponde: “1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. // 2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios. // 3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada”.

²¹ La Ley 100 de 1993 inicialmente había fijado la cotización en 12% del ingreso base del cotizante (artículo 205) y fue incrementada a 12.5% mediante el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. Si se trata de un trabajador dependiente la cotización se comparte con el empleador quien asume dos tercios de la misma. Los trabajadores independientes deben asumirla en su totalidad. La cotización no corresponde al valor de la UPC, que es fijada por el órgano de regulación y se compensa cada anualidad de los recursos recaudados por cotizaciones. La Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 introdujo dos modificaciones a las cotizaciones. En primer lugar, eliminó el deber de cotizar para las personas jurídicas que declaren impuesto de renta y en su lugar creó el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (artículo 24) que sustituye la contribución a salud de los empleadores a partir de 2014. Esta exención se aplica para los trabajadores que devenguen hasta 10 salarios mínimos. Señala el artículo 31: “A partir del 1o de enero de 2014, estarán exoneradas de la cotización al Régimen Contributivo de Salud del que trata este artículo, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” El artículo 25 por su parte, creó la misma excepción para personas naturales que empleen más de dos personas y que devenguen menos de 10 salarios mínimos. Señala la norma: “Así mismo las personas naturales empleadoras estarán exoneradas de la obligación de pago de los aportes parafiscales al SENA, al ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso”.

²² Artículo 169 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 37 de la Ley 1438 de 2011.

Estado con recursos fiscales y de solidaridad²³. Según la última cifra oficial reportada por el Ministerio de Salud, el 46,9% de la población se encuentra en el Régimen Contributivo y el 53,1% en el Subsidiado²⁴. Estas cifras corresponden al 90,9% de la población. Quienes no están cubiertos en ninguno de los dos regímenes, denominados “vinculados”, tienen derecho a acudir a la red pública de salud y acceder a servicios mediante subsidios a la oferta.

Además del Ministerio de Salud y Protección Social, que tiene la función de regulación y rectoría del sistema, la institucionalidad del SGSSS comprende la Superintendencia de Salud que ejerce las facultades de inspección, vigilancia y control²⁵. Actualmente, además de las funciones de control de la actuación de los aseguradores y los prestadores de servicios, la Superintendencia ejerce funciones jurisdiccionales para resolver conflictos dentro del sistema incluyendo aquellos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario” (competencia asignada por la Ley 1122 de 2007) y con “las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo” (competencia asignada por la Ley 1438 de 2011). Estas facultades coinciden temáticamente con el objeto de la tutela en salud en el país; sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que esas competencias de la superintendencia no desplazan automáticamente al juez de tutela en la decisión de casos concretos²⁶, a pesar de que algunos Magistrados son más rigurosos en considerar que se debe aplicar como mecanismo principal de protección del derecho a la salud²⁷. En la práctica, el uso de estas facultades ha sido incipiente. Por ejemplo, en 2010 no se presentó ninguna queja relacionada con problemas de cobertura, en 2011 se presentaron 2 casos por prestaciones económicas (de 99 solicitudes recibidas en total en el período)²⁸.

²³ Según el artículo 105 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 1122 de 2007, el 1,5 de la cotización en el régimen contributivo será trasladado “a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

²⁴ Ministerio de Salud y Protección Social: <http://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/Paginas/CoberturasdelR%C3%A9gimenSubsidiado.aspx> [Consultado el 25 de mayo de 2013].

²⁵ La Ley 100 de 1993 le atribuyó estas funciones inicialmente a la Superintendencia en el artículo 233. Estas han sido posteriormente modificadas por las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 con la finalidad de fortalecer institucionalmente la entidad, pero ha mantenido en esencial su rol en el diseño original del SGSSS.

²⁶ En la sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte declaró la constitucionalidad de la norma que establece la competencia jurisdiccional de la Superintendencia (artículo 41 de la Ley 1122 de 2007). Sobre las relación entre la competencia de la Superintendencia y la de los jueces de tutela señaló: “según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la “(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente” (cita sin notas al pie).

²⁷ En 2012, una sala con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo decidió en 4 casos en sede de revisión en los que denegó el amparo solicitado por los tutelantes por considerar que estos no habían acudido a la Superintendencia de Salud antes de interponer la acción de tutela. El primer caso en el que se adoptó una decisión en este sentido fue la sentencia T-756/12 en la cual se estudió la situación de una persona a la que la EPS le autorizó un examen en una ciudad distinta a la de su residencia, por lo que solicitaba que se le asignara el servicio en su misma ciudad. En esta sentencia se determinó que la competencia de la Superintendencia era principal y prevalente y no se evidenciaba “la amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio”. Por esta razón en la parte resolutoria declaró improcedente el amparo y ordenó en enviar “copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que ASUMA el conocimiento inmediato del asunto tratado y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011, velando siempre por la efectiva realización del derecho fundamental a la salud, en los términos en que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación”. Asimismo ordenó “a la Superintendencia Nacional de Salud que reitere a las Entidades Promotoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la existencia de este mecanismo jurisdiccional de protección de sus derechos a la salud, con el fin de que éstas lo den a conocer a sus usuarios a través de mecanismos eficaces de comunicación”. Decisiones similares fueron adoptadas en las sentencias T-825/12, T-914/12 y T-916/12. Hasta el momento, ninguna otra sala de tutela en la Corte Constitucional ha aplicado tan estrictamente esta regla.

²⁸ Superintendencia Nacional de Salud (2012). Pág. 14.

El SGSSS prevé además un mecanismo para tramitar los servicios no POS ordenados por los médicos tratantes: los Comités Técnico Científicos, (CTC). Estos fueron creados por la Ley 100 de 1993 (artículo 188) como órganos adscritos a las EPS para resolver “hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del sistema general de seguridad social en salud”. La función de estos comités ha cambiado²⁹ respondiendo a los retos impuestos por la jurisprudencia, de modo que se han ido transformado en órganos de resolución de conflictos sobre los servicios de salud no POS ordenados por los médicos tratantes³⁰. A pesar de estas transformaciones, su enfoque sigue teniendo un componente administrativo importante que se evidencia por ejemplo en el rol preponderante que cumplen los administradores en la composición de los comités³¹. También siguen siendo percibidos como órganos que promueven más los intereses de los aseguradores que de los pacientes³². Los criterios en los que se basa su análisis son similares a los de la jurisprudencia pero han sido interpretados más restrictivamente. Estos exigen que los servicios de salud no POS solicitados sean prescritos por profesionales adscritos a la EPS, que su uso se encuentre autorizado en el país, que se hayan agotado las alternativas terapéuticas del POS y que exista “riesgo inminente para la vida o salud del paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva”³³. Con todo su uso ha crecido exponencialmente, especialmente a partir de la adopción de la sentencia T-760 como se explicará más adelante.

La financiación de los servicios no cubiertos en el POS autorizados por los CTC o que fueron ordenados en acciones de tutela corresponde al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), que tiene como función la administración de los recursos del SGSSS. El Fosyga fue creado por la Ley 100, artículo 229, y está conformado por cuatro subcuentas: la de “compensación interna del régimen contributivo” en la que se hace el balance entre los recaudos por cotizaciones y el pago de las UPC por cada usuario afiliado; la de “solidaridad del régimen de subsidios en salud” que contribuye a la financiación del régimen subsidiado; la de “promoción de la salud” destinada a financiar actividades de promoción y prevención) y la de “seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito” que financia estas eventualidades.

La responsabilidad de financiar los servicios no POS con cargo a esta cuenta fue inicialmente establecida en la sentencia SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) en la que la Sala Plena decidió sobre varios casos acumulados de pacientes de VIH/SIDA que requerían servicios de salud que en muchos casos no estaban incluidos en su respectivo POS. Con anterioridad a esta decisión, la Corte había ordenado la provisión de servicios no POS como parte de la protección de los derechos fundamentales de los usuarios pero no había abordado la pregunta sobre a quién correspondía financiarlos. En esta decisión la Corte reiteró la obligación de las EPS de suministrar servicios de salud excluidos del POS cuando su negativa vulneraba los derechos fundamentales de los ciudadanos y, por primera vez, se preguntó a quién correspondía su financiación cuando no hacían parte del contrato entre el Estado y las EPS. Para responder esta pregunta distinguió entre la obligación de *suministrar* el servicio de la de *financiarlo*, asignando la primera a las EPS y la segunda al Fosyga. Si bien esta regla fue definida en ausencia de regulación y no fue planteada como inmodificable, en 2003, el Ministerio de Salud y Protección Social reguló los recobros manteniendo la regla jurisprudencial de recobro al Fosyga³⁴.

Finalmente, si bien no hace parte del diseño institucional del SGSSS, es importante mencionar la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) que dio impulso a la consolidación de algunos elementos del sistema. En lo relevante para este capítulo, esta sentencia de la Corte Constitucional identificó algunas de las fallas en la regulación que llevaban a la interposición masiva de tutelas y adoptó un conjunto de órdenes dirigidas a las autoridades de Salud, particularmente el Ministerio de Salud y Protección Social —y la CRES que en ese momento tenía a su cargo la regulación de algunos aspectos del sistema—, para que adoptaran medidas para superar dichas fallas. Entre estas se

²⁹ Entre las resoluciones más importantes se destacan las Resoluciones 2949 y 2948 de 2003; la Resolución 9737 de 2004; la Resolución 2933 de 2006 y la Resolución 3099 de 2008.

³⁰ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012a).

³¹ Ibidem. Pág. 21.

³² Ibidem. Pág. 6.

³³ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3099 de 2008, artículo 6.

³⁴ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2949 de 2003.

destacan la orden de actualizar los contenidos del POS (órdenes 17 y 18), y la orden de avanzar en la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado (órdenes 21 y 22), cuyo alcance explicamos brevemente.

La Ley 100 de 1993 previó que tanto el POS como la UPC debían ser actualizados periódicamente³⁵. A pesar de ello, la Corte encontró que si bien durante la vigencia del POS adoptado en 1994 se habían adicionado algunos servicios puntuales nunca se había realizado una revisión integral del mismo de acuerdo con los criterios legales: “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”. Esta circunstancia había llevado a que la cobertura del POS estuviera desactualizada y enfrentara dudas sobre sus contenidos, lo cual a su vez incentivaba el litigio en salud. De manera similar, aún cuando la UPC había sido incrementada anualmente conforme a la inflación, no se había revisado integralmente para garantizar que financiara de manera efectiva los contenidos del POS. Por estas razones, en la parte resolutoria se ordenó actualizar el POS y aclarar sus contenidos, lo que llevó a la adopción del Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 de la CRES, y más recientemente el Acuerdo 29 de 2011, los cuales han aclarado y ampliado la cobertura.

Como se explicó arriba, el SGSSS fue diseñado a partir de dos regímenes, el contributivo y el subsidiado. Inicialmente la Ley 100 establecía que el POS y la UPC de ambos regímenes sería diferente, pues el régimen subsidiado tendría un paquete de beneficios reducido que se ampliaría progresivamente hasta que ambos paquetes fueran iguales en 2001³⁶. Esta meta nunca se cumplió y en 2008 cuando la Corte revisó el tema encontró que ni siquiera existía un plan para la unificación, a pesar de que el régimen subsidiado excluía prestaciones importantes (como el tratamiento de la hemofilia) que llevaban a la interposición de acciones de tutela. Por estas razones, la Corte ordenó la unificación de ambos regímenes para el caso de los niños y la adopción de un plan para unificar progresivamente el POS en los demás casos. La CRES adoptó entonces una serie de decisiones que llevaron a la unificación total de ambos regímenes en el 2012³⁷.

C. Síntesis y desarrollos en curso

En resumen, dos elementos institucionales deben ser tenidos en cuenta para comprender la dinámica del litigio en salud en Colombia. De un lado, la adopción de la constitución de 1991 que reconoció el derecho a la salud y estableció un mecanismo judicial expedito e informal para su protección: la tutela. De otro lado, la adopción en 1993 de un sistema de salud que ha evolucionado en los últimos 20 años a través de la intervención del legislador —con dos reformas mayores mediante las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 y otras leyes sectoriales³⁸— y de las autoridades judiciales, pues además de las miles de

³⁵ La actualización de la UPC fue atribuida inicialmente al CNSSS por el parágrafo 2 del artículo 172 de la Ley 100 de 1993. Posteriormente el artículo 7, numeral 3 de la Ley 1122 de 2007 se la atribuyó a la CRES. El Decreto 2560 de 2012 atribuyó esta función al Ministerio, señalando que a esta entidad le corresponde: “Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.” En cuanto al POS, su actualización estaba prevista por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y correspondía al CNSSS. Posteriormente fue definida como un proceso anual por el artículo 7 de la Ley 1122 de 2007 en relación con los medicamentos y fue atribuida a la CRES. Finalmente, fue establecido como un proceso bianual en relación con todo el plan por el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 al señalar: “El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios. (...)”. Mediante el Decreto 2560 de 2012 esta función fue atribuida al Ministerio de Salud y Protección Social.

³⁶ El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 señalaba que “los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el consejo nacional de seguridad social en salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo, en forma progresiva antes del año 2001”.

³⁷ Para empezar se adoptó el Acuerdo 004 de 2009 unificando el POS para los menores de 12 años, y posteriormente el Acuerdo 11 de 2010 que amplió la unificación hasta los 18 años. En relación con el resto de población, mediante los Acuerdos 12 y 13 de 2010 se implementaron planes piloto en Barranquilla y Cartagena y se unificó la cobertura para los mayores de 60 años mediante el Acuerdo 27 de 2011. Finalmente, mediante el Acuerdo 32 de 2012 se unificó para el resto de la población por lo que actualmente ambos regímenes están cubiertos por el mismo POS.

³⁸ Entre otras, por ejemplo la Ley 1355 de 2009 “por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención”, Ley 1384 de 2010 “Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”,

acciones de tutela en salud decididas por los jueces y la Corte Constitucional, el SGGSS ha sido demandado en más de 130 oportunidades dando lugar a la adopción de cientos de sentencias de constitucionalidad³⁹. Este sistema, a grandes rasgos y en lo que es relevante para comprender el litigio en salud, se caracteriza hoy por ser un sistema de aseguramiento, con participación de particulares, con un paquete explícito de beneficios actualizado periódicamente por el Ministerio de Salud, con dos regímenes de afiliación con idénticos beneficios y con ampliación progresiva de la cobertura.

Actualmente están en trámite dos reformas que podrían transformar algunos de estos elementos. De un lado, el Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013, Senado y 267 de 2013, que se encuentra en revisión en la Corte Constitucional. De otro lado, el Proyecto de Ley número 210 de 2013 Senado y sus acumulados 233 de 2013 y 051 de 2012 Senado, que es una ley ordinaria para modificar algunos aspectos del sistema y que aún está surtiendo su trámite en el Congreso. Como ninguno de estos proyectos es ley en el momento en que se publica este artículo no se incluyen en este apartado. No obstante, más adelante se hace referencia detallada a algunos elementos de estos proyectos y al potencial que podrían tener de transformar el litigio en salud.

Ley 1388 de 2010 “Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia” y Ley 1414 de 2010 “por la cual se establecen medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia, se dictan los principios y lineamientos para su atención integral”.

³⁹ La Constitución prevé varios mecanismos de control abstracto de las normas. Entre los más relevantes en el tema de salud se encuentra la acción pública de inconstitucionalidad para el control de leyes ordinarias – que son las que con más frecuencia se han usado para regular el sistema de salud - por vicios de forma y de fondo. Las demandas contra las leyes pueden ser presentadas por cualquier ciudadano cumpliendo unos requisitos mínimos y son decididas por la Corte Constitucional en pocos meses. Según la información disponible sobre demandas en la Corte Constitucional hasta el 1 de junio de 2013 (www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas.php) contra la totalidad de la Ley 100 de 1993 se han presentado 15 demandas, contra el capítulo relativo a salud (artículo 152 a 248 de la Ley) se han presentado 56, contra la Ley 1122 de 2007 se han presentado 39 y contra la Ley 1438 de 2011 se han presentado 33.

II. La descripción: el perfil de la tutela en salud en Colombia

El litigio en salud mediante la acción de tutela se ha desarrollado durante más de 20 años. El presente capítulo describe sus facetas principales a partir de cuatro preguntas: *¿Cuál es su dimensión cuantitativa?, ¿cuáles son los argumentos sustantivos con los que se litiga?, ¿qué se solicita en las acciones de tutela?, y ¿quiénes son los litigantes?* Si bien el enfoque principal de este capítulo recae sobre la tutela, se hará referencia también a las solicitudes de los CTC cuando sea pertinente y exista información.

A. La magnitud: ¿cuál es la dimensión cuantitativa del litigio en salud?

La evolución de la dimensión cuantitativa de la tutela en salud puede ser vista como un proceso de tres etapas: una “fase inaugural” en la que el litigio no era masivo, pero en la cual se decidieron los casos pioneros; una “fase de explosión” en la que se consolidó el crecimiento cuantitativo; y una “fase de racionalización”, en la que se han adoptado medidas para tratar de contener el litigio masivo y generalizado en salud⁴⁰.

Los primeros casos de tutela en materia de salud se presentaron con anterioridad a la Ley 100 de 1993⁴¹. Sin embargo fue en el contexto del sistema de salud adoptado por esa ley que el litigio se consolidó y masificó. Según los datos disponibles, en 1993 el derecho al trabajo era el más invocado en las acciones de tutela mientras que el derecho a la salud ocupaba el puesto once⁴². En ese momento, la “fase inaugural”, el litigio no era sistemático, pero estuvo marcado por la adopción de los “hitos jurisprudenciales” que crearon las condiciones de posibilidad para su masificación. En 1999 el derecho a

⁴⁰ Rodríguez Garavito (2012).

⁴¹ Por ejemplo en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz) la Corte Constitucional protegió los derechos de un paciente de VIH y ordenó que se mantuviera la prestación de servicios mediante el seguro público mientras se definía si tenía derecho o no a una pensión de invalidez. También en la sentencia T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte protegió los derechos de un enfermo de VIH que carecía de recursos económicos para financiar su tratamiento y ordenó a un hospital público prestar gratuitamente los servicios.

⁴² Cepeda Espinosa (2007), Pág. 57.

la salud ya estaba entre los más invocados, dando inicio a la “fase de explosión”. Este crecimiento fue tanto absoluto como relativo; es decir, el número de tutelas en salud se incrementó, y a la vez se convirtió en una proporción cada vez más significativa de las tutelas en general. Hasta 2008 la tasa de crecimiento anual fue siempre superior al 10% y en algunos años —2001, 2004 y 2008— fue superior al 30%. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo entre 1999 y 2008, la tutela en salud creció 571%. En este último año alcanzó su pico, con 142.957 tutelas presentadas que representaron el 41,5% de las tutelas en general⁴³.

A partir de 2009 se inició la “fase de racionalización” y la tutela en salud empezó a disminuir, cediendo desde entonces el primer puesto entre los derechos más invocados al derecho de petición —usado primordialmente en el contexto del acceso a pensiones— y manteniendo el segundo lugar. En 2009 se interpusieron 100.490 tutelas invocando el derecho a la salud (27,1% del total), en 2010 alcanzaron 94.502 casos (23,4% del total)⁴⁴ y en 2011 se incrementaron ligeramente a 105.947 pero aún así representaron sólo el 26,14% del total⁴⁵. Si bien no existen aún datos consolidados sobre 2012, el Ministerio de Salud ha estimado —proyectando los datos del primer trimestre de ese año— que se fortaleció la tendencia decreciente iniciada en 2009⁴⁶. El cuadro 1 presenta sistemáticamente esta evolución:

CUADRO 1
COLOMBIA: EVOLUCIÓN GENERAL DE LAS TUTELAS Y DE LAS REFERIDAS A SALUD, 1999-2011

Año	Total de tutelas	Tutelas salud	Porcentaje tutelas salud	Porcentaje Crecimiento tutelas salud	Porcentaje Crecimiento total de tutelas
1999	86 313	21 301	25		
2000	131 764	24 843	19	16,6	52,7
2001	133 272	34 319	26	38,1	1,1
2002	143 887	42 734	30	24,5	8,0
2003	149 439	51 944	35	21,6	3,9
2004	198 125	72 033	36	38,7	32,6
2005	224 270	81 017	36	12,5	13,2
2006	256 166	96 226	38	18,8	14,2
2007	283 637	107 238	38	11,4	10,7
2008	344 468	142 957	41,5	33,3	21,4
2009	370 640	100 490	27	-29,7	7,6
2010	403 380	94 502	23	-6,0	8,8
2011	405 359	105 947	26	12,1%	0,5%

Fuente: Defensoría del Pueblo (2012), La tutela y el derecho a la salud 2011, Bogotá.

⁴³ Defensoría del Pueblo (2009). Pág. 27.

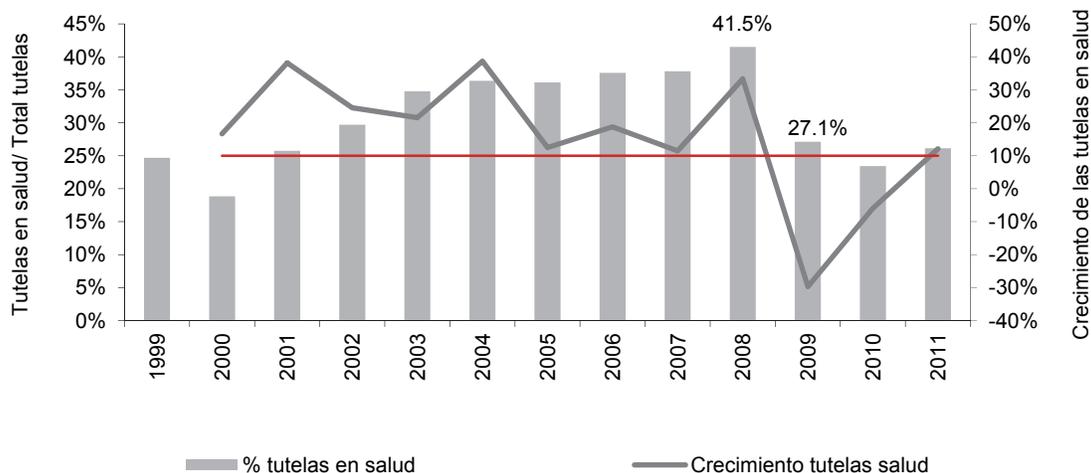
⁴⁴ Defensoría del Pueblo (2011). Pág.15.

⁴⁵ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 93.

⁴⁶ Universidad de los Andes (2012) Pág. 27. Tal y como se menciona en el estudio éste fue realizado para el Ministerio de Salud y Protección Social bajo la dirección del investigador Oscar Bernal con el objetivo de dar cumplimiento a la Orden 30 de la Sentencia T-760 de 2008.

El gráfico 1 muestra esta evolución.

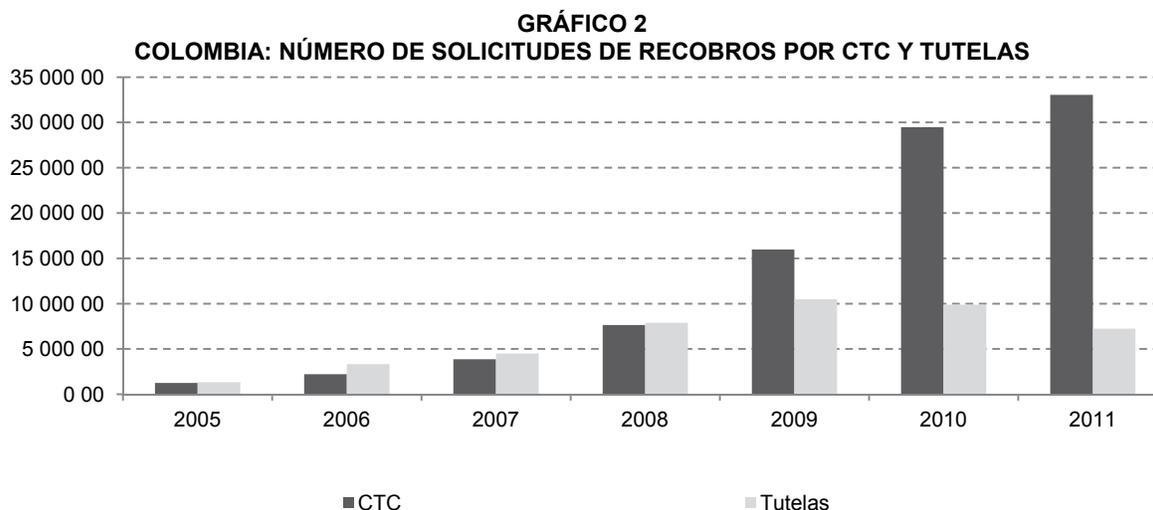
GRÁFICO 1
COLOMBIA: EVOLUCIÓN GENERAL DE LAS TUTELAS Y DE LAS REFERIDAS A SALUD, 1999-2011



Fuente: Cálculos sobre la base de información de Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá.

Este cambio del patrón de litigio podría explicarse por la adopción de la sentencia T-760 de 2008 antes mencionada. De un lado, las órdenes relacionadas con la actualización del POS y la unificación de regímenes podrían haber reducido las tutelas interpuestas, al incluir o aclarar algunas de las prestaciones objeto de conflicto recurrente. Además, la Corte reiteró la aplicación de la regla que señalaba que sólo procedía el 50% del reembolso cuando las EPS se obligaran por tutela a prestar un servicio que había sido negado por el CTC⁴⁷ incentivando el estudio preliminar de lo no POS por los CTC como ordenaba la ley. Como se verá, esto llevó a que la reducción en las acciones de tutelas se reflejara en un incremento más que proporcional en los reembolsos por CTC, como lo muestra el gráfico 2, que relaciona la participación de las tutelas y los CTC en los recobros presentados ante el Fosyga.

⁴⁷ El literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 había establecido que el recobro sólo podía hacerse por el 50% cuando una EPS era condenada a proveer un servicio que no había estudiado oportunamente su comité técnico científico. La norma sin embargo restringía esta regla a la provisión de medicamentos, para enfermedades de alto costo, en el régimen contributivo. Señalaba: "En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. (...)". En la sentencia C-463 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería) la Corte declaró inexecutable los tres requisitos y precisó que ésta se aplicaba para todo tipo de servicios de salud, en ambos regímenes y para todo tipo de enfermedades. La norma fue declarada constitucional 'en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes'. La sentencia T-760 de 2008 retomó esta regla y reiteró que la misma debía ser aplicada en todos los casos de recobro. La Ley 1438 de 2011 derogó el literal del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 que fue la norma interpretada por ésta sentencia. Sin embargo la regla se mantuvo vigente porque estaba incluida en la regulación del procedimiento de recobros (Resolución 3099 de 2008) hasta 2013 (Derogada por la Resolución 458 de 2013 que reguló nuevamente el procedimiento de recobros).



Fuente: gráfica tomada de Ministerio de Salud y Protección Social (2012), *Presentación Recobros, CTC y Tutelas*. Bogotá.

A partir de 2009 puede advertirse el incremento de la participación de los CTC; en efecto, mientras que en 2007, por ejemplo, los cobros por CTC eran apenas el 46% del total de los cobros, en 2009 alcanzaron el 60,3%, en 2010 el 74,9% y en 2011 el 82%⁴⁸.

Si bien es claro que ha habido un desplazamiento de tutelas por los CTC, un tercer indicador podría sugerir que existe una propensión general reciente a la reducción de los conflictos en salud. Según el Ministerio de la Protección Social, desde 2011 existe una tendencia a la disminución del valor de los cobros por servicios de salud, incluyendo acciones de tutela y CTC, que se mantuvo también en 2012. En efecto, entre 2010 y 2011 el valor de los servicios cobrados se redujo 14%, y entre 2011 y 2012 en un 15,8% adicional⁴⁹. Estas cifras, sin embargo, se refieren al valor de los cobros y no a la cantidad de ellos, y podrían ser el reflejo de una reducción en los precios de los medicamentos, gracias a un mejor control de precios por el gobierno⁵⁰, y no necesariamente de las medidas orientadas a reducir la cantidad de solicitudes.

Del mismo modo que el litigio en salud tuvo una pronunciada tendencia a crecer hasta el 2008, sus costos crecieron en ese mismo período de manera sostenida. No hay cifras certeras sobre la acción de tutela que permitan reconstruir una sólida serie histórica, aún cuando se han intentado cálculos aproximativos⁵¹.

Algunas cifras del Ministerio de Salud y Protección Social indican un gran crecimiento de los cobros por tutela y CTC entre 2002 y 2008 (cuadro 2), cuyo ritmo es más acentuado que el del número de tutelas interpuestas en ese mismo período. Su magnitud ha tenido un considerable impacto económico.

⁴⁸ Ministerio de Salud y Protección Social (2012), diapositiva 4.

⁴⁹ Ibidem, diapositiva 2.

⁵⁰ Desde 2010 la Comisión nacional de precios de medicamentos impuso medidas para controlar el precio de los medicamentos en Colombia que se calculaban entre los más costosos de la región. La primera circular expedida en éste sentido fue la 4 de 2010, la cual ha sido actualizada en varias oportunidades. Sobre los precios de los medicamentos en Colombia ver: Zapata y Steiner (2012).

⁵¹ Conforme a cálculos gruesos mencionados en Uprimny y Durán (2013), entre 1997 y 2000 los cobros tuvieron un valor de 2 millones de dólares. Por su parte, un estudio de la Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012a). Op.cit. Pág. 14, calculó que los cobros tuvieron un valor de 162 millones de dólares en 2006 y de 963 millones de dólares en 2009. Otro estudio (Núñez Méndez y otros (2012). PÁG. 80) calculó que como porcentaje de los gastos en salud, los cobros pasaron de representar el 0,9% de los gastos en 2003 a ser el 10,7% en 2008, el 15,9% en 2009 y el 18,5% en 2010.

Por otra parte, datos recientes del Ministerio⁵² sugieren que aún cuando los recobros por acciones de tutela empezaron a decrecer desde 2008, la cifra global siguió creciendo durante 2009 y 2010 debido a los CTC, y que desde entonces empezó una tendencia global a la reducción.

CUADRO 2
COLOMBIA: VALOR DE LOS RECOBROS SOLICITADOS POR TUTELA Y CTC
(En millones de pesos colombianos, a precios constantes de 2000)

Año	Valor solicitado por recobros de tutelas	Variación porcentual anual
1997-2000	3 568	
2001	2 617	
2002	35 487	1,256%
2003	56 179	58%
2004	81 395	45%
2005	135 875	67%
2006	308 389	127%
2007	408 692	33%
2008	644 389	58%
2009	631 119	-2%

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social (2009) Intervención ante la Corte Constitucional en el proceso judicial RE152. Bogotá.

B. Las razones: ¿con cuáles argumentos sustantivos se litiga?

Como se explicó en la primera parte de este documento, entre los resultados de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente estuvo la dedicación exclusiva del artículo 49 a la regulación del derecho a la salud, sin indicar expresamente su carácter de derecho fundamental. Esta omisión se explica en que para los comisionados el carácter fundamental de la salud se derivaba de su pertenencia al derecho a la seguridad social enunciado como un derecho “irrenunciable” en el artículo 48⁵³. Durante casi dos décadas, con todo, la protección judicial se fundamentó en la caracterización de la salud como un derecho social, no justiciable directamente sino en cuanto tenía una relación de conexidad con otros derechos fundamentales como la vida o la integridad. Sólo hasta la jurisprudencia más reciente el derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental autónomo por fuera de la conexidad con otros derechos.

Como se vio también en el apartado anterior, y en el mismo sentido que se ha resaltado para otros países⁵⁴, la Constitución colombiana no define el alcance de las prestaciones que se encuentran protegidas por el derecho a la salud. A la vez que reconoce que corresponde al legislador definir los arreglos institucionales específicos conforme a los cuales se prestan los servicios, indica que es un derecho “irrenunciable” y que comprende la garantía del “acceso a los servicios de promoción,

⁵² Ministerio de Salud y Protección Social (2012a), diapositiva 3.

⁵³ Lamprea (2011). Pág. 14.

⁵⁴ Sobre los problemas de indeterminación del derecho a la salud en Brasil ver: Ferraz (2011). Op Cit. Pág. 1652. Sobre los problemas de indeterminación en la Constitución Sudafricana ver: Pieterse (2008). Op Cit. Pág. 370.

protección y recuperación de la salud”. También ordena a los jueces la defensa de los derechos y del orden constitucional y les atribuye facultades para adoptar órdenes cuando se constate una vulneración. Como consecuencia, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre salud se ha basado en la interpretación de cláusulas generales y abstractas establecidas en la Constitución, que no especifican una solución única para tensiones como las mencionadas.

Ahora bien, la tesis de la conexidad⁵⁵ tuvo como punto de partida entonces el reconocimiento de diferentes tipos de derechos en la Constitución. El derecho a la salud, y de modo más general el derecho a la seguridad social, fue reconocido como un derecho social no justiciable sujeto a desarrollo legislativo. De otro lado estaban derechos como la vida, la integridad física o la libertad, que eran considerados derechos fundamentales y plenamente justiciables. En ese contexto, la salud podía ser protegida en sede judicial sólo en aquellos casos en los que su vulneración llevaba a la afectación de un derecho que sí era fundamental, principalmente la vida, la integridad física o la dignidad. Por ejemplo, en la sentencia T- 491 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte explicó las diferencias entre derechos y la posibilidad de la conexidad en los siguientes términos:

“Según doctrina constitucional reiterada, la fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. La vida, la integridad física, la libertad, son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida.”

Con fundamento en la tesis de la conexidad, a partir de la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) la Corte adoptó una especie de test, condensando los requisitos para la procedibilidad de la tutela para el acceso a servicios que no estuvieran incorporados en el POS. Estos requisitos ya habían sido aplicados de manera dispersa en otros casos pero esta sentencia los sistematiza y exige en primer lugar que “(i) la falta del tratamiento vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere”. Este es justamente el requisito que materializa la exigencia de que la afectación del derecho a la salud tenga una conexidad con otros derechos que sí son “fundamentales” según esta clasificación. Adicionalmente, requiere que “(ii) ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento”.

Además de la conexidad, la Corte también ha protegido el derecho a la salud con dos tesis complementarias. En primer lugar, la de los sujetos de especial protección constitucional. El amparo constitucional en estos casos se deriva de la protección prevalente que la Constitución atribuye directamente a ciertos grupos. A partir de ésta la Corte ha reconocido la “naturaleza fundamental [del derecho a la salud] en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección”⁵⁶. Gozan de esta protección reforzada prevista expresamente en la Carta por ejemplo los niños (artículos 44 y 51), las mujeres en estado de embarazo (artículo 43), las personas de la tercera edad (artículo 46) y las personas en situación de discapacidad (artículo 47). Adicionalmente, aunque no están previstos en la Carta

⁵⁵ En la descripción de las tres técnicas que mayoritariamente ha usado la Corte para proteger el derecho a la salud se sigue parcialmente Uprimny y Durán (2013). Op.Cit.

⁵⁶ Sentencia T-760 de 2008.

expresamente como sujetos de especial protección constitucional, con base en una lectura sistemática de la Constitución la Corte también ha protegido a las personas privadas de la libertad (T-473 de 1995), los soldados heridos en combate (T-534 de 1992), la población desplazada por la violencia (T-989 de 2007), la madre y el que está por nacer (T-171 de 1999), las minorías étnicas (T-428 de 1998) y las personas de sectores económicamente vulnerables de la población (T-209 de 1999).

En segundo lugar, la Corte Constitucional ha considerado que la salud es un derecho fundamental autónomo en relación con los contenidos del derecho que ya han sido definidos como tales por el legislador o el regulador. En este caso se ha afirmado que puede hablarse de “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”⁵⁷. Sobre la protección desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que si se adopta un sistema de salud y se “identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado”, entonces el ordenamiento jurídico supera la posible “indeterminación” del alcance del derecho a la salud que impedía que se convirtiera en un derecho subjetivo, y por ello “se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental”⁵⁸.

Aunque la sentencia T-760 de 2008 es ampliamente conocida como la que reconoció el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, desde decisiones anteriores la Corte había venido creando las condiciones para esa transición. Por ejemplo en la sentencia T-573 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) ya se había señalado que para proteger el derecho a la salud no era necesario encontrar una conexidad con otros derechos. Dijo entonces la Corte “que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental —la vida— pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental”. Dos años después, la sentencia T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) reconoció que la distinción entre tipos de derechos en la que se basaban los argumentos con base en los cuales la Corte tutelaba los derechos era “artificial” y desconocía “pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes”. Posteriormente, en la sentencia C-463 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería) la Sala Plena retomó este argumento, y reiteró la irrenunciabilidad y universalidad del derecho a la seguridad social, y a la salud como parte de él, para justificar su estatus de derecho fundamental autónomo. Expresamente señaló que “del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental.”

La sentencia T-760 partió de estos precedentes y simplemente reiteró que la salud “es un derecho constitucional fundamental”. La sentencia no innovó en este aspecto ni avanzó en la construcción de una justificación para el reconocimiento de este estatus pero fue pionera en derivar algunas de sus consecuencias prácticas en el contexto del litigio en salud. Adicionalmente, avanzó en precisar que, como todos los derechos fundamentales, el derecho a la salud era limitable y tenía facetas positivas y negativas, las cuales a su vez podían ser de aplicación inmediata o progresiva. Aunque los efectos de la sentencia T-760 de 2008 han sido enormes en la transformación estructural del sistema, ha tenido efectos menos claros en la manera en que la tutela en salud se sigue decidiendo en casos individuales. Según la Defensoría del Pueblo “cada vez invocan menos los ciudadanos en la tutela el derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales, ya que reconocen su carácter fundamental autónomo”⁵⁹. Sin embargo, la evaluación sobre la vulneración del derecho a la salud en las decisiones judiciales se continúa realizando mediante el test tipo adoptado en la sentencia T-1204 de 2000⁶⁰.

⁵⁷ Sentencia T-760 de 2008.

⁵⁸ Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual la Corte protegió los derechos de dos pacientes que requerían injertos en las piernas.

⁵⁹ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 164.

⁶⁰ Entre las sentencias recientes en las que se ha reiterado el test tipo definido en la sentencia T-1024 de 2000, ver: T-209 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-165 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-115 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-004 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), T-034 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

C. Los beneficios buscados: ¿qué se solicita en las acciones de tutela?

El objeto de las acciones de tutela puede ser analizado desde tres perspectivas: la inclusión o no en el POS de las prestaciones solicitadas, los contenidos específicos por los que se litiga con más frecuencia, y los costos de las prestaciones que más se litigan en salud.

La primera perspectiva, la pertenencia o no de los servicios litigados al POS, revela una importante faceta de la protección igualitaria del derecho a la salud. El litigio por servicios POS se refiere a prestaciones que están garantizadas para todos los ciudadanos, por lo que su impacto en términos de igualdad parece, en principio, moderado. En estos casos el litigio está más relacionado con problemas de eficiencia y oportunidad en el acceso a los servicios, aunque en ocasiones puede buscar “saltarse la fila” en detrimento de los demás usuarios que siguen los conductos regulares. El litigio por servicios de salud no POS, en cambio, supone el acceso privilegiado de los litigantes a servicios que no están disponibles para toda la población y que en muchas ocasiones, como se verá más adelante, corresponde a prestaciones sofisticadas y de alto costo cuya efectividad no siempre está probada.

La pertenencia o no de las prestaciones solicitadas mediante acción de tutela a la cobertura del POS ha sido el objeto de numerosos estudios pero enfrenta un obstáculo metodológico que impide que estas cifras sean totalmente consistentes. Esta dificultad radica en que en muchos casos la atribución de un servicio a la cobertura del POS depende de un juicio de valor subjetivo sobre la interpretación de la cobertura. Aunque éste debería ser un proceso más o menos objetivo y en algunos casos lo es, en otros eventos existen genuinas dificultades para determinar si un servicio está cubierto o no por el POS; estas dudas están relacionadas con problemas interpretativos y fallas en la regulación.

En ciertos casos, la duda provenía de la existencia de “zonas grises” en la cobertura. La Sentencia T-760 de 2008 explicó que “muchas de las tutelas que se interponen solicitando el acceso a servicios tienen su origen en la existencia de dudas acerca de lo que se encuentra incluido o excluido del POS y la ausencia de mecanismos institucionales dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud para superar claramente dicha incertidumbre”. Como ejemplo señaló el caso del lente intraocular para la cirugía de cataratas. El problema surgía porque la cobertura del POS incluía la “cirugía de cataratas con lente intraocular” pero el artículo que definía las prótesis cubiertas, que contenía una lista taxativa, no incluía el lente intraocular. En tal contexto, el Ministerio de Hacienda afirmaba que no estaba cubierto y el Ministerio de Protección Social aseguraba que sí. La cobertura del lente intraocular dependía entonces de los criterios de interpretación aplicados al POS y de los conceptos oficiales que se tuvieran en cuenta.

En otras oportunidades la duda surge porque la descripción de la cobertura no permite individualizar claramente la prestación financiada. Un ejemplo recurrente es el del alcance de la cobertura de los audífonos. El POS indica simplemente que los audífonos hacen parte de la cobertura, pero no precisa el nivel de tecnología que se encuentra cubierto, que puede ir desde un audífono exterior simple hasta un implante coclear. Aún cuando la cobertura del POS ha sido aclarada en dos ocasiones por la CRES (Acuerdo 03 de 2009 y Acuerdo 29 de 2011) y las “zonas grises” como las descritas antes se han reducido significativamente, en muchos casos la atribución de un servicio al POS depende de una visión normativa sobre su alcance lo cual afecta la diferenciación entre servicios POS y no POS.

Con todo, la evidencia muestra consistentemente que las tutelas por servicios de salud cubiertos en el POS representan un alto porcentaje del litigio en salud y, en algunos casos, representan la mayoría de los casos. Los informes de la Defensoría del Pueblo evidencian una tendencia creciente de las tutelas por servicios POS, la cual en 2011 alcanzó el 67,8%, mientras que la de los servicios no POS representó sólo el 32,2%⁶¹. El estudio de la Universidad de los Andes mencionado antes indica una participación importante pero no mayoritaria de los servicios POS entre lo litigado en salud; según éste, sólo el 42% de las tutelas de la muestra (primer trimestre de 2012) se refería a servicios POS, y el 50,9% era sobre servicios no POS. Este estudio también individualiza un 2,6% de casos en los que el juez consideró que

⁶¹ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 147.

había incertidumbre de la cobertura y 4,4% casos de “otros”. El informe explica la diferencia de más de 20% en relación con los servicios clasificados como POS por la Defensoría del Pueblo en el hecho de que las solicitudes por “tratamiento integral” (23%) están clasificadas como No POS en ese informe, mientras que la Defensoría las considera POS. Si estas son incluidas como servicios POS la proporción de servicios POS y no POS de ambos informes es igual⁶². Finalmente, en contravía de estas tendencias el Ministerio de Salud y Protección Social ha señalado que el 63% de las tutelas son por servicios no POS y sólo el 37% por servicios POS⁶³. No obstante, también ha indicado que el 88,6% de las moléculas cubiertas en el POS se han financiado como prestaciones excluidas de la cobertura debido a variaciones farmacéuticas⁶⁴. Esta última cifra soporta la preponderante participación de lo cubierto en el POS en el litigio y en los reembolsos pero pone en evidencia la complejidad de hacer distinciones entre servicios POS y no POS en algunos casos: si bien 88,6% moléculas se encuentran cubiertas en el POS, no lo están las formas farmacéuticas específicamente recobradas y por ello son financiadas como servicios no POS. Es perfectamente posible entonces que un servicio que la Defensoría clasifica como POS en su informe, sea recobrado como no POS en el Ministerio.

En conclusión, aunque las cifras disponibles no son consistentes en cuanto a la participación de los servicios cubiertos POS en la acción de tutela, estos representan un porcentaje significativo incluso en las cifras más conservadoras. En cuanto a los contenidos específicos de las tutelas, la Defensoría del Pueblo ha realizado una caracterización por tipo de servicios⁶⁵ que indica que actualmente la mayoría de tutelas busca el acceso a tratamientos. Este ha sido el caso en los años 2009, 2010 y 2011 (también en 2001). Sin embargo, esta tendencia no ha sido permanente. En otros años la prioridad fue para las cirugías (1999, 2000, 2006, 2008), los exámenes paraclínicos (2002, 2003 y 2004) o los medicamentos (2005 y 2007)⁶⁶, como se puede ver en el cuadro 3.

⁶² Universidad de los Andes (2012). Op Cit. Pág. 35.

⁶³ Ministerio de Protección Social (2012). Op Cit, diapositiva 10.

⁶⁴ Ministerio de Salud y Protección Social (2013).

⁶⁵ Esta tipología, realizada desde 1999 incluye las siguientes categorías: tratamientos, medicamentos, cirugías, citas médicas, prótesis y órtesis, exámenes paraclínicos, procedimientos y otras relacionadas con el sistema. En 2009 fue incluido también Imágenes Diagnósticas.

⁶⁶ Esta información corresponde al acumulado de todos los informes de la Defensoría del Pueblo: Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 132; Defensoría del Pueblo (2011). Op Cit. Pág. 46; Defensoría del Pueblo (2009). Op Cit. Pág. 54; Defensoría del Pueblo (2008). Pág. 52; Defensoría del Pueblo (2004). Pág. 9.

CUADRO 3
COLOMBIA: TRAYECTORIA HISTÓRICA DEL NÚMERO DE TUTELAS EN SALUD, POR TIPO DE SERVICIO, 1999-2011

Tipo de servicio	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Tratamientos	3 257	4 699	9 588	9 808	7 332	10 416	14 645	15 147	7 786	8 707	34 388	50 795	55 213
Medicamentos	2 326	4 167	5 860	9 746	11 894	16 945	20 914	25 078	25 961	30 025	22 994	43 692	43 858
Cirugías	7 292	5 911	8 337	9 380	12 152	16 543	18 796	26 741	25 841	35 288	21 197	24 545	27 014
Citas médicas	1 010	1 576	2 799	1 438	3 768	7 094	8 004	11 579	11 935	20 340	20 447	22 724	24 504
Imágenes diagnósticas											13 972	18 378	17 260
Prótesis y órtesis	1 036	1 759	2 657	2 827	6 864	9 783	12 707	14 491	17 841	25 569	11 162	13 145	14 177
Exámenes paraclínicos	4 650	5 165	8 835	11 380	14 173	19 348	20 745	25 086	23 220	30 541	4 785	11 234	16 271
Procedimientos	4 210	723	1 486	910	2 861	3 919	5 432	2 994	2 258	2 717	3 794	2 355	2 289
Otras relacionadas con el sistema	1 989	2 682	3 758	3 999	3 913	4 348	4 794	10 190	6 401	5 897	15 780	17 029	22 375
Otras	2 980	3 552	3 006	3 201	3 524	4 148	4 899	4 252	3 234	3 709	4 025	1 912	3 786

Fuente: Cuadro elaborado con información proveniente de Defensoría del Pueblo (2004), *La tutela y el derecho a la salud: período 1999-2003*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2008), *La tutela y el derecho a la salud: período 2003-2007*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2009), *La tutela y el derecho a la salud: período 2006-2008*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2011), *La tutela y el derecho a la salud-2010*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá.

Sin embargo, si se revisan los acumulados por tipo de servicio entre 1999 y 2011, como lo presentamos en el cuadro 4, se encuentra que la mayoría de tutelas han sido por medicamentos (263.460) seguida de cirugías (239.037) y tratamientos (231.781).

CUADRO 4
COLOMBIA: ACUMULADO DEL NÚMERO DE TUTELAS EN SALUD,
POR TIPO DE SERVICIO, 1999-2011

Tipo de servicio	Total tutelas por
Medicamentos	263 460
Cirugías	239 037
Tratamientos	231 781
Exámenes paraclínicos	195 433
Citas médicas	137 218
Prótesis y órtesis	134 018
Otras relacionadas con el sistema	103 155
Imágenes diagnósticas	49 610
Otras	46 228
Procedimientos	32 159

Fuente: Cálculos propios con base en datos de la Defensoría del Pueblo (2004), *La tutela y el derecho a la salud: período 1999-2003*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2008), *La tutela y el derecho a la salud: período 2003-2007*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2009), *La tutela y el derecho a la salud: período 2006-2008*, Bogotá.; Defensoría del Pueblo (2011), *La tutela y el derecho a la salud-2010*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá.

La preeminencia de los medicamentos en la tutela coincide su posición destacada en los recobros, que según el Ministerio de Salud corresponde al 83%, si se analizan conjuntamente los CTC y las tutelas⁶⁷. Esta cifra es más representativa que la que reporta la Defensoría del Pueblo⁶⁸, lo cual puede explicarse en el hecho de que esa entidad no discrimina si las solicitudes de tratamientos son precisamente de medicamentos o de otro tipo de servicio y no incluye las solicitudes de CTC.

El Ministerio ha explicado la preeminencia de los medicamentos en los recobros al menos en dos hechos. El primero es que la estructura del POS es rígida y específica concretamente las concentraciones y formas farmacéuticas cubiertas. De los 442 principios activos del POS, al menos en 372 casos existen otras concentraciones o formas farmacéuticas no cubiertas⁶⁹. Esto incentiva que los medicamentos en formas farmacéuticas diferentes se formulen y tramiten como no POS. Por ejemplo, el POS cubre el acetaminofén en jarabe pero no en gotas, lo cual incentiva la prescripción de este último, a pesar de que no hay ninguna diferencia en su efectividad. Esto ocurre porque si se trata de un servicio no POS puede ser recobrado de manera separada, mientras que si se formula la forma farmacéutica incluida debe cubrirse con cargo a la UPC. Esto de entrada genera una renta adicional a la UPC para las EPS, pero además la evidencia indica con frecuencia los reembolsos de servicios de salud no POS corresponden a valores superiores a los precios de venta del mercado⁷⁰.

⁶⁷ Ministerio de Salud y Protección Social (2013). PÁG. 57.

⁶⁸ Según la Defensoría del Pueblo las tutelas por medicamentos correspondieron en 2011 al 19,34% del total. Las de tratamientos por su parte, corresponden al 24,35%. Ver: Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 132.

⁶⁹ Ministerio de Protección Social (2013) Op.Cit. Pág. 57.

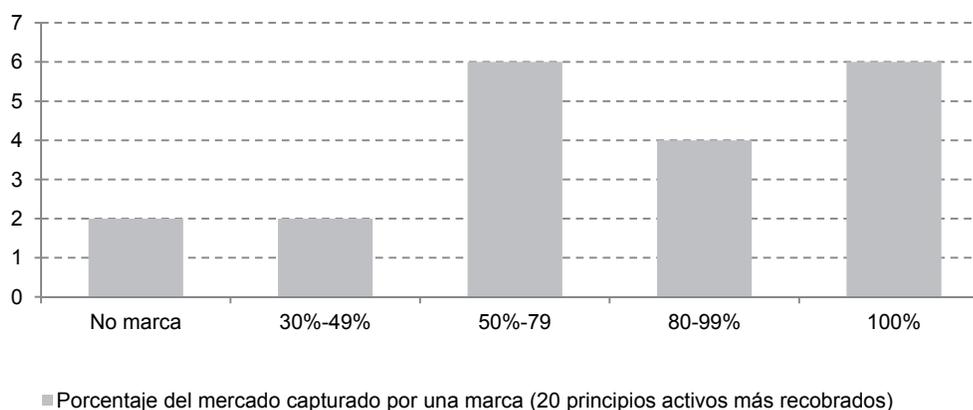
⁷⁰ Reveiz y otros. (2013). Pág. 219.

En segundo lugar, según el Ministerio, la mayoría de los medicamentos recobrados corresponden a aquellos clasificados como innovaciones de mayor venta en el mercado mundial para enfermedades no transmisibles. El Ministerio explica que en 2010 este tipo de medicamentos correspondió al 60% de las sumas recobradas, a pesar de que la carga de enfermedad y la tasa de nuevos diagnósticos no se expandieron a la misma velocidad en estas áreas⁷¹. Esto podría ser indicativo del rol que desempeñan las empresas farmacéuticas en impulsar el litigio como parte de sus estrategias de captura de rentas⁷².

Si bien no existen datos globales sobre las relaciones entre las farmacéuticas y los profesionales de la salud, los prestadores de servicios y los aseguradores, existe alguna información anecdótica que demuestra que los beneficios que reciben los profesionales de la salud de ciertas farmacéuticas podrían incidir en los medicamentos que prescriben⁷³. También existen estudios que sugieren que las farmacéuticas invierten recursos en asesorar organizaciones de pacientes, y pacientes individuales, sobre las posibilidades de acceder a servicios a través del litigio⁷⁴.

Otros datos apuntan en el mismo sentido. Por ejemplo, 18 de los 20 principios activos más recobrados tienen una versión de marca que domina más del 30% del mercado (sean medicamentos pioneros o genéricos de marca), como se puede ver en el gráfico 3.

GRÁFICO 3
COLOMBIA: CAPTURA DEL MERCADO POR UNA MARCA DE MEDICAMENTO DE LOS VEINTE PRINCIPIOS ACTIVOS MÁS RECOBRADOS MEDIANTE LITIGIO, 2012
(En porcentajes)



Fuente: Cálculos propios con base en datos del Ministerio de Salud y Protección Social (2012c), *Listado de medicamentos más recobrados*, Bogotá.

En otras palabras, una sola empresa farmacéutica captura más del 30% de las rentas derivadas de los recobros de ese medicamento. Pero la concentración es de hecho más acentuada: de esos 20 principios activos más recobrados, 16 tienen una marca que domina más del 50% del mercado y en 6 casos una marca se lleva el 100% del mercado. Es decir, todo lo que se recobra por ese principio activo corresponde a un medicamento de marca que beneficia a una única empresa farmacéutica. Adicionalmente, en la mitad de

⁷¹ Ibidem. Pág. 59.

⁷² Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012). Pág. 11.

⁷³ Quevedo, Norbey (2012). En esta crónica se relata el caso de un grupo de pacientes en Barranquilla que fueron protegidos mediante una sentencia de la Corte Constitucional (T-603 de 2010) para la provisión de un medicamento de alto costo para la artritis (Betaferon). No obstante, la EPS pudo establecer que de los 25 pacientes involucrados sólo cinco tenían síntomas compatibles con la enfermedad diagnosticada. También se pudo constatar que el profesional de la salud que trataba todos los pacientes había recibido numerosos beneficios en dinero y en especie de la farmacéutica, incluida una retribución económica por la evaluación de los pacientes que estaban usando el medicamento.

⁷⁴ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012). Op Cit. Pág. 5.

los casos, las marcas tienen protección de propiedad intelectual vigente en Colombia. La mayoría son para enfermedades no transmisibles como cáncer (5), artritis (4) o esclerosis múltiple (2).

De otra parte, al revisar los 50 medicamentos de marca más recobrados, que señalamos en el cuadro No 5, también se encuentra que ciertas marcas tienen una representación importante en el mercado de los medicamentos más recobrados, tal y como sucede con Roche (7 medicamentos entre los 50 más recobrados), Abbott, Janssen y Merck (cada una con 4 medicamentos entre los 50 más recobrados) y Bayer, Novartis, Pfyzer y Aventis (cada una con 3 medicamentos entre los 50 más recobrados).

CUADRO 5
COLOMBIA: CINCUENTA MEDICAMENTOS DE MARCA MÁS RECOBRADOS MEDIANTE LITIGIO, 2012

Medicamento de marca	Enfermedad	Farmacéutica
Humira Tm	Artritis	Abott
Feiba 500u	Hemofilia	Baxter
Remicade Polvo Liofilizado Para Reconstituir A Solución Inyectable.	Artritis	Janssen
Avastin Concentrado Para Solución Para Infusión 100 Mg/4ml	Cáncer	Roche
Orencia ® 250 Mg - Polvo Liofilizado Para Solución Inyectable Intravenosa	Artritis	Bristol
Betaferon.	Esclerosis Múltiple	Bayer
Forteo® 250ug/MI	Osteoporosis	Lilly
Mabthera ® Concentrado De Solución Para Infusión 500 Mg / 50 MI	Linfoma No Hodgkin y Artritis	Roche
Herceptin ® Polvo Liofilizado para infusión 440 Mg	Cáncer	Roche
Cimzia®	Artritis	Ucb
Lucentis ® 10 Mg /MI Solución Inyectable	Diabetes	Roche
Velcade®	Cáncer	Janssen
Avonex® Interferon Beta-1a Jeringa Prellenada	Esclerosis Múltiple	Biogen
Actemra® Concentrado para infusión 200 Mg/10ml	Artritis	Roche
Ventavis ®	Hipertensión Pulmonar	Bayer
Genotropin 12mg (36 U.I.) Polvo para reconstituir a solución inyectable	Hormona De Crecimiento	Pfyser
Growtropin Aq 16 U /2 MI Inyectable	Hormona De Crecimiento	Closter
KePágs.ra ® Tabletas 1000 Mg	Epilepsia	Glaxosmithkline
Sprycel ® 100 Mg Tableta Recubierta	Cáncer Y Cromosoma Philadelphia Positivo	Bristol
Nexavar ® 200mg	Carcinoma	Bayer
Prograf ® XI Capsulas de liberación prolongada De 5 Mg	Transplante	Janssen
Synagis 100 Mg Polvo Liofilizado Estéril Para Reconstitución	Enfermedades Respiratorias	Abott
Saizen 8 Mg Click. Easy	Hormona De Crecimiento	Merk
Prograf ® XI Capsulas de liberación Prolongada De 1 Mg	Transplante	Janssen

Cuadro 5 (conclusión)

Medicamento de marca	Enfermedad	Farmacéutica
Vitales No Disponibles		
Tasigna® 200 Mg Capsulas	Cáncer Y Cromosoma Philadelphia Positivo	Novartis
Novoseven® 120 Kui/Vial (2.4 Mg/Vial) Polvo Para Inyeccion	Hemofilia	Novo Nordisk
Cellcept Tabletetas Lacadas 500 Mg	Transplante	Roche
Sabril	Epilepsia	Sanofi-Aventis
Xolair® 150 Mg	Asma	Novartis
Isentress® Raltegravir 400 Mg	Vih/Sida	Merk
Cerezyme® 400u	Enfermedad de Gaucher	Genzyme
Revlimid® 25 Mg Capsulas	Cáncer	Celgene
Enbrel® 50 Mg Solucion Para Inyección	Artritis	Pfizer
Invanz	Infecciones	Merk
Temodal Capsulas 100 Mg	Cáncer	Schering-Plough
Volibris 5 Mg	Hipertensión Pulmonar	Glaxosmithkline
Alimta	Cáncer	Lilly
Somatuline® Autogel 120 Mg	Cáncer	Ipsen
Zoladex® La 10.8 Mg	Cáncer	Astra Zeneca
Rebif® 44 Mcg / 0.5 MI Multidosis	Artritis	Merk
Erbix® 5 Mg/MI	Cáncer	Aventis
Xeloda "Roche" Tabletetas Lacadas 500mg	Cáncer	Roche
Soliris® 300 Mg Solución Para Infusión Intravenosa	Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (Hpn)	Alexion
Ensure® Polvo	Multivitamínico	Abott
Glivec® 400 Mg Comprimido Con Cubierta Pelicular	Cáncer	Novartis
Enbrel® 50 Mg Polvo Y Solvente Para Solucion Inyectable	Artritis	Pfizer
Botox®	Piel	Allergan
Synagis Palivizumab 50 Mg	Enfermedades Respiratorias	Abbott
Eligard 22.5 Mg Polvo Liofilizado Para Suspension Inyectable	Cáncer	Aventis

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social (2012c), Listado de medicamentos más recobrados, Bogotá.

La evidencia muestra que existe una tendencia a que el litigio en salud crezca en el lanzamiento de nuevos medicamentos de alto costo y especialmente en aquellos desarrollados mediante biotecnología⁷⁵, algunos de los cuales representan altos costos para el sistema. Se calcula que entre 2005 y 2010 la facturación de medicamentos de alto costo creció 847%⁷⁶ y que se mantiene. Se conoce por ejemplo que por Novoseven®, un medicamento para la hemofilia, sólo en 2009 se pagaron reembolsos por 20 millones de dólares. Lo anterior a pesar de que en Colombia se estima que sólo entre 2,500 y

⁷⁵ Machado Alba y Moncada Escobar (2012).

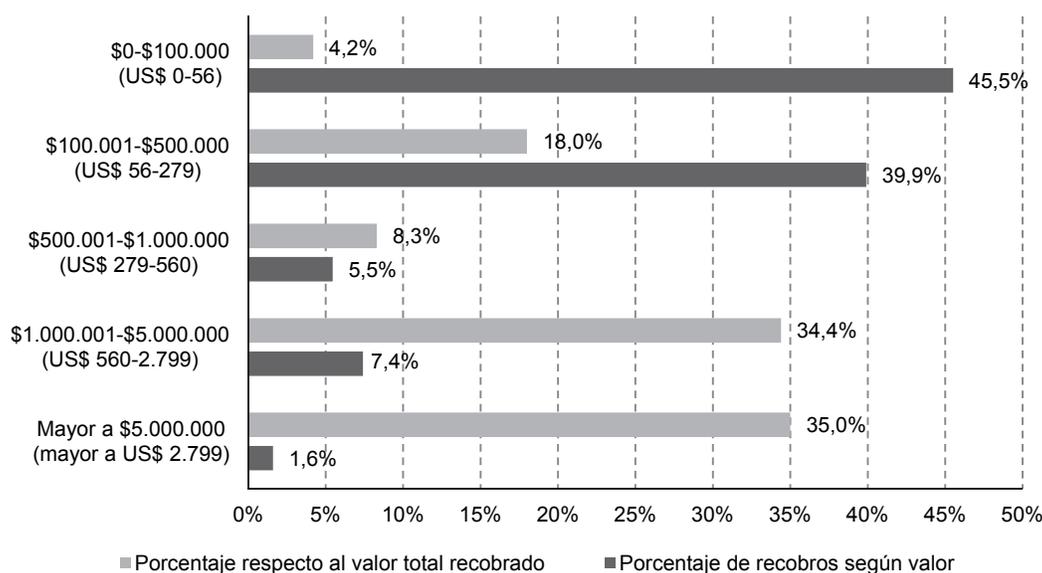
⁷⁶ Reveiz y otros (2013). Op Cit. Pág. 214.

3,000 personas viven con esa enfermedad⁷⁷. Otro ejemplo es el del Cerecyme® para tratar la enfermedad de gaucher. Si bien para 2008 se calculaba que en el país había 84 pacientes viviendo con la enfermedad, en 2009 el Ministerio pagó 11 millones de dólares de reembolsos por este medicamento⁷⁸.

Desde el 2011, con el gobierno Santos, se han endurecido las medidas de control de precios de medicamentos, que se habían debilitado y prácticamente suprimido durante el gobierno Uribe, lo cual ha llevado a una reducción de precios en casos como los explicados antes. Recientemente, la Circular 04 de 2013 reforzó esta política al establecer control directo para 189 medicamentos y precios máximos de recobro para otros 30. De hecho, de los 50 medicamentos incluidos en la tabla 5, 31 fueron sometidos a control directo y tres a precios máximos de recobro. De los 16 medicamentos restantes algunos habían sido sometidos restricciones en circulares anteriores.

No obstante lo anterior, según el Ministerio de Salud y Protección Social la mayoría de los recobros en términos numéricos (considerando todo tipo de servicios) se concentra en prestaciones de bajo valor. Un análisis realizado por esa entidad de un poco más de 5 millones de recobros presentados entre 2011 y 2012 muestra que la mayoría de solicitudes tuvieron por objeto prestaciones de bajo valor y sólo una minoría tuvo por objeto prestaciones costosas. En efecto, como se ve en la gráfica 4, el 85,4% de los recobros fueron por prestaciones con un valor menor a \$500.000 pesos colombianos (equivalentes a 279 dólares)⁷⁹. De hecho, el 45,5% fueron por prestaciones con un valor inferior a \$100.000 pesos colombianos (equivalentes a 56 dólares).

GRÁFICO 4
COLOMBIA: MAGNITUD DE LOS RECOBROS JUDICIALES, POR VALOR DE SOLICITUD, JULIO 2011-JUNIO 2012^a



Fuente: Gráfica elaborada con los datos de Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina de Calidad (2012b), *Presentación Análisis de los Recobros Jul/2011 – Jun/2012*, Bogotá.

^a Este estudio incluye datos sobre los recobros hasta junio de 2012. Por esta razón la conversión a dólares se hizo tomando la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) del último día de junio de 2012 equivalente a \$1.786 por un dólar.

⁷⁷ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012b). Pág. 18.

⁷⁸ Ibidem. Pág. 18.

⁷⁹ Este estudio incluye datos sobre los recobros hasta junio de 2012. Por esta razón la conversión a dólares se hizo tomando la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) del último día de junio de 2012 equivalente a \$1.786 por un dólar.

En cambio, sólo el 1,6 % de prestaciones tuvieron un valor superior a \$5.000.000 de pesos colombianos (equivalentes a 2.799 dólares). Estas últimas sin embargo, tuvieron un impacto financiero mucho más acentuado. Mientras el 45,5% de las solicitudes que se referían a prestaciones de menos de 56 dólares consumieron apenas el 4,2% de los recursos, el 1,6 de las solicitudes que se referían a prestaciones de más de 2.799 dólares, consumieron el 35% de éstos⁸⁰.

Como se verá más adelante, a diferencia de lo que se ha constatado en otras jurisdicciones, los datos del Ministerio de Salud indican que no existe una concentración relativa de los recobros de las prestaciones más costosas en los quintiles más altos de ingreso. Por el contrario, todos los quintiles participan en los reembolsos de estas prestaciones en proporción a la cantidad de población que aglutinan.

Aunque el Ministerio no presenta información sobre los contenidos de los medicamentos de menor valor que son recobrados frecuentemente, el informe de la Defensoría del Pueblo contiene datos sobre los medicamentos solicitados con más frecuencia mediante acción de tutela que pueden ser indicativos. Esa entidad encontró que en el 2011 los medicamentos cubiertos en el POS más solicitados fueron “oxígeno, enalapril, acetaminofén, omeprazol, bromuro de ipratropio, prednisolona, clopidogrel, furosemida, lovastatina y ácido acetil salicílico (aspirina)”⁸¹. Por su parte, los 10 medicamentos no cubiertos en el POS solicitados con más frecuencia fueron: “suplementos alimenticios, micofenolato de mofetilo, palivizumab, risperidona, toxina botulínica, gabapentina, levitacera, enoxaparina, timolol+dorzolamida, y montelukast”⁸².

Estos datos no son plenamente comparables porque los del Ministerio combinan CTC y tutelas, mientras que el análisis de la Defensoría se concentra en tutelas. Sin embargo, es interesante el hecho de que entre los medicamentos objeto de litigio se encuentran algunos de muy bajo costo y uso frecuente como el acetaminofén, el omeprazol y el ácido acetil salicílico. Si bien la Defensoría los califica como servicios POS (lo cual implicaría que se encuentran cubiertos por la UPC), estos pueden estar siendo recobrados debido a las inflexibilidades del POS mencionadas antes, en caso de que por ejemplo se trate de una forma farmacéutica diferente a la cubierta. Por su parte, entre los medicamentos no POS se encuentran medicamentos más costosos, algunos incluidos en el listado del cuadro 5 incluido antes, como los suplementos alimenticios y la toxina botulínica.

De otra parte, en cuanto a los contenidos específicos del litigio por otro tipo de servicios diferentes de medicamentos se encuentran patrones diversos. Estos con frecuencia comparten cierta “sospecha” sobre su potencial de generar inequidad pues, como ocurre con los medicamentos, éstos tienen por objeto prestaciones que no necesariamente coinciden con las prioridades en salud en el país, ni tienen una costo efectividad comprobada.

En relación con las cirugías, los tratamientos y los insumos, las solicitudes no POS más frecuentes tienen por objeto servicios que no han sido abordados por la regulación o han sido desregulados. En primer lugar, en el caso de las cirugías la mayoría de las solicitadas hace parte de la cobertura del POS y sus contenidos corresponden a procedimientos convencionales (colecistectomías, herniorrafias e histerectomías y ortopedia y traumatología). No obstante, hay una tendencia a que crezcan las cirugías no POS, en particular aquellas que se encuentran en la frontera entre lo estético y lo funcional. Según la Defensoría del Pueblo, la mayoría de tutelas por cirugías solicita el acceso a intervenciones bariátricas/bypass gástrico, mamoplastia, cirugía ortognática, plástica de cualquier tipo, mastopexia con implante, abdominoplastia resección de pterigios y balón gástrico⁸³. Con anterioridad al Acuerdo 29 de 2011, que determina la cobertura actual del POS, la regulación preveía algunas disposiciones sobre este tipo de cirugías para determinar cuándo eran procedentes. La regla básica era que éstas estaban cubiertas cuando tenían fines funcionales. Inicialmente, el Acuerdo 289 de 2005 indicaba que estaban cubiertos “los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos

⁸⁰ Ministerio de Protección Social (2012). Op Cit, diapositiva 5.

⁸¹ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 151.

⁸² Ibidem. Pág. 151.

⁸³ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 153. El informe de la Defensoría distingue entre régimen contributivo y subsidiado. Esa diferenciación se ha debilitado a partir de la unificación total de ambos regímenes y por eso no es enfatizada en éste apartado.

funcionales”. Por su parte, describía las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales como “aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcional con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema”. Este Acuerdo fue derogado en la actualización del POS llevada a cabo mediante el Acuerdo 08 de 2009. Sin embargo el artículo 55 incluyó una disposición similar que diferenciaba entre la cirugía estética y la funcional para efectos de la cobertura. Indicaba:

“1. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de alterar o mejorar la apariencia del paciente sin efectos funcionales orgánicos.

2. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales.”

El Acuerdo 029 de 2011 derogó esta disposición y no previó una equivalente. En su lugar adoptó dos normas que no dejan claro el alcance de la cobertura y crearon una “zona gris” en cuanto a éste tipo de servicios. De un lado, el artículo 49, numeral 1, en el que se definen las exclusiones del POS, incluyó la cirugía “estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética”. No obstante, en el Anexo 1, que describe el listado de procedimientos, se contemplan algunos servicios de salud en la barrera entre lo estético y lo funcional, como por ejemplo la mamoplastia oncológica y de reducción por ginecomastia. Si bien este cambio normativo no necesariamente implica una reducción de la cobertura en este tipo de procedimientos, tampoco mantiene claramente la cobertura que había antes de la actualización del 2011 y en todo caso, al excluir la disposición que diferenciaba entre procedimientos estéticos y funcionales, redujo los elementos para interpretar la cobertura y decidir los casos difíciles.

En cuanto a los tratamientos, la Defensoría señala que la mayoría de los servicios litigados se encuentran cubiertos en el POS (88.75%). No obstante, la interpretación que hace de la cobertura en este caso es amplia. Por ejemplo incluye la “atención integral” y el apoyo para el cuidado domiciliario de los enfermos (como parte de la enfermería domiciliaria) en la cobertura del POS. En cuanto a lo no POS, lo más solicitado en ambos regímenes fueron las terapias ABA para las personas en situación de discapacidad, como musicoterapia, equinoterapia, acuaterapia e integración sensorio-motriz. Asimismo, tratamientos para la rehabilitación de fármacodependencia⁸⁴. Por su parte las solicitudes más recurrentes por prótesis, órtesis e insumos médicos no POS fueron pañales, sillas de ruedas, bolsas de colostomía y pañitos húmedos⁸⁵.

Estos servicios, que la Defensoría señala como los más recurrentemente litigados entre los tratamientos, coinciden temáticamente con la mayoría de los casos revisados por la Corte Constitucional en salud. Para tal efecto, estudiamos todas las tutelas que en 2012 la Corte Constitucional adoptó en materia de salud. Fueron 135 sentencias, que representaron el 18% de las tutelas decididas por esa Corporación en el período⁸⁶. Estas decisiones concentraron 219 casos. De esos 219, casi de la mitad, 94, se referían a servicios de salud de este tipo: 42.7% buscaba el acceso a pañales (41 casos), el 13.5% buscaba el suministro de apoyo en el cuidado domiciliario de los enfermos y la misma cifra a terapias para rehabilitación de niños en situación de discapacidad (13 casos cada uno), 12.5% buscaba acceso a cirugías en la barrera entre lo estético y lo funcional (12 casos), 7.2% buscaba acceso a silla de ruedas (7 casos) y en un caso incluso se buscó la adaptación de una vivienda para cumplir con los estándares de higiene necesarios para una diálisis peritoneal⁸⁷.

⁸⁴ Ibidem. Pág. 165.

⁸⁵ Ibidem. Pág. 159.

⁸⁶ La revisión se realizó el 28 de mayo de 2013.

⁸⁷ Muchos de estos casos solicitaban más de una de estas prestaciones, por ejemplo pañales y enfermera (T-1030/12) o pañales y transporte (T-478/12). Con la finalidad de hacer una clasificación se definieron dos criterios de prioridad. Se prefería la prestación presuntamente más costosa (la enfermera sobre los pañales) y se prefería la prestación más claramente excluida (los pañales sobre el transporte). De este modo, por ejemplo en los dos casos mencionados los criterios se aplicaron así: la sentencia T-1030/12 fue registrada como solicitud de enfermera y la sentencia T-478/12 como solicitud de pañales.

No obstante su relevancia en el litigio, tanto los tratamientos alternativos para personas en situación de discapacidad como los insumos que no son estrictamente de salud, por ejemplo los pañales y los pañitos, han sido sistemáticamente excluidos del POS. Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 señala en el artículo 49 que se excluyen: “sillas de ruedas”, “pañales para niños y adultos” y “tecnologías en salud de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación distintas a los necesarios de acuerdo a la evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo de las enfermedades y sus secuelas”. Estas exclusiones, sin embargo, no han estado nunca acompañadas de la carga de argumentación exigida por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 para poder excluir un servicio de salud aparentemente requerido, ni de soluciones alternativas para estos pacientes. Pero además, como se verá en el último apartado del presente documento, las reformas al sistema de salud que actualmente se debaten no abordan este problema y más bien consagran disposiciones que buscan prohibir la financiación de este tipo de prestaciones con recursos del sistema de salud, lo cual presumiblemente sólo potenciará el litigio en estos temas.

Los anteriores casos contrastan con el litigio por citas médicas, en el cual el 100% de lo solicitado en las acciones de tutela se encuentra cubierto en el POS y el litigio se debe a “la falta de oportunidad” puesto que “no hay profesionales suficientes para evitar nuevos eventos”⁸⁸.

Finalmente, cabe resaltar el litigio relacionado con el acceso al transporte, que aunque no está clasificado bajo ninguno de los tipos de litigio mencionados arriba es cuantitativamente significativo. Según la Defensoría del Pueblo casi una de cada tres tutelas que buscaron “prestaciones relacionadas con el sistema” —que en total fueron el 9.87%— se refirió a aspectos relacionados con el transporte⁸⁹. En el mismo sentido, el estudio de Universidad de los Andes constató que la mayoría de tutelas por “servicios no asociados” —que en total fue el 4%— se referían a pagos por desplazamiento de pacientes (transporte, alojamiento, alimentación, viáticos)⁹⁰. Durante 2012, la Corte Constitucional estudió al menos 23 casos que buscaron el acceso a transporte exclusivamente, a los que deben sumarse otros casos en los que el transporte fue solicitado de manera combinada con otras prestaciones.

El litigio sobre transporte también parece estar relacionado con falta de claridad en la regulación y con la precariedad de control y vigilancia sobre la organización de los servicios que realizan las EPS. En efecto, el transporte de pacientes se encuentra incluido en el POS pero únicamente para traslados en ambulancia entre prestadores (artículo 42, Acuerdo 029 de 2011) o cuando se trate de “zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión” (artículo 42, Acuerdo 029 de 2011). La mayoría de casos de tutela, sin embargo, no están cubiertos por la norma pues se refieren a personas a las que se les asigna la atención en salud en otro municipio o en otro departamento sin que en la zona se presente “dispersión”. Si bien esa decisión puede obedecer a la ausencia de los prestadores en la zona geográfica del usuario (ver T-587 de 2010), en otras oportunidades la remisión a otro municipio o departamento obedece a una simple decisión administrativa de organización de los servicios relacionada por ejemplo con reducción de costos (ver T-770 de 2011). Como existe algún grado de cobertura del transporte en el POS, esta ha sido interpretada de manera amplia por los jueces para concluir que en estos casos el servicio de transporte debe ser suministrado. Pero además, la falta de control y vigilancia de la organización de los servicios permite que las aseguradoras prioricen la organización con base en criterios diferentes al de la facilidad de acceso para el usuario, y aseguren además a una renta adicional cuando el transporte se considera no POS pues pueden recurrir al recobro ante el Fosyga.

La información sobre el litigio en los diferentes tipos de servicios muestra que existen diferentes patrones dependiendo del tipo de prestación. También sugiere que en tratamientos, cirugías, insumos y transporte el litigio obedece a problemas mucho más complejos, que no involucran únicamente al sector salud. Esto puede indicar una evolución en el patrón de litigio en los últimos años, que transita desde un litigio mucho más enfocado en acceder a servicios de salud curativos que no estaban cubiertos por el sistema, a otro que comprende i) el acceso a bienes y servicios que involucran varios sectores y tienen una naturaleza más compleja (como los pañales, los suplementos alimenticios, el apoyo en el cuidado

⁸⁸ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 155.

⁸⁹ Ibidem. Pág. 132.

⁹⁰ Universidad de los Andes (2012). Op Cit. Pág. 17 y 38.

domiciliario de los enfermos), y ii) prestaciones en las que las “zonas grises” de la regulación no se han superado o se han profundizado, pues están incluidas en la cobertura bajo condiciones que son generalmente interpretadas en contra de los usuarios (como las cirugías estéticas/funcionales y el transporte). Estas nuevas formas de litigio conviven con las formas más convencionales que han existido durante años, como la búsqueda de acceso a prestaciones curativas que claramente están cubiertas y que no son negadas por las EPS (como las citas médicas) pero que son demoradas o están sujetas a barreras administrativas. Asimismo, con el litigio que busca acceder a servicios de salud convencionales no cubiertos en el POS.

D. Los beneficiarios directos: ¿quiénes litigan?

Se ha afirmado que en Colombia, como en otros países, el litigio en salud se encuentra concentrado en la clase media y alta⁹¹. Cuando se revisa la evidencia disponible aparece una tendencia a una concentración de este tipo, pero con excepciones importantes y matices en algunos aspectos.

El primer criterio para evaluar la concentración del litigio en la clase media y alta es el estudio de la participación de cada régimen en el litigio en salud. Como se explicó antes, el contributivo agrupa a los usuarios con capacidad de pago, principalmente del sector formal, y el subsidiado agrupa a los usuarios sin capacidad de pago, cuya prima es subsidiada con recursos públicos y recursos de solidaridad. Un estudio anterior, en el que participó uno de los autores del presente artículo, analizó⁹² “la información global sobre los afiliados al sistema” y “la información sobre el régimen al que pertenecían las personas que habían presentado tutelas en un año específico” para constatar los niveles de litigio en cada régimen. El cruce de ambas variables mostró que para 2003 el régimen contributivo claramente concentraba la mayoría del litigio. En ese año el 73% de las tutelas fueron interpuestas por personas del régimen contributivo que acumulaba el 35% de los afiliados, mientras que el 23% de la población afiliada al régimen subsidiado interponía apenas el 3% de las tutelas.

Estas concentraciones han cambiado sustancialmente y hoy indicarían que el 35,2% de las tutelas provinieron del 53,11% de los afiliados al régimen subsidiado, mientras que el 35,8% de las tutelas fueron interpuestas por el 46,89% de los afiliados al contributivo⁹³. La concentración del régimen contributivo sobre el subsidiado es casi insignificante, sobre todo si se compara con la cifra de 2003.

No obstante, esta cifra tiene algunas imprecisiones que podrían afectar su capacidad de revelar la concentración del litigio. El problema consiste en que el criterio que la Defensoría del Pueblo aplica para determinar el régimen al que pertenece el afiliado —que es la cifra usada en ambos casos para determinar la concentración— es el tipo de población que atiende la entidad aseguradora demandada. Conforme a este criterio, 35,8% de la población demanda EPS que atienden sólo usuarios del régimen contributivo y 21,7% demanda EPS que atienden sólo población del régimen subsidiado. Las tutelas dirigidas contra los entes territoriales correspondientes al 14,6% las cuales pueden sumarse a las del régimen subsidiado pues estos tienen a su cargo la prestación de servicios no cubiertos de los usuarios este régimen. Este es el origen de la cifra mencionada antes que atribuye el 35,8% del litigio al régimen contributivo y el 35,2% al subsidiado. Sin embargo, una primera limitación es que los entes territoriales también tienen a su cargo otras funciones en el ámbito de la salud que generan tutelas pues atienden los servicios de la población “vinculada” mediante subsidios a la oferta y administran los recursos de la cobertura del régimen subsidiado. Como no existe ningún tipo de discriminación sobre el contenido de las tutelas por asegurado es imposible precisar ese dato. La segunda limitación se debe a que la Defensoría identifica que el 14,9% de las tutelas están dirigidas contra EPS que atienden usuarios del régimen contributivo y subsidiado. La atribución de estos casos a uno u otro régimen podría cambiar significativamente la cifra sobre concentración.

⁹¹ Procuraduría General de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008). Op Cit. Pág. 170; Yamin, Parra-Vera y Gianella (2011). Op Cit. Pág. 114.

⁹² Procuraduría General de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008). Op Cit. Pág. 171.

⁹³ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 142.

Aunque las anteriores consideraciones muestran las limitaciones de esta cifra de concentración, el informe de la Defensoría incluye también un análisis de los casos concretos incluidos en la muestra del informe que respalda la idea de una concentración moderada en el litigio en el régimen contributivo. De hecho, ese análisis muestra que la mayoría de solicitudes de tutela, correspondiente al 59,81%, fue elevada por usuarios afiliados al régimen subsidiado⁹⁴.

Un segundo criterio para determinar la concentración del litigio es la tasa de interposición de tutelas en cada régimen. En 2003 por cada 100.000 afiliados al régimen contributivo 184 litigaba en salud, y por cada 100.000 afiliados al régimen subsidiado 33 lo hacía: la tasa de litigio del régimen contributivo era aproximadamente 6 veces la del subsidiado⁹⁵. Para 2010, con las limitaciones en la información de la Defensoría mencionadas antes y basado en un “cálculo muy grueso”⁹⁶, estimamos que por cada 100.000 afiliados al régimen contributivo se interponían 175 tutelas, mientras que en el subsidiado la tasa era de 158. Un cálculo similar con las cifras de 2011 muestra que por cada 100.000 afiliados al régimen contributivo se interpusieron 195 tutelas, mientras que en el subsidiado la tasa fue de 169, como se puede constatar en el cuadro 6.

CUADRO 6
COLOMBIA: EVOLUCIÓN DE LA TASA DE LITIGIO POR RÉGIMEN DE SALUD,
POR CADA 100.000 AFILIADOS

Año	Regímenes	Tutelas	Población	Tasa	Relación tasas
2003	Contributivo	28 366	15 425 723	184	5,57
	Subsidiado	8 737	26 707 214	33	
2010	Contributivo	33 124	18 900 000	175	1,10
	Subsidiado	36 629	23 200 000	158	
2011	Contributivo	38 268	19 620 393	195	1,15
	Subsidiado	37 660	22 219 303	169	

Fuente: Cálculos propios, basados en datos de afiliación del Ministerio de Salud y Protección Social y datos de litigio por régimen de Defensoría del Pueblo (2004), *La tutela y el derecho a la salud: período 1999-2003*, Bogotá; Defensoría del Pueblo (2011), *La tutela y el derecho a la salud-2010*, Bogotá y Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá.

Este indicador muestra que se mantiene la desigualdad pero que ha bajado sustancialmente. No obstante, debido a la falta de información detallada sobre los CTC, es imposible saber si la disminución de las tutelas del régimen contributivo se ha traducido en un incremento en los CTC a favor de los miembros de este régimen⁹⁷. Esto implicaría una mejoría para ese grupo, pues el CTC evita todos los costos de acceder a un servicio mediante el sistema judicial. No obstante, alguna información preliminar sugiere que la tasa de solicitudes al CTC podría ser más alta en el régimen subsidiado que en el contributivo⁹⁸.

⁹⁴ Ibidem. Pág. 148.

⁹⁵ Procuraduría General de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008). Op Cit. Pág. 171.

⁹⁶ Uprimny y Durán (2013). Op Cit. Debido a las limitaciones en la información de la Defensoría, la tasa fue calculada excluyendo las tutelas contra EPS que tienen afiliados en ambos regímenes.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012a). Op Cit. Pág. 21. En una muestra de EPS analizada en éste documento se encontró que mientras en el régimen subsidiado entre 1% y 1,6% de los afiliados presentaban solicitudes en el régimen contributivo 0,01% y 0,02% lo hacía.

Un criterio adicional para identificar quiénes son los litigantes es el nivel de ingresos de quienes son titulares de las solicitudes de recobros presentadas al Fosyga, variable que fue analizada recientemente por el Ministerio de Salud y Protección Social en un grupo de recobros del régimen contributivo realizados entre julio de 2011 y junio de 2012 correspondientes a 5.023.014 solicitudes en el período incluyendo CTC y tutela⁹⁹. Con base en la información sobre el ingreso de los titulares de los recobros el Ministerio creó dos escenarios. En el primer escenario se definieron cinco quintiles con base en los ingresos de “todos los afiliados al sistema”. A cada titular de los recobros se le asignó un quintil de acuerdo con su ingreso base de cotización. En el segundo escenario se hicieron ajustes para determinar el “ingreso por hogar”, teniendo en cuenta los beneficiarios que tenía cada cotizante dentro de su grupo familiar (esposa, hijos, padres). En ambos casos la medida del ingreso fue el salario mínimo, que en 2012 correspondió a \$566.700 pesos colombianos equivalentes a 315 dólares¹⁰⁰. Este cálculo mostró que la mayoría de los titulares de recobros, 41%, con un ingreso equivalente a 6.9 salarios mínimos, se ubica en el quintil más alto de ingresos. Este quintil además presentó la mayoría de las solicitudes de recobro, 42%, y se quedó con la mayoría de los recursos aprobados por recobros, el 44%. Esto indica una sobrerepresentación del quintil más alto de ingresos en los recobros¹⁰¹. Si además al quintil 5 se le suma el siguiente, la concentración aparece aún más acentuada pues estos aglutinan el 66% de los titulares de los recobros, a quienes corresponde el 67% de las solicitudes. No obstante lo anterior, la variación en el ingreso en estos quintiles es alta pues mientras el quintil 5 de ingreso corresponde a personas con ingresos de casi 7 salarios mínimos, el quintil 4 corresponde a personas con 1,9 salarios mínimos.

Los quintiles 1, 2 y 3, por su parte, corresponden a personas con ingresos sustancialmente más bajos y un porcentaje muy inferior de los titulares de recobros pertenece a ellos. En el quintil 1 el ingreso promedio es de 0,89 salarios mínimos. El 15,2% de los titulares de recobros pertenece a este quintil. Estos titulares presentan el 16% de las solicitudes de recobro y el 15% del valor pagado por recobros. El quintil 2 corresponde a ingresos de 1,01 salarios mínimos. El 2% de los titulares de los recobros se encuentra en éste quintil y acumula el 2% de las solicitudes y el 2% de lo recobrado. Finalmente en el quintil 3 se encuentran las personas cuyo ingreso promedio es de 1,3 salarios mínimos, éste quintil agrupa el 10,6% de los titulares de recobros que a su vez presentaron el 11% de las solicitudes y recobraron el 11% de los recursos. El cuadro No 7 resume estos hallazgos.

CUADRO 7
COLOMBIA: RECOBROS DE LA LITIGACIÓN DE SALUD, POR QUINTILES DE INGRESO DE COTIZACIÓN, JULIO 2011-JUNIO 2012

Quintiles	IBC ^a Promedio	Personas	%	Recobros	%	Valor Recobrado (millones de pesos)	%	Valor Aprobado (millones de pesos)	%
1	\$ 508 380,7	119 147	15%	806 483	16%	\$ 398 554	15%	\$ 284 192,06	15%
2	\$ 572 772,0	15 895	2%	107 368	2%	\$ 51 789	2%	\$ 38 349,14	2%
3	\$ 783 747,1	82 838	11%	568 325	11%	\$ 295 178	11%	\$ 207 448,78	11%
4	\$ 1 114 159,6	193 032	25%	1 282 744	25%	\$ 627 668	23%	\$ 461 174,41	24%
5	\$ 3 946 805,9	319 503	41%	2 165 955	42%	\$ 1 162 340	43%	\$ 851 137,21	44%
No identificado		48 966	6%	272 139	5%	\$ 188 522	7%	\$ 96 597,90	5%

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina de Calidad (2012b), *Presentación Análisis de los Recobros Jul/2011 – Jun/2012*, Bogotá.

^a El ingreso base de cotización (IBC) es el ingreso sobre el cual se contribuye a la seguridad social (salud, pensiones y riesgos laborales).

⁹⁹ Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina de Calidad (2012b). La dimensión de esta cifra se explica en que cada tutela o CTC puede dar lugar a varios recobros. En el caso de la tutela por ejemplo se calcula que cada tutela implica en promedio 10 solicitudes de recobro. Universidad de los Andes (2012). Op. Cit. Pág. 31.

¹⁰⁰ Tomando la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) promedio de 2012 según el Banco de la República equivalente a \$1.798 por un dólar.

¹⁰¹ Pineda y Acosta (2009). Págs., 13-57.

Cuando la concentración del litigio se controla por ingreso de hogares, las anteriores cifras no cambian mucho. En el quintil más alto de ingresos, la concentración sube al 46%. El quintil 1 pasa de concentrar el 16% de los reembolsos en el primer escenario a concentrar sólo el 4% en el segundo; no obstante, el quintil 2 sube de aglutinar el 2% de los recobros a tener el 9%.

Otros estudios han encontrado igualmente importantes niveles de concentración del litigio entre los usuarios con más recursos cruzando variables diferentes. El estudio de la Universidad de los Andes mencionado antes analizó la concentración del litigio distribuyendo los demandantes del régimen contributivo según los quintiles de ingreso del país. En el quintil más alto de ingreso estaban el 22% de los tutelantes, mientras que en el otro extremo, en los dos primeros quintiles de ingreso se concentró sólo el 3% de las tutelas¹⁰².

Un último criterio para caracterizar quiénes son los litigantes en Colombia es la distribución regional de las tutelas. Según el informe de la Defensoría del Pueblo el litigio en salud se concentra, en términos generales, en los departamentos más grandes: Antioquia (23,4%), Valle del Cauca (12,2%), Bogotá¹⁰³ (9%), Caldas (6,7%), Santander (5,8)¹⁰⁴. No obstante, esta concentración no necesariamente está directamente relacionada con la densidad de la población del departamento. Por ejemplo, Bogotá, que es el más denso, ocupa el tercer lugar en frecuencia de litigio, mientras que Caldas es el cuarto departamento más litigioso a pesar, de que es el número 16 en cuanto a su población con menos de un millón de habitantes. Cuando se corrigen estas cifras por cada 10.000 habitantes, de los departamentos con más tutelas en términos absolutos, sólo Caldas se mantiene en los primeros puestos, junto con Risaralda (43,9), Quindío (43,3) y Norte de Santander (35,7)¹⁰⁵.

Si se revisa la concentración no por tamaño sino por Índice de desarrollo humano¹⁰⁶ (IDH), la brecha se hace nuevamente clara en los extremos, como se puede constatar en los cuadros 9 y 10. Los 5 departamentos con IDH más bajo, aportan el 2,24% del litigio en salud de todo el país. Por su parte, los 5 departamentos con IDH más alto concentran el 50,7%. De hecho esta concentración es aún más acentuada, puesto que entre los 5 departamentos con IDH más bajo se encuentra la Región Amazonía, según la clasificación del PNUD, que incluye cuatro departamentos (Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés). Es decir, los 8 departamentos con IDH más bajo aportan el 2,24% del litigio, mientras que los 5 con IDH más alto aportan el 50,7%.

Por otra parte, como lo ha explicado el Ministerio de Salud y Protección Social los resultados en salud siguen siendo más negativos en las zonas geográficas más pobres¹⁰⁷. Así por ejemplo tanto en la Encuesta de Calidad de Vida como en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2010 las personas ubicadas en zonas rurales calificaron su salud de manera negativa con más frecuencia que quienes estaban ubicados en zonas urbanas. Mientras las primeras declararon que su salud era “mala”, “regular” o “menos que buena” en alrededor de 34% de los casos, la cifra en las zonas urbanas estuvo alrededor del 22%. Estos datos podrían ser indicativos de una paradoja en la protección equitativa del derecho a la salud: quienes tienen mejor atención en salud y mejores resultados en salud son quienes con más frecuencia litigan.

Si se comparan los resultados en salud y las tasas de litigio en dos departamentos situados en los extremos opuestos, esta paradoja se hace evidente. La Guajira por ejemplo presenta promedios más negativos que los nacionales en los indicadores de salud como mortalidad infantil (ver cuadro 8). No obstante, allí se interponen mucho menos de 1000 tutelas por año. En otras palabras, aunque se mueren más niños y adultos por problemas de salud, se acude con mucha menos frecuencia a los jueces para mejorar los servicios que esta población recibe. Por el contrario en Antioquia en donde todos los indicadores de salud son mejores a los del promedio nacional se interponen más del 20% de las tutelas en salud del país con casi 25.000 casos.

¹⁰² Universidad de los Andes (2012). Op Cit. Pág. 32.

¹⁰³ Bogotá es tomado en éste estudio como un departamento.

¹⁰⁴ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 103.

¹⁰⁵ Ibidem. Pág. 106.

¹⁰⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2011). Op Cit. Pág. 406.

¹⁰⁷ Ministerio de Salud y Protección Social (2013). Op. Cit. Pág. 7.

CUADRO 8
COLOMBIA: COMPARACIÓN DE ÍNDICES DE LITIGIO Y RESULTADOS EN SALUD
ENTRE ANTIOQUIA Y LA GUAJIRA

Indicadores	Guajira	Antioquia	Nacional
Tutelas en salud en el Departamento, 2011	661 (0,62%)	24 806 (23,41%)	105 947
Tutelas en salud por cada 10.000 habitantes, 2011	7,81	40,38	23,01a
Tasa de mortalidad por cada 1.000 niños menores de 5 años	23,08	14,28	16,69
Tasa de mortalidad por EDA por cada 100.000 menores de 5 años	11,35	3,29	5,26
Prevalencia de desnutrición crónica en menores de 5 años	27,9	10,30	13,20
Razón mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos	154,95	52,42	74,09

Fuente: Cuadro elaborado con base en los datos sobre litigio en salud fueron tomados de Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá, y datos sobre indicadores de salud fueron tomados de Así Vamos en Salud (2013), "Indicadores" [en línea], Bogotá [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2013] <http://www.asivamosensalud.org/indicadores>.

^a Existe una leve discrepancia entre la tasa de litigio reportada en el cuadro 6 y la tasa de este cuadro. Esta diferencia se explica en dos hechos. El primero es que las tasas de litigio del cuadro 6 están calculadas por regímenes, mientras que las del cuadro 8 están calculadas de manera general para la población litigante sin importar su afiliación. El segundo es que, como se explicó antes, no existe información sobre el régimen al que pertenecen la totalidad de los tutelantes. Por esta razón la tasa del Cuadro 6 deja por fuera en sus cálculos al grupo de tutelantes cuyo régimen no se conoce. Estas tutelas son incluidas en la tasa del Cuadro 8 porque ésta es general y no considera la afiliación, y por ello resulta una tasa mayor.

No obstante lo anterior, la tendencia de los departamentos más pobres a litigar menos, que es muy pronunciada en los extremos, tiene algunas excepciones importantes. Por ejemplo, el departamento con mayor IDH es Bogotá (0,904) pero concentra sólo el 9% del litigio, y tiene una tasa de tutelas por 10.000 habitantes de 12,7 lo cual la ubica en el puesto 20 de 33. En cambio Casanare, que tiene el tercer IDH más alto del país (0,867) está entre los 8 con menos litigio, apenas el 0,32% y entre los 8 departamentos con menos demandas en salud por cada 10.000 habitantes con apenas 10,1. De hecho, como se ha mostrado en otros estudios, el cruce del número de tutelas por habitante con los departamentos por su IDH no arroja una correlación estadísticamente significativa entre unos y otros¹⁰⁸.

CUADRO 9
COLOMBIA: LITIGIO EN SALUD EN DEPARTAMENTOS CON ÍNDICE DE DESARROLLO
HUMANO (IDH) MÁS BAJO, 2011

Departamento	IDH	Litigio en salud
La Guajira	0,691	0,62%
Chocó	0,731	0,46%
Caquetá	0,752	0,55%
Putumayo	0,759	0,31%
Región Amazónica	0,768	Amazonas (0,13%), Guainía (0,07%), Guaviare (0,08%), Vaupés (0,02%)
Total litigio		2,24%

Fuente: Cuadro elaborado con base en los datos sobre litigio en salud fueron tomados de Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá, y datos sobre IDH tomados de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2011), *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural - Razones para la esperanza*, Bogotá.

¹⁰⁸ Rodríguez Garavito (2012). Op Cit. Pág. 542.

CUADRO 10
COLOMBIA: LITIGIO EN SALUD EN DEPARTAMENTOS CON ÍNDICE
DE DESARROLLO HUMANO (IDH) MÁS ALTO

Departamento	IDH	Litigio en salud
Bogotá	0,904	9%
Santander	0,879	5,8%
Casanare	0,867	0,3%
Valle del Cauca	0,861	12,2%
Antioquia	0,849	23,4%
Total litigio		50,7%

Fuente: Cuadro elaborado con base en los datos sobre litigio en salud fueron tomados de Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá, y datos sobre IDH tomados de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2011), *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural - Razones para la esperanza*, Bogotá.

Las anteriores cifras muestran una ambivalencia en la concentración del litigio en salud. De un lado, podría afirmarse que hay una tendencia a que los litigantes sean del régimen contributivo, pertenezcan a los quintiles altos de ingreso y provengan de ciudades con el IDH más alto. No obstante, del otro lado, estas tendencias no son acentuadas. De los tres indicadores mencionados el más contundente es el de la concentración por nivel de ingreso. En los otros dos, estas tendencias son moderadas y en algunos casos tienen excepciones significativas. Por ejemplo, la tasa de litigio en el régimen contributivo y subsidiado se ha venido igualando en los últimos años y actualmente se diferencian por apenas algunos puntos. Asimismo, aunque en los extremos la tasa de litigio en los departamentos muestra concentración en aquellos con mayor IDH, la correlación no parece ser estadísticamente significativa¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Ibidem. Pág. 542.

III. El balance: los efectos ambivalentes del litigio en salud en la inequidad

El apartado anterior, al describir el perfil de la protección judicial de la salud en Colombia, mostró ciertos impactos regresivos de la justiciabilidad del derecho a la salud. Sin embargo, como lo señalamos en la introducción, una evaluación seria del impacto del litigio en salud requiere ir más allá de los casos concretos, a fin de estudiar impactos globales e indirectos, que pueden y suelen ser más equitativos. En este punto intentamos entonces hacer un balance global del impacto de la protección judicial de la salud sobre la equidad, para lo cual comenzamos por una sistematización de ciertos efectos regresivos del litigio individual, para luego proceder a estudiar elementos que limitan esa regresividad y que tendrían la virtud de potenciar los impactos igualitarios de la protección judicial de la salud.

A. Una rutinización inercial y regresiva: los impactos inequitativos y las ineficiencias de la justiciabilidad individual

Existen al menos cuatro elementos del perfil del litigio en salud presentados en el punto anterior que parecen haber tenido un impacto regresivo en Colombia, aunque no tan acentuado como en otros países como Brasil: i) el litigio se tornó masivo y no representa entonces un asunto marginal y anecdótico sino que se ha “rutinizado” y se ha convertido en un elemento central y muy costoso del sistema de salud; a su vez, ii) el propio litigio tiene costos, que en muchos casos superan los beneficios de las prestaciones de salud otorgadas, lo cual es ineficiente e inequitativo, pues distrae recursos públicos que podrían satisfacer otras prioridades. Todo lo anterior no sería grave si la protección judicial se hubiera centrado en las poblaciones más vulnerables y hubiera otorgado prestaciones médicas que fueran costoeficientes y que reflejaran las necesidades de salud de la población. Pero no parece ser así pues iii) la mayoría de los demandantes tienen ingresos medios o altos, pertenecen al régimen contributivo, y tienden a concentrarse en los departamentos de mayor IDH. En relación con estos dos últimos indicadores no obstante, la tendencia es moderada y tiene importantes excepciones. Por su parte, iv) las prestaciones más litigadas no necesariamente coinciden con servicios básicos de protección requeridos por la población. Por ejemplo, cada vez más las cirugías que se solicitan mediante acción de tutela corresponden a procedimientos en la frontera entre lo estético y lo funcional (mamoplastia y

procedimientos relacionados con el peso); un número considerable de tutelas por tratamientos buscaron el acceso a terapias ABA.

Los patrones que se encuentran en los recobros (combinados CTC y tutela) muestran una concentración más fuerte pues se refieren mayoritariamente a medicamentos que coinciden en buena parte con aquellos clasificados como innovaciones de mayor venta en el mercado mundial para enfermedades no transmisibles cuya prevalencia no es tan acentuada en el país. Aunque la mayoría son de prestaciones de bajo costo, una minoría de prestaciones muy costosas consumen la mayor parte de los recursos, que benefician mayoritariamente a los afiliados de mayores ingresos, sobre representados en los recobros.

La mayor parte de esos cuatro factores de inequidad ya fueron descritos en el anterior punto al presentar el perfil del litigio, por lo que no es necesario volver sobre ellos. Por ello en este punto profundizamos únicamente en dos aspectos: i) en los costos del propio litigio y sus implicaciones sobre la equidad y la eficiencia, y ii) en la idea de “rutinización”, que ha sido desarrollada por algunos analistas argentinos¹¹⁰ y que nos parece de gran utilidad para evaluar el impacto de la justiciabilidad del derecho a la salud sobre la igualdad.

Como se recordará, la mayor parte de los litigios de salud son por medicamentos y prestaciones de bajo costo. En ese contexto, una de las inequidades e ineficiencias de la justiciabilidad de la salud es que el valor de poner en actividad la administración de justicia para resolver la tutela puede ser superior al valor de la prestación buscada. Así, un estudio realizado en la ciudad de Medellín contrastó el valor de los servicios de salud solicitados en una muestra de tutelas con los costos del proceso judicial y concluyó que con frecuencia los segundos sobrepasaban a los primeros¹¹¹. Para calcular los costos judiciales se identificaron las fases “de *asesoría* en la personería, la oficina de *reparto* y las actuaciones o *sentencia* de los jueces en los respectivos juzgados” y se estimaron costos con base en entrevistas “a expertos y funcionarios de la personería y los juzgados de Medellín”¹¹². Este estudio concluyó que por “cada \$100 correspondiente al costo de los servicios negados por las entidades promotoras de salud”, el sistema judicial gasta \$48 pesos. En la muestra de casos se encontró que en la mitad “el costo de la acción jurídica resultó ser superior al costo de los servicios” con un valor promedio de entre \$441.512 y \$822.098 dependiendo de la complejidad del caso (equivalentes a \$US 283-443¹¹³ dólares)¹¹⁴. Aún cuando estos resultados no necesariamente se pueden generalizar, debido por ejemplo a las variaciones en los costos judiciales y en las prestaciones en las diferentes regiones, conviene recordar que en todo el país las prestaciones más recobradas eran mayoritariamente de menos de 56 dólares, con lo cual la desproporción a nivel nacional entre el costo del acceso a la justicia y el costo del beneficio podría ser mayor que en Medellín. Estas cifras muestran entonces que este litigio masivo puede ser muy ineficiente, ya que la acción judicial, que tiene costos para el Estado y para la persona, se convierte en un requisito burocrático más para acceder a prestaciones de bajo costo. Y este gasto ineficiente tiene impactos negativos sobre la equidad pues usa para la atención de estos costos judiciales recursos que podrían ser destinados a problemas más prioritarios.

Estos impactos regresivos están entonces ligados a la masividad del litigio en salud, debido a su “rutinización”, que es un proceso que parece atravesar tres etapas, que no necesariamente se pueden diferenciar con claridad en la práctica. La primera etapa está marcada por la ocurrencia de un primer caso en el que el solicitante busca el suministro de una prestación mediante las cortes y accede a lo pedido. Este caso define un precedente que crea un incentivo para que otros litigantes en situaciones similares reclamen judicialmente los servicios de salud que requieren y para que los jueces lo concedan siguiendo el precedente de sus superiores o sus pares. La segunda etapa ocurre cuando estos casos subsecuentes tienen lugar y el litigio deja de ser aislado para convertirse en un fenómeno masivo o por lo

¹¹⁰ Ver en el tema de salud Bergallo (2011). Pág. 60. Ver a nivel más general Abramovich (2009).

¹¹¹ Nieto y Arango (2011).

¹¹² Ibidem. Pág. 226.

¹¹³ Tomando la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) promedio del año 2009, pues los datos en moneda colombiana son expresados en pesos constantes de 2009.

¹¹⁴ Nieto y Arango (2011). Op Cit. Pág. 227.

menos recurrente. Finalmente, la tercera etapa consiste justamente en el proceso de rutinización en el que el litigio se convierte en una precondition del acceso a los servicios.

Ahora bien, cuando se alcanza la tercera etapa de la rutinización, pueden ocurrir dos respuestas estatales muy diversas¹¹⁵: i) la rutinización puede tornarse “inercial” ya que las autoridades reguladoras no reaccionan ante ese litigio masivo y rutinizado, que entonces se perpetúa; pero puede igualmente suceder que ii) la rutinización, por la carga de los casos y sus costos, lleve a que los actores institucionales relevantes desarrollen procesos de identificación o diagnóstico de la rutinización y reaccionen ante ella buscando soluciones estructurales para enfrentar las causas del litigio rutinizado.

Una rutinización inercial de los litigios individuales tiende a tener efectos negativos sobre la igualdad, por los cuatro factores antes señalados, mientras que si ésta genera una respuesta estructural de las autoridades regulatorias los impactos pueden ser muy distintos y mucho más democráticos pues podrían dar lugar a una jurisprudencia dialógica, con potencialidades igualitarias y democratizadoras, como se explicará ulteriormente.

En síntesis, el estudio del perfil del litigio individual indicaría que, como ocurre en el Brasil, su rutinización ha hecho que la protección judicial directa tienda a beneficiar mayoritariamente a las clases medias y altas. Sin embargo es necesario introducir dos matices importantes frente a otros estudios comparados: primero, es claro que esa esta característica no ha sido tan profunda en Colombia como en otros países como Brasil. Y segundo, que es necesario examinar los impactos sobre la igualdad más allá de los beneficiarios directos del litigio, pues la protección judicial podría tener efectos globales más redistributivos, sobre todo si se tienen en cuenta ciertas respuestas estructurales de las autoridades colombianas a la rutinización del litigio. En los siguientes puntos estudiaremos entonces los factores que han limitado la regresividad de la protección judicial individual del derecho a la salud en Colombia, así como los impactos del litigio en salud más allá de los beneficiarios directos.

B. Dos elementos igualitarios de la justiciabilidad individual en Colombia

El impacto regresivo de la protección judicial individual de la salud parece responder a la siguiente lógica: i) las clases medias y altas tienen en general un mayor acceso a la justicia que los sectores pobres y marginalizados, por lo cual son ellas quienes mayormente se benefician de la protección judicial de la salud; y ii) como los jueces tienden a considerar que toda persona tiene un derecho constitucional a cualquier prestación médica que sea necesaria a su salud, entonces tienden a concederla a los litigantes, incluso por fuera de los planes de salud diseñados por las autoridades regulatorias, sin mirar los costos y sin examinar si el litigante puede o no pagar directamente esa prestación. En esa forma, con recursos públicos que podrían ser destinados a los más pobres y excluidos, el Estado termina financiando tratamientos o medicamentos por fuera del plan de salud a personas de ingreso medios o altos, que muchas veces podrían pagar esas prestaciones de salud.

La anterior lógica regresiva de la protección judicial individual parece operar en muchos casos, pero habría al menos dos factores que reducirían su impacto: así, si el acceso a la justicia para obtener la protección del derecho a la salud es fácil, democrático e igualitario, entonces la justiciabilidad no tiene por qué beneficiar a los más ricos y poderosos sino a todas y todos; y si los jueces tienen en cuenta la capacidad de pago de los litigantes, entonces no habría por qué financiar con recursos públicos aquellas prestaciones por fuera del plan de salud que las personas de ingresos altos pudieran ellas mismas sufragar. Ahora bien, la regulación de la tutela en salud en Colombia incluye esos dos aspectos, lo cual podría explicar que el litigio individual en salud sea menos regresivo que en otros países. Procedemos pues a analizar brevemente estos dos aspectos.

La justicia constitucional colombiana es una de las más abiertas y accesibles del mundo. Como ya se explicó, existe la acción pública, en virtud de la cual, cualquier ciudadano puede pedir que se declare

¹¹⁵ Bergallo (2011) Op.cit, Pág. 62.

la inconstitucionalidad de cualquier ley, sin necesidad de ser abogado y sin ningún formalismo especial. Una vez presentada la demanda, la Corte Constitucional debe pronunciarse en unos cinco meses. Pero además, y aún más importante para este estudio, la acción de tutela, que es la que ha servido para rutinizarse el litigio de salud en Colombia, es muy simple pues cualquier persona puede, sin ningún requisito especial y sin abogado, solicitar a cualquier juez la protección directa de sus derechos fundamentales. Esto ha permitido que personas muy humildes puedan presentar tutelas en salud, sobre todo después de que la Corte Constitucional estableció una doctrina estable y simple sobre cuáles son los requisitos que deben reunirse para que pueda otorgarse la protección de la salud (ver supra II, b). Esta amplitud del acceso a la tutela permitió entonces que las doctrinas jurídicas construidas por la Corte Constitucional sobre la justiciabilidad de la salud vía tutela, que surgieron muy probablemente de litigios planteados por personas de mayores ingresos, hayan terminado beneficiando a sectores sociales más pobres, que pudieron usar fácilmente esa doctrina, gracias a que la tutela es un mecanismo judicial muy accesible. Y esto podría explicar por qué las diferencias de las tasas de litigio entre las personas del régimen contributivo y aquellas del régimen subsidiado, que eran muy altas hasta hace unos seis años, se han reducido considerablemente en la actualidad.

Este análisis fortalece la idea, señalada por Gauri y Brinks, según la cual, debido a esos efectos indirectos pero internos al sistema jurídico, hay una especie de efecto de cascada que reduce los impactos inequitativos del litigio individual en salud, pues personas de menores recursos pueden aprovechar los precedentes establecidos gracias al litigio de la clase media y alta. La primera generación de casos puede entonces ser dominada por los litigantes con mejores recursos, pero la segunda generación puede estar al alcance de litigantes de bajos ingresos¹¹⁶. Pero para que esto ocurra es necesario que el recurso judicial sea fácilmente accesible, como sucede con la tutela en Colombia, o que esos litigantes pobres cuenten con apoyos legales.

El acceso fácil a la tutela ha mitigado entonces los impactos regresivos del litigio individual en salud¹¹⁷. Un segundo elemento que podría tener un impacto igualitario en este campo es la doctrina de la Corte Constitucional sobre la capacidad de pago de los litigantes. En efecto, uno de los aspectos que nutren la inequidad en la protección del derecho a la salud derivada del litigio es que existe una tendencia a que quienes pertenecen a la clase media y alta litiguen más frecuentemente y, como consecuencia de ello, obtengan mayoritariamente los beneficios que se derivan de las decisiones judiciales. El efecto de este patrón se limita cuando las decisiones judiciales son sensibles a la capacidad económica de los litigantes, de modo que no asignan recursos —mediante la orden de proveer servicios de salud— a quienes pueden pagar por ellos y los reservan para quienes de otro modo no podrían recibir los servicios que buscan a través del litigio. Este es un elemento incorporado a los criterios para determinar la protección judicial en la acción de tutela. En efecto, una de las exigencias del test de procedibilidad de la protección que aplica la Corte desde la sentencia T-1204 de 2000, explicada antes, es que, en caso de prestaciones no POS, el juez constate que “el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie”.

El argumento que fundamenta esta regla es justamente que en el contexto de recursos escasos, éstos deben orientarse a satisfacer prioritariamente las necesidades de los menos favorecidos. Así ha señalado la Corte que los jueces ni los accionantes “deben olvidar que los recursos del Fosyga, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos, medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del POS, que requieran con

¹¹⁶ Ver Gauri y Brinks (2008). Op-Cit. Pág. 23.

¹¹⁷ Sin embargo, como lo han destacado Yamin y Motta Ferraz, el efecto global de esa facilidad de acceso a la tutela podría ser paradójico en términos de equidad global pues incentiva el litigio individual, en detrimento del litigio colectivo, ya que para cualquier persona es relativamente fácil acceder en Colombia a la justicia para buscar la protección individual de su salud. En cambio, en países en donde el acceso a la justicia es más difícil, existe un incentivo para que los sectores populares, apoyados por estructuras de litigio, intenten agrupar sus demandas buscando casos colectivos susceptibles de lograr reformas más estructurales, que tienen impactos más positivos sobre los sectores menos favorecidos. Un ejemplo sería el litigio colectivo en Sudáfrica en el conocido caso TAC (Treatment Action Campaign) de 2002, en donde la Corte Constitucional ordenó al gobierno que suministrara neviraparina a las madres con VIH para evitar la transmisión del virus a sus hijos. Este caso único benefició a millones de personas. Ver al respecto Yamin (2011).

urgencia para salvaguardar su vida y su integridad”¹¹⁸. Como parte de este test “tipo” dicho criterio se aplica, al menos formalmente, en todas las tutelas en las que se revisa la procedibilidad de una solicitud de un servicio no cubierto. Desafortunadamente, como se verá, su aplicación material más allá de la formalidad, que es la que realmente tiene potencial de evitar la asignación de recursos a los más privilegiados, es mucho más precaria.

Para evaluar este aspecto, exploramos el nivel de actividad probatoria que desarrollan los jueces, para determinar cuál es la capacidad de los litigantes de financiar los servicios de salud que solicitan mediante acción de tutela. En los casos en los que hay información relevante se hace referencia a la pertinencia de las prestaciones ordenadas pues para que la protección judicial tenga efectos igualitarios es igualmente necesario que las prestaciones que se reconocen en las decisiones judiciales sean costo-efectivas y se correspondan con las necesidades en salud de la población¹¹⁹. También se revisa un ejemplo sobre medicamentos genéricos versus medicamentos de marca en el que se hace referencia directamente a la actividad probatoria desarrollada por los jueces para determinar la pertinencia del servicio solicitado.

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica de los tutelantes, con base regla establecida en la sentencia T-1204 de 2000, la Corte ha considerado que no procede la protección mediante acción de tutela cuando el usuario cuenta con recursos propios para sufragar el servicio de salud no incluido en la cobertura. Así por ejemplo, la sentencia T-112 de 2004 negó el suministro de tirillas reactivas para glucómetro debido a que el demandante contaba con recursos económicos propios y asumir este costo representaba el 8% de sus ingresos; la T-752 de 2004 denegó el amparo porque la demandante ni siquiera había afirmado su incapacidad económica para costearlos, tampoco había aportado pruebas en ese sentido; la T-959 de 2004 negó el suministro de tirillas de glucometría a una menor de tres años que padecía diabetes *mellitus* tipo uno pues se confirmó que su padres podían costearla; la T-893 de 2005 negó el suministro de un examen pues los ingresos combinados de la demandante y su compañero permanente eran suficientes para la cubrir su costo; la T-910 de 2005 negó el suministro de la hormona de crecimiento a un menor de edad cuyos padres contaban ambos con ingresos económicos razonables para costear el servicio; la T-005 de 2008 negó el suministro de un examen diagnóstico pues se trataba de una persona de ingresos altos y el examen era de bajo costo y se requería por una sola vez; la T-808 de 2008 negó el suministro de un medicamento pues se pudo constatar que su costo no representaba una carga desproporcionada para su nivel de ingresos del demandante; la T-256 de 2010 estimó que no procedía la exoneración de copagos porque el demandante contaba con suficientes recursos económicos, considerando además que existía un tope anual frente a los mismos; la T-622 de 2012 denegó el suministro de un medicamento para la impotencia pues encontró que el solicitante recibía una mesada pensional con la que podía cubrir su costo, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un tratamiento por tres meses; y la T-017 de 2013 denegó el suministro de un medicamento pues aunque su costo era alto, el demandante contaba con ingresos suficientes, sin que la cobertura del mismo representara más del 10% de sus ingresos.

Los anteriores casos son ejemplos de sentencias en las cuales la propia Corte aplica las reglas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para evitar que los recursos escasos del sistema de salud se orienten a cubrir las necesidades de los más privilegiados; sin embargo, existen varias barreras que impiden que sea una práctica generalizada, que desestime el litigio por parte de quienes tienen capacidad económica para cubrir los servicios excluidos del POS que requieren.

El primer obstáculo es que la capacidad económica de quienes solicitan servicios no cubiertos en el POS sólo se analiza en sede de tutela pero no así en los procesos de autorización ante los CTC. En ninguna

¹¹⁸ Sentencia T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹⁹ Sin embargo, con la información disponible no ha sido posible cruzar ambas variables para hacer una evaluación integral del aporte a la igualdad de las decisiones judiciales. Este vacío de información se debe en parte al hecho de que la jurisprudencia constitucional no ha incorporado éste criterio entre aquellos que deben ser cumplidos para que proceda la protección en salud mediante acción de tutela. La jurisprudencia constitucional ha reconocido de manera consistente que la decisión sobre la intervención más adecuada para el tratamiento de cada paciente corresponde al médico tratante que es quien tiene el conocimiento técnico y el conocimiento sobre el caso específico.

de las resoluciones en las que se han establecido los requisitos para que proceda la autorización por el CTC se ha incluido la capacidad económica como un criterio relevante. La Resolución 3099 de 2008 que regula actualmente este procedimiento señala en el artículo 6 los criterios que debe estudiar el CTC para autorizar o negar un servicio de salud no POS y no incluye la evaluación de la capacidad económica del peticionario. La sentencia T-760 de 2008 llamó la atención sobre esta ausencia pero no adoptó ninguna orden específica para corregir esta carencia en la reglamentación, ni ordenó a las autoridades del sector hacerlo. Esto ha hecho que el CTC suministre servicios no cubiertos a personas que tienen plena capacidad para asumir su costo. Esta falla es especialmente relevante si se considera que la EPS tiene disponible la información sobre el ingreso base de los usuarios que requieren los servicios y la información sobre sus costos, datos que, como se verá, en sede de tutela muchas veces son desconocidos.

El segundo obstáculo que impide que este criterio tenga un impacto más significativo sobre la igualdad es que, a pesar de que hace parte del test que se emplea para decidir sobre la procedencia de la tutela y que se debería revisar en cada oportunidad, su aplicación no es rigurosa ni consistente en la jurisdicción constitucional. En la mayoría de los casos se concluye la incapacidad económica de los usuarios con base en la presunción de veracidad, conforme a la cual se dan por ciertos los hechos alegados por el demandante cuando el demandado no aporta pruebas para desvirtuarlos¹²⁰. En otras palabras, en la mayoría de los casos se considera probada la incapacidad económica porque el accionante afirma que no puede costear el servicio que solicita y su afirmación no es controvertida por la respectiva EPS. Si bien la presunción de veracidad es una regla razonable en un contexto en el que el desequilibrio de poder entre las partes es tan pronunciado, la precariedad probatoria en estos casos podría estar acentuando los efectos inequitativos del litigio al permitir que los recursos escasos del Fosyga sean desviados a cubrir las necesidades de quienes tienen recursos propios. Esta precariedad se manifiesta en la inactividad de las partes, pero también en la falta de diligencia de las autoridades judiciales por llenar esos vacíos. De hecho son excepcionales las sentencias en las cuales se adopta alguna actividad probatoria que permita conocer la veracidad de la incapacidad económica alegada.

Aunque no existen cifras agregadas sobre la actividad probatoria en casos de tutela, el análisis de la evidencia que usa la Corte Constitucional para decidir estos casos ofrece algunas luces sobre este punto. Por ello examinamos los 219 casos que la Corte revisó en materia de salud en 2012, contenidos en 135 sentencias, y de estos en 122 verificó el requisito de la capacidad económica. En los 97 casos restantes no procedía el análisis de la capacidad económica porque, por ejemplo, se trataba de casos en los que se había presentado un hecho superado (e.g T-034 de 2012 o T-1010 de 2012) o se trataba de servicios cubiertos en el POS (e.g T-004 de 2012 o T-446 de 2012) o el problema no estaba relacionado con el acceso a prestaciones sino con problemas de afiliación (e.g. T-066 de 2012) o continuidad de un tratamiento iniciado (e.g T-531 de 2012). Los casos en los que la capacidad económica sí era relevante presentaron diferentes niveles de actividad probatoria que pueden ser diferenciados en cuatro grupos.

En el primer grupo se encuentran 7 casos en los que la Corte no analizó la capacidad económica de los demandantes en absoluto a pesar de que se trataba de peticiones sobre el reconocimiento de prestaciones (e.g T-152 de 2012). Este grupo de casos se encuentra en el extremo de la negligencia probatoria y en ellos es imposible determinar si los recursos escasos del Fosyga financiaron prestaciones para individuos que podían sufragarlas con recursos propios.

El segundo grupo está conformado por aquellos casos en los que la Corte concluyó que se cumplía el requisito de la incapacidad económica del demandante aplicando la presunción de veracidad explicada antes. A este grupo pertenecen 81 casos que tienen en común tres características: el demandante afirmó que carecía de capacidad económica para financiar el servicio (en algunas ocasiones haciendo referencia a su pertenencia al régimen subsidiado o al nivel I del SISBEN); la EPS demandada

¹²⁰ Señalan los artículos relevantes del Decreto 2591 de 1991: “Artículo 19. Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad. // El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. // Los informes se considerarán rendidos bajo juramento” y “Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

no controvertió dicha afirmación; y la Corte la dio por cierta sin solicitar pruebas adicionales a ninguna de las partes u otras entidades relevantes. En algunas sentencias se tomaron por probadas las afirmaciones del demandante, incluso a pesar de que había elementos que indicaban que podía haber alguna duda sobre las afirmaciones sobre la incapacidad económica, como que el demandante se encontraba en el régimen contributivo y que las prestaciones no eran una necesidad básica. Así por ejemplo, la sentencia T-681 de 2012 ordenó el suministro de “terapias de neurodesarrollo, ocupacional, equinoterapia, acuaterapia, fisioterapia, fonoaudiología, musicoterapia, psicoterapia con la metodología conductual ABA” y pañales desechables a una menor de edad cuya madre pertenecía al régimen contributivo. Ni la madre, ni la EPS aportaban pruebas de la situación económica. Tampoco los jueces de instancia ni la Corte Constitucional elevaron ninguna solicitud para determinar la capacidad económica de los padres de la menor. La Corte se limitó a afirmar que “la madre de la accionante es cabeza de familia, sus ingresos provienen de la venta de almuerzos y la menor depende exclusivamente de ella, por lo que deberá tenerse en cuenta lo establecido por la jurisprudencia, en el sentido de que esos asertos constituyen una negación indefinida que invierte la carga de la prueba hacia el demandado, quien debería probar en contrario y en este caso no lo hizo”¹²¹.

El tercer grupo de casos está conformado por aquellos en los que la afirmación de la incapacidad económica estuvo acompañada de alguna prueba documental aportada por el demandante que sirvió de fundamento para la decisión. Así por ejemplo, en 9 casos se analizó la capacidad económica del demandante con base en la prueba sobre su ingreso, como información de su salario o pensión (e.g T-471 de 2012 y T-478 de 2012) y en 6 casos la incapacidad se basó en una prueba del ingreso del demandante y el costo del servicio (e.g T-344 de 2012 y T-503 de 2012). Adicionalmente en 5 casos, la incapacidad económica se analizó con base en otros elementos probatorios que estaban en el expediente antes de que llegara a la Corte Constitucional, como egresos u otras cargas económicas significativas de los demandantes (e.g. T-173 de 2012 y T-622 de 2012).

Finalmente, el cuarto grupo de casos está conformado por aquellos en los que la Corte desempeñó una actividad probatoria orientada a establecer la capacidad económica de los demandantes y realizó el análisis en los casos concretos con base en los resultados de esas pruebas (e.g. T-790 de 2012 y T-926 de 2012). Este grupo cuenta con 11 casos.

Además de los anteriores, se presentaron 4 casos en los que la Corte no realizó ninguna actividad probatoria propia pero denegó el amparo porque concluyó que los demandantes no habían realizado ningún esfuerzo por mostrar su incapacidad económica a pesar de que se trataba de casos “sospechosos” por ser cotizantes en el régimen contributivo y estar buscando acceso a servicios costosos ordenados por médicos particulares que los demandantes habían financiado con recursos propios (e.g T-825 de 2012 y T-964 de 2012).

Como se ve, la aplicación de la presunción de veracidad ha reemplazado casi por completo el debate probatorio en las tutelas en salud y los casos en los que se desarrolla un verdadero debate probatorio son excepcionales. Esta circunstancia hace que sean escasos los casos en los que se niegan prestaciones no cubiertas a personas con capacidad económica. Durante 2012, por ejemplo, eso sólo ocurrió en un caso (T-622 de 2012). Estos resultados son especialmente relevantes si se tiene en cuenta que se trata de los jueces de mayor rango en la jurisdicción constitucional, que cuentan con mejores recursos que los jueces de instancia y con un término mucho más amplio para resolver los casos (el reglamento otorga 3 meses que pueden ser ampliados, en comparación con los 10 días del juez de primera instancia).

Otro caso documentado sobre la precariedad de la actividad probatoria en los procesos de tutela en salud es el de las sentencias que ordenan el suministro de medicamentos de marca en la Corte

¹²¹ En términos de incentivos, esta regla probatoria es inadecuada pues en estos casos la EPS demandada no tiene ningún interés en controvertir al accionante pues si resulta condenada a suministrar la prestación no POS, en todo caso podrá acudir al Fosyga para recobrar los dineros gastados.

Constitucional, en cuyo caso el debate más relevante gira en torno a la pertinencia técnico-científica de las prestaciones ordenadas¹²².

Entre 2002 y 2012 la mayoría de los casos en los que se estudió la solicitud de un medicamento de marca fueron decididos con base en la orden del médico tratante exclusivamente. Esto ocurrió en el 82,9% de los casos. Adicionalmente, el 17,1% se basaron en la orden del médico tratante y una prueba adicional, y sólo el 5,6% solicitó la opinión experta del Invima¹²³. En estas decisiones la Corte tampoco consideró la opinión del CTC de la EPS involucrada. Solo el 22,9% de los casos tenían un concepto previo del CTC y de esos, en el 87,5% la Corte ordenó la provisión del medicamento de marca en contra de lo señalado por el CTC¹²⁴. No obstante no es claro hasta qué punto los CTC analizaban directamente el tema de las ventajas o desventajas del genérico sobre el de marca.

La ausencia de actividad probatoria por parte de los jueces es grave pues los aseguradores no tienen incentivos a aportar evidencia ya que eventualmente recibirán el reembolso del Fosyga. Por su parte, los profesionales de la salud pueden estar sujetos a incentivos de las farmacéuticas para ordenar los productos de marca en lugar de los genéricos. Esto lleva no sólo a distorsiones en la asignación de recursos sino también a decisiones poco técnicas en términos de costo efectividad de los servicios financiados que pueden poner en riesgo a los propios pacientes¹²⁵. Todo esto es aún más grave si se considera que muchas de estas prestaciones implican costos considerables para el sistema, por lo que es fundamental garantizar que estas no beneficien a aquellos que tienen capacidad de pago, sino además que el costo adicional de este medicamento sobre, por ejemplo, una versión genérica o un sustituto, valen la pena.

En conclusión, la inclusión de la capacidad económica como un criterio de procedibilidad de la protección en la tutela en salud modera los efectos en la desigualdad que se derivan del hecho de que la mayoría de litigantes pertenezcan a la clase media y alta. Esto es así porque asegura que esos recursos se focalicen en atender las necesidades en salud de quienes están en desventaja. No obstante, los efectos de este criterio en la práctica son muy limitados porque los CTC no aplican criterios similares al evaluar las solicitudes y porque la precariedad de la actividad probatoria que se desarrolla en las tutelas en salud lleva a inconsistencias en su aplicación.

C. Más allá de los casos individuales: impactos indirectos y estructurales de la justiciabilidad de la salud

Hasta ahora hemos centrado nuestro análisis del impacto de la protección judicial de la salud sobre la igualdad se esencialmente en la distribución de beneficios en los litigantes directos. Sin embargo, como lo señalamos al inicio y lo han resaltado estudios previos pioneros sobre el tema,¹²⁶ este análisis es limitado pues los impactos de la protección judicial de los derechos sociales, y en particular del derecho a la salud, son mucho más amplios y complejos que sus impactos directos sobre los litigantes del caso concreto. Conviene entonces recordar el enfoque propuesto al respecto tanto por Gaury y Brinks como por Rodríguez-Garavito¹²⁷, que nos permite tener un panorama más amplia.

De un lado, Gaury y Brinks¹²⁸ distinguen entre los efectos de las decisiones judiciales sobre los litigantes y aquellos que recaen sobre los no litigantes. Pero además diferencian entre los impactos directos e indirectos de las decisiones judiciales, y en estos últimos distinguen entre los efectos indirectos sobre el sistema jurídico como tal (como puede ser la creación de un precedente) y aquellos

¹²² Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012b). Op Cit. PÁG. 29.

¹²³ Ibidem. Pág. 30.

¹²⁴ Ibidem. Pág. 31.

¹²⁵ Ibidem. Pág. 35.

¹²⁶ Ver los estudios comparados ya citados editados por Gauri y Brinks (Eds) (2008). Op. Cit, y por Yamin y GloPágs.en (Eds) (2011). Op Cit.

¹²⁷ Ver Gauri y Brinks (Eds) (2008). Op-cit, y Rodríguez-Garavito, César (2011).

¹²⁸ Gauri y Brinks (Eds) (2008). Op-cit. Págs. 21 y ss.

que son extrajurídicos, pues implican reacciones sociales e institucionales al litigio, como puede ser la respuesta de las autoridades políticas y regulatorias a los resultados de una decisión judicial.

Por su parte, Rodríguez Garavito¹²⁹ propone dos pares de variables que permiten ampliar la visión sobre los efectos. De un lado, estos pueden ser directos e indirectos. Los efectos directos “consisten en acciones ordenadas por el juez que afectan a los participantes del caso”, mientras que los indirectos consisten en “las consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes del juez, se derivan de la sentencia”. De otro lado, los efectos pueden ser materiales o simbólicos. Los primeros son “los cambios tangibles en la conducta de grupos o individuos”, mientras que los segundos corresponden a “modificaciones culturales o ideológicas con respecto al problema planteado por el caso”¹³⁰.

Estas distinciones son útiles e importantes para lograr una evaluación más fina y equilibrada del impacto de la justiciabilidad de la salud sobre la igualdad pues muestran que es importante ir más allá de los impactos directos y puramente materiales de las decisiones judiciales sobre los litigantes específicos; es necesario examinar también los efectos sobre los no litigantes, los impactos indirectos y los efectos simbólicos de esas decisiones. Sin pretensión de exhaustividad, en los siguientes puntos nos proponemos profundizar en algunos de esos otros impactos de la protección judicial de la salud, con el fin de tener una imagen más balanceada de su posible impacto sobre la igualdad. Para ello comenzaremos por analizar la reacción de las autoridades estatales a la masificación y rutinización de litigio, ya sea por medio de sentencias estructurales de la propia Corte Constitucional, ya sea por medio de diagnósticos y reacciones de las autoridades regulatorias y del legislador. Todo esto parece haber dado lugar, en ciertos campos, a una jurisprudencia dialógica, que tiene importantes potencialidades democratizadoras y redistributivas. Y luego evaluaremos los posibles impactos simbólicos del litigio en salud, que ha permitido la consolidación de una cultura del derecho a la salud, cuya importancia no debe ser minimizada.

D. La jurisprudencia estructural de la Corte Constitucional

La rutinización del litigio puede llevar en ocasiones a respuestas estatales, las cuales tienen usualmente un importante potencial positivo en la igualdad porque generan efectos más allá de los casos concretos, pues las soluciones son generales y no solamente benefician a los litigantes. En situaciones como estas, el litigio genera efectos igualitarios al desencadenar soluciones generales que distribuyen beneficios a toda la población y no solamente a la minoría litigante. El diagnóstico y la reacción bien pueden tener lugar en las cortes, el regulador o el legislador. Estos justamente son los tres escenarios que se revisan a continuación en este y los dos apartados siguientes.

En el caso de los jueces, los procesos de diagnóstico y reacción han tenido lugar en la Corte Constitucional mediante los llamados “casos estructurales”, los cuales se caracterizan por “1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos (...), 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, e 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto)”¹³¹.

Estas decisiones estructurales tienen el potencial de promover la equidad pues sus beneficios exceden el bienestar de los individuos del caso concreto. Estos efectos se acentúan cuando se inscriben en formas de los que algunos autores han llamado una jurisprudencia dialógica, la cual, en sus mejores formas, combina tres elementos: i) una interpretación fuerte de los derechos del demandante, a fin de amparar vigorosamente los derechos de la población en situaciones de vulnerabilidad y exclusión; ii) la emisión de órdenes débiles o flexibles, a fin respetar la separación de poderes y las competencias técnicas de los órganos reguladores, por lo cual los jueces señalan metas amplias pero no determinan las

¹²⁹ Rodríguez Garavito (2012). Op Cit. Pág. 539.

¹³⁰ Ibidem. Pág. 540.

¹³¹ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010). Pág. 16.

soluciones específicas; y iii) mecanismos de seguimiento fuertes, que involucren la participación y el debate de los sectores sociales relevantes, a fin de evitar que las autoridades políticas desconozcan la orden judicial¹³².

La sentencia T-760 de 2008 es un ejemplo de diagnóstico y reacción mediante un caso estructural. Como ya se explicó, ésta decidió los procesos de varios demandantes sujetos a violaciones recurrentes del derecho a la salud que involucraban a varias de las autoridades del sector. Adicionalmente las decisiones se inscribieron en el activismo dialógico: esta sentencia partió de una interpretación fuerte de los derechos pues reconoció la salud como un derecho fundamental autónomo; las órdenes fueron complejas y fueron más allá de los litigantes; no adoptó soluciones específicas a los problemas que identificó. De hecho, mayoría de las órdenes se orientaron a requerir el cumplimiento de los mandatos establecidos por el legislador en la Ley 100 de 1993 o a ordenar que se adoptaran medidas para superar ciertas fallas en la regulación pero sin precisar concretamente las medidas; actividad que se delegó en las autoridades del sistema. Lo anterior, acompañado de términos para el cumplimiento de las ordenes y de un proceso de seguimiento que actualmente se encuentra atribuido a una sala especial que cuenta con funcionarios dedicados de manera exclusiva a verificar el cumplimiento de la sentencia.

Si bien para algunos analistas el proceso de seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 ha resultado débil comparado con otros casos estructurales decididos por la Corte¹³³, esta sentencia ha sido un avance importante en los procesos de diagnóstico y reacción en sede judicial que ha tenido impactos significativos en términos de igualdad, no sólo porque sus efectos fueron generales sino porque adoptó decisiones orientadas a proteger a los más desfavorecidos. En cuanto al diagnóstico, éste se llevó a cabo mediante la identificación de fallas en la regulación relacionadas estrechamente con el litigio masivo. Para identificar estas fallas la Corte solicitó pruebas a los diferentes agentes del proceso de provisión de servicios de salud, incluida la academia, los sectores sociales y los grupos de pacientes, entre otros. También incluyó a los sectores económicos y de profesionales de la salud. En cuanto al proceso de reacción, como se explicó, éste se enfocó en fijar metas amplias y delegar a las autoridades el diseño de las medidas concretas para superar las fallas.

Dos ejemplos de este tipo de medidas, mencionadas en detalle en el primer apartado de este artículo fueron las órdenes de actualizar y aclarar los planes de beneficios y de unificar los regímenes contributivo y subsidiado en cuanto a los beneficios. El efecto combinado de estas dos decisiones ha sido un mejoramiento generalizado en la cobertura, con un plan más claro y más robusto. Pero además, con mayor relevancia en términos de igualdad, este plan cubre a toda la población sin importar su capacidad de pago, con lo cual se eliminó uno de los componentes más discriminatorios del sistema de salud colombiano.

Aún cuando la sentencia T-760 de 2008 es el caso estructural más conocido y más importante en materia de salud, no es el único. Otro caso estructural de menor escala pero con un impacto importante en términos de igualdad es la sentencia T-1223 de 2008, en la cual la Corte estudió varios casos acumulados de mujeres que buscaban acceso a la licencia de maternidad mediante la acción de tutela. En la legislación la licencia estaba prevista como una prestación económica cargo de las EPS en beneficio de las cotizantes del régimen contributivo financiada con recursos diferentes a los de la UPC (Ley 100 de 1993, artículo 207). Los requisitos exigían que las mujeres cotizaran ininterrumpida y cumplidamente durante todo el período de gestación para tener acceso a la prestación. El litigio surgía cuando las mujeres no cotizaban el período de gestación completo o incurrían en mora en alguna cotización. El primer caso de este tipo de litigio se había presentado en 1997 pero para 2004 ya era masivo. Según explicó esa misma sentencia en 2007 el 14% de los casos de reiteración de la Corte habían sido por licencias de maternidad.

Una de las particularidades del litigio en licencia de maternidad era que afectaba a mujeres en condiciones económicas precarias. Como explicó también esa sentencia, la mayoría de los casos era de mujeres de bajos recursos que cotizaban por un salario mínimo y excepcionalmente hasta dos salarios mínimos. Además, mayoritariamente cotizaban como independientes, es decir, no contaban con un

¹³² Rodríguez-Garavito (2011). Op. Cit. Pág. 1691.

¹³³ Ibidem. Pág. 1695.

empleo formal y se afiliaban cuando conocían su estado de embarazo, entre la semana 5 y la 8, para lograr la cobertura del parto y el acceso a la licencia de maternidad. La solución que la jurisprudencia tradicionalmente había dado a estos casos, a grandes rasgos, incluía dos variables: si la negativa de la licencia de maternidad se debía a que las cotizaciones se habían realizado tardíamente, se ordenaba su pago total, pues se consideraba la pérdida de la prestación era un efecto desproporcionado de la mora, entendiendo que la EPS en todo caso había recibido el pago; si la negativa se debía a que la mujer había cotizado un período inferior al de gestación, se ordenaba el pago completo en caso de que la diferencia fuera inferior a dos meses y el pago proporcional en caso de que fuera superior.

En esta sentencia la Corte reconoció que existía una tendencia al crecimiento de las tutelas y dadas las inflexibilidades de la regulación sólo seguiría creciendo. Estas inflexibilidades incluían la ausencia de mecanismos para resolver conflictos sobre la aplicación de los requisitos y la imposibilidad de las EPS de aplicar los criterios con mayor flexibilidad, siguiendo la jurisprudencia constitucional. Por estas razones, la Corte ordenó a las autoridades de regulación (en ese momento al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) adoptar medidas para resolver estas inflexibilidades, reconociendo la posibilidad de adoptar medidas diferenciales para atender “las necesidades de las mujeres más pobres y vulnerables del país”.

Sobre esta sentencia, la Corte no realizó un proceso de seguimiento fuerte¹³⁴, pero el Ministerio de Salud adoptó el Decreto 414 de 2009 para dar cumplimiento a las órdenes de la sentencia. Las dos reglas más importantes de este decreto fueron la flexibilización de los requisitos en caso de mora (artículo 2) y el reconocimiento del derecho de las mujeres con ingresos de un salario mínimo a acceder a la licencia de maternidad sin haber cotizado la totalidad del período de gestación (artículo 4). Estos beneficios tuvieron un impacto más allá de las litigantes y crearon reglas que no sólo beneficiaron específicamente a mujeres en situación de vulnerables sino que tuvieron un efecto dramático en la reducción del litigio por licencias de maternidad. Durante el 2012, por ejemplo, la Corte sólo revisó tres casos de este tipo, lo cual contrasta con los 103 casos revisados en 2007 según la T-1223 de 2008.

La sentencia T-025 de 2004, aunque no se refiere exclusivamente al tema de la salud sino al drama del desplazamiento forzado en Colombia, es otro ejemplo de un caso estructural con un impacto redistributivo profundo en la protección del derecho a la salud. En esta sentencia fueron acumulados 108 procesos, que muchas veces tenían demandantes múltiples, de personas que habían sido desplazadas en distintas regiones del país y que sufrían diversas condiciones de vulnerabilidad. Al analizar este conjunto de casos la Corte concluyó que se presentaba un estado de cosas inconstitucional debido, entre otros, a “la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada” y el alto volumen de tutelas buscando la protección de los derechos de los desplazados. En esta decisión también se definieron los niveles mínimos de satisfacción de los derechos de la población desplazada, entre los cuales la Corte incluyó ciertos contenidos del derecho a la atención de salud. Igualmente ordenó que toda la población desplazada fuera informada que tenía “derecho a que se le entregue el documento que lo acredita como inscrito en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud”. No es posible hacer un estudio riguroso del impacto de esa sentencia sobre el goce derechos de la población desplazada, y en particular del derecho a la salud, por la sencilla razón de que no había, antes de la sentencia, una línea de base clara sobre la situación de los desplazados. Esa carencia de información fue una de las razones que la Corte tuvo en cuenta para cuestionar la política gubernamental frente al tema¹³⁵. Sin embargo, ciertos estudios cuantitativos y cualitativos muestran que el impacto de esta decisión y su seguimiento ulterior por la Corte sobre la salud y la atención en salud de los desplazados ha sido profundo y positivo. En general la situación de los desplazados, que son los más vulnerables entre los vulnerables en Colombia, sigue siendo peor que la del resto de la población, pero la brecha se ha reducido. Y por ello, aunque se mantienen numerosas críticas sobre la calidad y oportunidad del acceso a servicios en ciertos casos, esta decisión tuvo un impacto indudable en la afiliación al sistema de una población que había estado tradicionalmente

¹³⁴ Se adoptaron sólo dos Autos de seguimiento, el Auto 254 de 2009 y el Auto 037 de 2010. Sin embargo ninguno de ellos hizo una declaración sobre el cumplimiento de la orden adoptada.

¹³⁵ Para esta evaluación, ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010). Op-cit. Págs. 254 y ss.

marginada del sistema. Y a medida que la sentencia se implementa, la situación mejora más. Así, según el informe de Verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento de 2010, la cobertura había venido creciendo desde la adopción de la decisión y sólo entre 2008 y 2010 había crecido de 75 a 85%¹³⁶.

En síntesis, es cierto que casi el 100% de las sentencias de tutela adoptan remedios individuales para los problemas planteados por los demandantes¹³⁷. No obstante, es claro que la Corte ha intensificado recientemente el esfuerzo por buscar que las autoridades competentes den soluciones a los problemas que dan lugar al litigio en salud más allá de los casos concretos. Estas decisiones estructurales otorgan entonces beneficios para todos los usuarios más allá de los litigantes de los casos concretos y por eso reducen los sesgos regresivos que puede tener el litigio individual en salud.

E. El diagnóstico y la reacción por parte del regulador

En otras oportunidades, la reacción a la rutinización del litigio ha sido obra de los órganos reguladores. El caso más acentuado, aunque no el único, en el que el regulador ha llevado a cabo procesos de diagnóstico y reacción al litigio masivo es el de VIH/SIDA. Esta misma situación se ha repetido en otros países como Argentina o Sudáfrica en los que el litigio para acceder a servicios relacionados con VIH ha llevado a que el regulador adopte modificaciones institucionales más allá de los casos concretos¹³⁸.

La primera rutinización del litigio en materia de VIH ocurrió con los antiretrovirales. Estos no estaban inicialmente cubiertos en el POS definido en 1994¹³⁹. El primer caso decidido por la Corte Constitucional fue la sentencia T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero). En esta decisión la Corte protegió los derechos de un demandante que buscaba el acceso a antiretrovirales ordenados por su médico tratante y que no eran suministrados debido a que no eran parte de la cobertura y debido a su alto costo. Aunque no hay cifras agregadas sobre el litigio salud en ese período en todo el país, con posterioridad a esa sentencia la Corte estudió varios casos idénticos de personas que buscaban antiretrovirales¹⁴⁰. Ese mismo año el órgano encargado de definir en ese momento los contenidos del POS, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, amplió la cobertura para incluir estos tratamientos¹⁴¹. Si bien el Acuerdo no citó directamente el litigio y la jurisprudencia entre sus causas, ciertamente adoptó reglas que enfrentaron la rutinización del litigio de los antiretrovirales. De hecho, con posterioridad a esa decisión no se identifican casos solicitando el acceso a estos mismos servicios.

No obstante, de manera inmediata se inició otro proceso de rutinización del litigio en casos de VIH relacionado con el examen de carga viral. Este examen es mencionado en algunas de las primeras tutelas de pacientes de VIH¹⁴² pero fue negado en estas sentencias iniciales por estimar que no tenía ninguna incidencia en el tratamiento¹⁴³. Finalmente, la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) estudió el caso de un paciente enfermo de hepatitis C la Corte cambió el precedente y concedió el examen de carga viral. Explicó que “si bien este examen no es en sí mismo un tratamiento vital, es un elemento de diagnóstico imprescindible para determinar el tratamiento de una enfermedad que, de no ser adecuadamente atendida, puede tener consecuencias graves para la vida e integridad personal del paciente”. La sentencia T-849 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) ordenó el

¹³⁶ Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2010). Pág. 81.

¹³⁷ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012). Op Cit. Pág. 21.

¹³⁸ Bergallo (2011). Op Cit y Pieterse (2008). Op Cit.

¹³⁹ Para presentar este caso usamos algunos datos presentados en: Durán y González (2011).

¹⁴⁰ Por ejemplo: T- 518 de 1997, T-665 de 1997, y su480 de 1997 que acumuló varios casos.

¹⁴¹ Acuerdo 53 de 1997. Este acuerdo incluyó diferentes prestaciones de los siguientes principios activos: Didanosina, Indinavir, Lamivudina, Pentamidina isetionato, Ritonavir, Trimetoprim + sulfametoxazol y Zidovudina.

¹⁴² Ver por ejemplo las sentencias SU480 de 1997 y T-059 de 1999.

¹⁴³ Por ejemplo en la sentencia T-398 de 1998 la Corte señaló: “el examen de carga viral que reclama el demandante es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente. En cuanto a la negativa de este examen de laboratorio, entonces, serán confirmadas las decisiones de instancia.” En la sentencia T-1055 de 2000 explicó: “en lo concerniente al examen de carga viral, en reciente fallo, la Corte dijo que no se dirige a proteger la vida del paciente, por lo que no se considera que la omisión de autorizarlo vulnere el derecho a la salud en conexidad con la vida”. Esta decisión también fue reiterada en la sentencia T-1066 de 2000.

suministro del examen de carga viral a un paciente de VIH y a partir de allí los casos se volvieron frecuentes. En 1999 éste era el sexto examen más solicitado en acciones de tutela (5,6% de los casos) y para 2003 era el examen más solicitado (25,3% de los casos) con un crecimiento de casi 400%¹⁴⁴. En 2003 el regulador incluyó finalmente el examen de carga viral¹⁴⁵. Esta vez se presentó un proceso más explícito de diagnóstico y se justificó, al menos parcialmente, la inclusión del medicamento en la cobertura del POS en el recurrente litigio en salud¹⁴⁶. Posteriormente se adoptó la Ley 972 de 2007 orientada a regular de manera específica el caso de los pacientes de VIH, que ordenó mantener una cobertura integral y actualizada para el tratamiento. A partir de esta ley se realizaron otros ajustes puntuales al POS¹⁴⁷ y se adoptó una guía técnica de tratamiento¹⁴⁸ que llevaron a que desde 2006 no exista virtualmente litigio sobre este tipo de tratamientos. Actualmente, ocupa el puesto 30 entre los tratamientos solicitados mediante acción de tutela (1,44% de los casos) y como reconoce la propia Defensoría del Pueblo la “adopción de las guías de manejo y modelos de atención redujo de manera significativa las tutelas sobre VIH/sida”¹⁴⁹.

Aunque el caso del VIH es el más visible, no es el único en el que la rutinización del litigio alrededor de ciertas prestaciones ha llevado a cambios en la regulación. El *stent* coronario por ejemplo era la cirugía más común desde 2000¹⁵⁰ y una de las prótesis más solicitadas¹⁵¹. Había sido también objeto de varias decisiones de la Corte Constitucional¹⁵². Finalmente, este servicio fue incluido en 2003, en el mismo acuerdo que incluyó el examen de carga viral mencionado antes¹⁵³. La colecistectomía por su parte, era la cirugía general más solicitada, junto con las hernias, a principios de la década del 2000¹⁵⁴. También era una prestación común en los casos revisados en la Corte Constitucional¹⁵⁵ hasta que finalmente fue incluida en 2005¹⁵⁶. No obstante, con esta prestación, al igual que con el *stent*, las consecuencias de la actuación del regulador fueron diferentes a lo ocurrido en relación con el VIH, pues aunque el litigio posterior a la modificación en la cobertura se redujo sustancialmente en los años inmediatamente posteriores, éste se ha vuelto a incrementar¹⁵⁷. Actualmente se litiga como un servicio cubierto en el POS.

Entre los servicios incluidos como resultado del impacto generado por el litigio también se han mencionado el trasplante hepático y la mallas para herniorrafia¹⁵⁸. Además de los servicios de salud, el litigio ha llevado a procesos de diagnóstico y reacción en la definición de los CTC, sus funciones y los mecanismos de funcionamiento de los reembolsos¹⁵⁹, al igual que las reglas sobre genéricos¹⁶⁰.

De manera más reciente, el Ministerio de Salud y Protección Social realizó una especie de institucionalización de estos procesos de diagnóstico y reacción al incorporar a la metodología de

¹⁴⁴ Defensoría del Pueblo (2004). Op Cit. Pág. 11.

¹⁴⁵ Acuerdo 254 de 2003 del Consejo Nacional de seguridad Social en Salud.

¹⁴⁶ Sobre éste punto señala el acuerdo: “Que durante el año 2003 se presentó un incremento superior al 700% en la presentación de recobros promedio mes por parte de las EPS Administradoras del Régimen Contributivo, Entidades Adaptadas y ARS Administradoras del Régimen Subsidiado, tanto de medicamentos que están por fuera del POS-C y POS-S, como de tutelas, lo que hace necesario conocer su evolución (...)”.

¹⁴⁷ Acuerdo 336 de 2006 que incluyó: “Fórmula Láctea para suministrar a los Lactantes Hijos(as) de Madres VIH (+) durante los primeros 6 meses de edad”, otros suplementos y la “Prueba de Genotipificación para el VIH”. Acuerdo 368 Septiembre de 2007 que incluyó el Lopinavir/Ritonavir 200/50 mg cápsulas.

¹⁴⁸ Resolución 3442 del 22 de septiembre de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social “Por la cual se adoptan las Guías de Práctica Clínica basadas en evidencia para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con VIH/SIDA y Enfermedad Renal Crónica y las recomendaciones de los Modelos de Gestión Programática en VIH/SIDA y de Prevención y Control de la Enfermedad Renal Crónica”.

¹⁴⁹ Defensoría del Pueblo (2012). Pág. 76.

¹⁵⁰ Defensoría del Pueblo (2004). Pág. 13.

¹⁵¹ Ibidem. Pág. 21.

¹⁵² Entre estas están las sentencias T-681 de 2002, T-937 de 2002, T-283 de 2003 y T-618 de 2003.

¹⁵³ Acuerdo 254 de 2003 del Consejo Nacional de seguridad Social en Salud.

¹⁵⁴ Defensoría del Pueblo (2008). Op Cit. Pág. 62.

¹⁵⁵ Entre estas están las sentencias T-010 de 1999, T-494 de 2001, T-541 de 2002, T-1203 de 2003, T-564 de 2004 y T-1012 de 2004.

¹⁵⁶ Acuerdo 313 de 2005, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

¹⁵⁷ Defensoría del Pueblo (2012). Op Cit. Pág. 69 y 153.

¹⁵⁸ Giedion, Panopoulou, y Gómez-Fraga (2009). Pág. 84.

¹⁵⁹ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012a). Op Cit. P. 8.

¹⁶⁰ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012b). Op Cit. P. 16.

actualización de los planes de beneficios la información sobre las prestaciones litigadas y solicitadas en los CTC¹⁶¹. Por ejemplo, entre los criterios para identificar las tecnologías para evaluar y priorizar (y eventualmente incluir en la cobertura) se contempla el análisis de “las tecnologías pagadas por el Fosyga como prestaciones no POS”, de “las tutelas y reclamaciones” y las “sugerencias de inclusión por comités técnico científicos”¹⁶². Entre los criterios para determinar los costos de los servicios se incluye la “base de recobros del Fosyga”, indicando que se “recomienda para extraer la información de los procedimientos no incluidos en el POS”¹⁶³.

Estos procesos de diagnóstico y reacción llevan a que los beneficios a los que accedían unos pocos mediante el litigio se vuelvan disponibles para todos los ciudadanos impactando positivamente la protección igualitaria del derecho a la salud. No obstante este proceder puede traer otro tipo de problemas técnicos. El primero, es una consecuencia del énfasis en la ampliación de la cobertura en relación con los servicios más litigados como un mecanismo para reducir el litigio. En estos casos el lugar preponderante de un servicio en el litigio puede ser resultado de la inversión de las farmacéuticas en publicidad, en financiación de litigio y en otros incentivos para los profesionales de la salud, y no de que el servicio sea la mejor alternativa terapéutica para el tratamiento de la enfermedad en cuestión. Esto puede llevar a que se incluyan servicios de salud que no son óptimos para la atención de los pacientes por su sobre representación en los recobros. El segundo problema es que el litigio representa una visión de la atención en salud que enfatiza los aspectos curativos de la enfermedad en detrimento de los preventivos. Cuando el litigio es un referente de ampliación y actualización de cobertura se puede trasladar la preeminencia de los aspectos curativos de la atención, aún cuando no sea una prioridad, por ejemplo, en términos epidemiológicos.

F. El diagnóstico y la reacción por parte del legislativo

Los procesos de diagnóstico y reacción por parte del legislador a la rutinización del litigio han sido más ambiguos. Aunque éste se interesó por el problema del litigio en salud cuando la “fase de explosión” estaba bien consolidada, hay reformas adoptadas por el Congreso que han coincidido con aspectos litigados en las tutelas y frente a los cuales se han adoptado reglas en el sentido de la jurisprudencia constitucional, que han llevado a desactivar conflictos y reducir litigio.

Por ejemplo la Ley 1122 de 2007, la primera reforma significativa de la ley 100, adoptó medidas para ampliar la cobertura universal (artículo 9), eliminó los copagos y las cuotas moderadoras para los afiliados más pobres (los pertenecientes al régimen subsidiado que hubieran sido clasificados en el nivel I del SISBEN; artículo 14, literal g), eliminó los períodos mínimos de cotización que obligaban a los pacientes a esperar durante varias semanas antes de poder acceder a ciertos servicios (artículo 14, literal h) y dinamizó las reglas de movilidad entre regímenes (artículo 21). Asimismo, adoptó medidas orientadas a racionalizar el litigio en salud como los incentivos para el funcionamiento de los CTC (artículo 14, literal j) y la atribución de competencias judiciales a la Superintendencia de Salud para resolver conflictos como los que se tramitaban mediante la acción de tutela (artículos 20, 25 y 35)¹⁶⁴. Estos son algunos ejemplos de reglas que enfrentaron casos que eran específicamente objeto de litigio reiterado y que lograron reducirlo. Aunque el litigio en salud fue mencionado en los debates, éste no fue necesariamente el eje de la discusión y no fue ni siquiera mencionado en la exposición de motivos del Proyecto (Gaceta 249 de 2006). En tal sentido, aunque hubo algún nivel de reacción, el proceso de diagnóstico fue menos robusto.

La segunda reforma importante a la Ley 100 de 1993, la Ley 1438 de 2011, tuvo como objetivo explícito reaccionar al litigio en salud con base en el diagnóstico de algunos aspectos del mismo. Esta ley fue el resultado de la acumulación de varios proyectos, pero la iniciativa que abrió el debate y a la que se acumularon los demás proyectos fue el Proyecto de Ley 011 de 2010, Senado. Un ejemplo de

¹⁶¹ Comisión de Regulación en Salud (2011). Desde el Acuerdo 228 de 2002 se había previsto que los CTC realizaran informes trimestrales sobre los recobros con éste objetivo, pero no había sido claramente incorporado al proceso de actualización.

¹⁶² Ibidem. Pág. 41.

¹⁶³ Ibidem. Pág. 51.

¹⁶⁴ Rodríguez Garavito (2012). Op Cit. P 517.

diagnóstico y reacción fueron las medidas relacionadas con la actualización del POS. Si bien la Ley 100 ya establecía la actualización periódica del POS (artículo 162), que había sido reiterada por la sentencia T-760 de 2008, desde el proyecto de ley se propusieron reglas que buscaban reducir el litigio mediante una actualización que fuera sensible a las necesidades que revelaba el litigio. En efecto, el proyecto contemplaba la actualización anual del POS basada en “la incorporación progresiva de aquellos procedimientos y servicios excluidos que se consideren indispensable incorporar, de acuerdo con los estudios técnicos sobre su eficacia, efectividad, equidad, seguridad, pertinencia, perfil epidemiológico y sostenibilidad del sistema” (artículo 51, Gaceta 435 de 2010). Determinaba también que la información para este proceso, se obtendría mediante un sistema de monitoreo que tendría por objeto el “seguimiento permanente a las tendencias y comportamiento del uso de servicios del Plan obligatorio de Salud POS, el precio de los servicios, insumos, medicamentos y dispositivos y las formas de contratación entre aseguradores y prestadores”, incluyendo “los medicamentos y servicios solicitados por tutela y por los comités técnico-científico” (artículo 5, Gaceta 435 de 2010). En otras palabras, se buscaba una actualización periódica del POS que tuviera en cuenta los patrones de litigio.

En la exposición de motivos se realizó una radiografía del litigio en salud, los gastos asociados al mismo y sus efectos en la estabilidad del sistema. Asimismo, se indicó que una actualización del POS como la que se proponía podría tener una incidencia importante en la reducción del litigio¹⁶⁵. En el texto que fue aprobado finalmente como Ley no quedaron todas estas modificaciones propuestas, pero se mantuvo una disposición dedicada a regular la actualización bienal del POS que ha sido efectivamente aplicada desde entonces (artículo 25 Ley 1438 de 2011).

La reforma que actualmente se tramita en el Congreso también evidencia un proceso de diagnóstico y reacción, en un esfuerzo combinado del Congreso y el Ejecutivo que presentó los proyectos de ley que se debaten. Sin pretender analizar exhaustivamente los proyectos de ley estatutaria y ley ordinaria, presentamos a continuación algunas consideraciones.

Del proyecto de Ley Estatutaria (Proyecto de Ley 209 de 2013, Senado y 267 de 2013, Cámara)¹⁶⁶ la disposición cuyo objetivo está más claramente relacionado con el proceso de diagnóstico y reacción ante el litigio es el artículo 15 que regula las prestaciones en salud. Esta norma básicamente determina el alcance de las prestaciones cubiertas por el sistema, lo cual coincide con un problema central del litigio sobre los límites de la protección.

En primer lugar, prohíbe financiar con “los recursos públicos asignados a la salud” determinados “servicios y tecnologías”, a saber, aquellos que “tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas” (literal a); los servicios sobre los cuales “no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica” (literal b); “no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica” (literal c); “su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente” (literal d); “se encuentren en fase de experimentación” (literal e) o “tengan que ser prestados en el exterior” (literal f). La norma precisa que cuando una prestación cumpla con estos criterios será “explícitamente excluida por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”. Agrega que este procedimiento “deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión”. Finalmente advierte que las “decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad”.

¹⁶⁵ Sobre éste punto señaló: “Uno de los principales factores que estimulan los recobros por servicios NO POS es la vigencia de un Plan Obligatorio desactualizado, en el cual, por ejemplo, no se incluyen tratamientos modernos para cáncer, inmunosupresión, enfermedades psiquiátricas o neurológicas. Es imperiosa la necesidad de actualizar el Plan Obligatorio de Salud, de manera que consulte el perfil epidemiológico y sobre todo para que estos servicios se contraten con las EPS por capitación y no por pago contra prestación de servicios. El cambio de pago contra servicios por el de capitación podría significar la reducción en los costos de los recobros hasta una quinta o sexta parte de su valor actual, máxime cuando existe evidencia que se vienen recobrando medicamentos por varias veces su valor de mercado.”

¹⁶⁶ Estos comentarios se basan en el proyecto conciliado aprobado en la plenaria de Senado y Cámara el 20 de Junio de 2013.

La exclusión de los servicios que caen en alguna de las categorías enunciadas en la norma requiere antes el agotamiento de un procedimiento. En este sentido la clasificación de un servicio en uno de estos criterios no terminaría inexorablemente con la exclusión del servicio. No obstante, no es claro que la prohibición de financiación admita también algunas excepciones. Este es un punto importante porque algunos de estos criterios de exclusión contradicen abiertamente la reiterada jurisprudencia constitucional, lo cual podría llevar a la inexequibilidad de la norma en estos puntos. Tal es el caso de la exclusión irrestricta de los servicios en fase de experimentación (ver por ejemplo la sentencia T-597 de 2001) o de servicios en el exterior (ver entre otras Sentencia SU-819 de 1999 y sentencia T-597 de 2001). Lo mismo ocurre con los servicios “de carácter individual que no [están] directamente relacionados con el tratamiento y cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico” respecto de los cuales se indica que no podrán ser financiados con los recursos “destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado” (artículo 8).

Como se vio en el apartado anterior, este tipo de servicios (como pañales o cuidados domiciliarios en los casos en que han sido ordenados por la Corte) son centrales en el litigio actual en salud, y han sido considerados como parte de la protección del derecho cuando concurren ciertas circunstancias. Aún cuando la norma agrega que estos servicios “podrán ser financiados, en caso de que no existiese capacidad de pago”, no precisa cuáles recursos financiarían esas prestaciones, ni ninguna otra prestación excluida de la cobertura. El problema de abordar el litigio en salud mediante la imposición de barreras infranqueables en todos los casos, es que son normas que resultarán simplemente inocuas ante los requerimientos que los usuarios eleven ante las autoridades judiciales.

La Ley Estatutaria, por otra parte, se abstiene de desarrollar tanto los mecanismos para ampliar la cobertura como los mecanismos para decidir las exclusiones. El desarrollo del primero lo atribuye al legislador, mientras que el desarrollo del segundo lo atribuye al regulador, específicamente al Ministerio de Salud. En cuanto a lo primero, señala el artículo 15 que para “ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, para definir las prestaciones de salud cubiertas por el Sistema”. En cuanto a las exclusiones, precisa el parágrafo 1 de la misma disposición que el Ministerio tendrá hasta dos años para implementar “el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud”.

Como se ve, la norma no solamente no desarrolla los mecanismos sino que no precisa el alcance de los principios conforme a los cuales éstos deberán ser desarrollados y aplicados. Aunque esto no necesariamente es un vicio de inconstitucionalidad, difícilmente se cambiará lo que ocurre en la práctica pues ya existe un mecanismo para definir las inclusiones y las exclusiones a cargo del Ministerio de Salud. De hecho, la competencia para modificar las reglas de ese procedimiento operativo ya estaba atribuida a esa entidad y se ha venido ejerciendo durante varios años. La ley no enfrenta realmente el aspecto medularmente conflictivo, a saber, con qué criterios sustantivos y procedimentales debería definirse la cobertura y, más concretamente, cuáles son los límites del derecho a la salud y cómo deberían ser impuestos. Adicionalmente, que nuevamente sea el Ministerio de Salud quien defina las reglas sobre las decisiones trágicas de excluir servicios, le restará la legitimidad democrática que podría haber sumado el abordaje de esta materia por el legislador estatutario.

Por su parte, el Proyecto de Ley ordinaria (Proyecto de Ley número 210 de 2013 Senado y sus acumulados 233 de 2013 y 051 de 2012 Senado)¹⁶⁷ comparte esta misma visión con la Ley Estatutaria. En lo que tiene que ver con la cobertura, la reforma propone el reemplazo del POS por “mi-plan”. La definición del alcance de mi-plan (artículo 14) tiene ciertas ambigüedades que hacen difícil determinar su alcance. En principio parecería que el proyecto cambia la lógica del sistema para que se entienda incluido todo aquello que no esté excluido en el listado expreso por cuanto señala “el plan consiste en “los servicios y tecnologías aprobadas para su uso en el país y requeridas para atención en salud”. Es decir, si tiene registro Invima y si es “requerido”, está incluido. Esta idea se refuerza por el hecho de que

¹⁶⁷ Este documento se basa en el Proyecto de Ley presentado originalmente (Gaceta 116 de 2012). Aun cuando fue aprobado en primer debate el 13 de junio de 2012 a la fecha de entrega de éste documento (7 de julio de 2013) aún no se había publicado dicho documento.

la norma señala que “Mi-Plan garantizará la cobertura de los servicios y tecnologías para todas las patologías”. Sin embargo, el siguiente inciso retoma nuevamente la idea de un listado de servicios. Indica que el “Ministerio de Salud y Protección Social establecerá una estructura de Mi-Plan que favorezca el uso de servicios y tecnologías pertinentes, orientada al logro de resultados en salud”. Si bien no se sabe exactamente qué tipo de estructura establecería el Ministerio, pareciera que ésta en todo caso operaría como una restricción en relación con la cobertura.

Esto lleva necesariamente al tema de cómo se gestionaría lo excluido de los listados (lo No Mi-Plan), que estaría conformado por: 1) lo que se excluya expresamente, 2) lo que no esté excluido expresamente pero no sea incluido en la estructura, y 3) todos los servicios que salgan al mercado y que no han sido autorizados por el Invima ni clasificados por el Ministerio. La existencia de un no-Mi Plan implica necesariamente que va a haber personas que van a litigar (especialmente considerando que se derogan las disposiciones que consagran los CTC), aunque podría suponerse que serán menos que las que litigan hoy. Ese es uno de los problemas centrales que justifican una reforma hoy al sistema de salud, ya que es uno de los ejes del litigio, y no se aborda expresamente ni en la ley ordinaria ni en la estatutaria.

Pero además el Proyecto tiene algunas disposiciones que parece que buscaran limitar lo No-Mi Plan imponiendo barreras infranqueables al litigio. Por ejemplo, no se aborda claramente el tema de la financiación de las tutelas para prestaciones excluidas y parece prohibirse cualquier recobro. Y si esto no se regula, entonces es posible que ocurra lo mismo que con el POS y es que las reglas se terminen definiendo mediante acciones de tutela.

En el tema de la definición de las exclusiones también hay un proceso de diagnóstico y reacción. En buena parte este tema se aborda desde la perspectiva de la sentencia T-760 de 2008. Lo más importante es que incorpora la variable de la participación en la definición de las exclusiones. Señala el artículo 15 que el “Ministerio de Salud y Protección Social deberá realizar un proceso de priorización técnico, participativo y transparente que permita excluir los servicios y tecnologías que no harán parte de Mi-Plan. El proceso deberá garantizar la participación social mediante sociedades científicas, organizaciones de la sociedad civil, academia y asociaciones de pacientes, entre otros, los cuales deberán estar debidamente constituidos”. Sin embargo, esta disposición tiene dos fallas esenciales similares a las enunciadas en relación con la Ley Estatutaria. La primera es que no impone ninguna carga argumentativa para la definición de las exclusiones. Aunque indica que el proceso será “trasparente” no precisa que la exclusión de servicios requiera una justificación explícita basada en razones constitucionales significativas. Esto es aún más importante si se considera que el gobierno nunca ha cumplido con la carga de argumentación ordenada en la sentencia T-760 de 2008.

En segundo lugar, los criterios con base en los que se definen las exclusiones tienen problemas similares a los de la ley estatutaria, pero más acentuados. Son particularmente problemáticos los criterios b y c del artículo 14 del Proyecto de Ley, que buscan que se excluyan aquellos servicios que no son “estrictamente” del campo de la salud, concretamente aquellos “que constituyan bienes o servicios sociales complementarios a la atención o rehabilitación del paciente cuya finalidad principal no es el diagnóstico o la curación de la enfermedad” y “que no estén catalogados por la autoridad competente como servicios y tecnologías en salud”. Esta norma es abiertamente contraria a la jurisprudencia constitucional que reconoce que este tipo de prestaciones deben ser suministradas en ciertos casos, como sucede con los pañales o suplementos alimenticios revisados antes, los cuales están entre las prestaciones más litigadas en salud. Si bien la única alternativa para reaccionar ante el litigio de estas prestaciones no es su inclusión, la imposición de barreras infranqueables no va a resolver el problema.

Con todo, consideramos que a pesar de sus ambigüedades, la previsión tanto en la ley estatutaria como en la ordinaria de mecanismos técnicos, participativos y transparentes para determinar las prestaciones cubiertas y las exclusiones puede llegar a ser un avance significativo. Estos mecanismos parecen inspirados en los procedimientos de NICE (National Institute for Health and Care Excellence) en el Reino Unido y en las propuestas de Norman Daniels para racionalizar y racionar en forma justa y

equitativa las prestaciones médicas, pues insiste en la transparencia y participación¹⁶⁸. Esto es un avance significativo pues hasta ahora esas decisiones habían sido tomadas en general en forma más cerrada. Un procedimiento bien diseñado puede entonces dotar de mayor legitimidad a estas trágicas decisiones y por ello podrían ser valoradas en forma más positiva por los jueces; podría uno incluso defender la idea de que deberían ser consideradas como exclusiones *prima facie*, que no implican una prohibición absoluta de que la persona acceda a la prestación, ya que pueden ser controvertidas judicialmente, pero que merecen una especial deferencia judicial precisamente porque han seguido un procedimiento transparente y participativo que en principio debe ser respetado por los jueces.

En conclusión, el litigio también ha incentivado procesos de diagnóstico y reacción en el congreso. Estos procesos no necesariamente han abordado los aspectos en los que éste se ha rutinizado mediante estrategias que tengan el potencial de reducirlo o de resolver los problemas que lo generan. No obstante, estos procesos siguen siendo valiosos porque profundizan el debate democrático y aportan a la construcción de soluciones estructurales que tengan un impacto generalizado más allá de los beneficiarios individuales.

G. Los efectos simbólicos del litigio

Como explicamos anteriormente, el litigio puede tener no sólo efectos directos e indirectos sino que también es necesario diferenciar entre sus impactos materiales y sus efectos simbólicos pues las decisiones judiciales tienen la potencialidad de modificar los entendimientos culturales y sociales frente a un determinado problema o fenómeno¹⁶⁹. Usualmente los efectos materiales directos son los más ampliamente discutidos porque están relacionados con la distribución específica de beneficios en el caso. Por ejemplo, el “suministro de tratamiento, medicamento, etc”¹⁷⁰. El argumento sobre la desigualdad que se deriva del litigio se construye considerando casi exclusivamente este tipo de efectos. Por otra parte, este documento ha tratado de ofrecer una visión más amplia sobre la igualdad o desigualdad que se deriva del litigio en salud considerando también sus efectos materiales indirectos, es decir aquellos efectos tangibles que tienen impacto más allá de las partes de los casos concretos, en especial todos los procesos de diagnóstico y reacción en el ejecutivo, el legislativo y el judicial descritos antes. Además, para tener un panorama completo sobre los efectos del litigio es necesario considerar también los efectos simbólicos, directos e indirectos que se derivan de él y su contribución a la protección igualitaria del derecho a la salud.

Entre los efectos simbólicos directos, Rodríguez Garavito contempla el impacto que el litigio ha tenido en la manera en que se enmarcan los problemas de salud en los medios de comunicación. Una revisión del cubrimiento que los dos medios más importantes del país hacían antes y después de la sentencia T-760 de 2008, constató que antes de esa decisión las referencias en los medios al tema de salud generalmente lo enmarcaban como una “crisis institucional”. Con posterioridad a dicha decisión, entre 2008 y 2010, los problemas de salud cubiertos en los medios se reformularon en términos de “derecho a la salud”¹⁷¹. Esta transición está fundamentada en un cambio en la percepción y la concepción de los problemas en materia de salud desencadenado por la visibilización dada por la sentencia. La reformulación en los medios a su vez ha favorecido otros efectos simbólicos más indirectos consistentes en la “transformación de la opinión pública sobre la urgencia y la gravedad de la crisis de la salud”¹⁷². Esta también se manifiesta en el surgimiento de numerosas organizaciones dedicadas activamente a hacer

¹⁶⁸ En realidad las propuestas de Daniels incluyen otros elementos, como la posibilidad de impugnar las decisiones de racionar una prestación médica. Ver Daniels (2008). Sin embargo, como la tutela por prestaciones excluidas queda abierta, entonces podría cumplirse también esa exigencia.

¹⁶⁹ Rodríguez-Garavito (2011). Op-cit. Pág. 540.

¹⁷⁰ Ibidem. Pág. 539.

¹⁷¹ Ibidem. Pág. 540.

¹⁷² Ibidem. Pág. 540.

seguimiento a la política de salud, a los cambios normativos y regulatorios y a su ejecución¹⁷³ y en la proliferación de literatura dedicada a estudiar el litigio en salud en Colombia¹⁷⁴.

Aunque la sentencia T-760 de 2008 tuvo una incidencia importante en la consolidación de los efectos simbólicos del litigio, éstos también han sido el resultado de casi dos décadas acumuladas de actividad judicial en ese sentido. La evidencia sobre el alcance de estos efectos es limitada; no obstante, es claro que ha habido modificaciones culturales e ideológicas en torno al derecho a la salud que se materializan en efectos como los mencionados antes. Estos efectos simbólicos también tienen un impacto en la igualdad porque transforman la manera como los problemas de salud son abordados y promueven la adopción de reformas estructurales que benefician a toda la población. En efecto, la protección judicial de la salud ha contribuido, junto con otros factores, a un cambio en la orientación de la política social en general, y de la política de salud: pasamos así de una política que hace unas décadas simplemente buscaba enfrentar carencias (en los años ochenta) o deficiencias en la calidad de vida (en los años noventa) a políticas destinadas a satisfacer un derecho del cual son titulares todas las personas.

¹⁷³ Entre estas por ejemplo la “Comisión de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 y de reforma estructural al sistema de salud y seguridad social” que agrupa a numerosas organizaciones de la sociedad civil y universidades (ver <http://viva.org.co/lobbying/comision-de-salud>); “La Campaña Nacional Octava Papeleta, por la Salud y la Seguridad Social como Derechos Fundamentales” que es un movimiento de una base más amplia que busca una transformación del sistema mediante el voto popular haciendo eco de la experiencia del movimiento de la Séptima Papeleta que llevó al cambio constitucional en 1991; “Así Vamos en Salud” que tiene un origen más empresarial y gremial pero que también ha desarrollado un rol activo en el seguimiento del litigio en salud.

¹⁷⁴ Mucha de esa nueva literatura ha sido citada en el presente artículo. Ver por ejemplo: Procuraduría General de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008). Op Cit; Lamprea (2011). Op Cit; Nieto y Arango (2011). Op Cit; Rodríguez Garavito (2012). Op Cit; Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012) (2012A) y (2012B). Op Cit; Yamin, Parra y Gianella (2011). Op Cit.

IV. Conclusiones y recomendaciones

El litigio y la protección judicial de la salud en Colombia tienen efectos mixtos sobre la igualdad. La distribución de los beneficios individuales tiende a favorecer a las clases medias y altas. No obstante, los indicadores no son en todos los casos tan acentuados y tienen excepciones importantes. Por ejemplo, aún cuando la concentración de los recobros por quintiles de ingreso parece más o menos clara, la información en la que este dato se basa agrupa tanto tutelas como CTC y, teniendo en cuenta que estos últimos representan más del 80% de los recobros, es posible que sean justamente los CTC los que aportan más a la regresividad de este indicador. Esta es una conclusión plausible si además se considera que otros indicadores que miden únicamente la concentración de la tutela no muestran una regresividad acentuada. Así por ejemplo, la brecha en tasa de litigio entre el régimen contributivo y el subsidiado se ha ido reduciendo y hoy es casi nula. A esto debe sumarse que hay elementos de la regulación del litigio individual que mitigan sus impactos regresivos y contribuyen a la igualdad, como i) la facilidad del acceso a la justicia y ii) la doctrina que establece que los jueces deben tomar en cuenta la capacidad de los demandantes de financiar con recursos propios prestaciones que no están garantizadas para toda la población. Con todo, esta investigación llega a una conclusión semejante a otros estudios realizados en Colombia y en otros países que es la siguiente: el litigio individual en salud rutinizado y que se torna inercial (esto es sin respuestas regulatorias globales) tiende a tener impactos regresivos, que pueden ser reducidos, pero que parece difícil eliminar totalmente. No parece entonces deseable permitir que se consolide un litigio rutinizado inercial en salud.

Por el contrario, suelen tener impactos mucho más igualitarios los procesos de diagnóstico y reacción ante el litigio que tiende a rutinizarse o que se ha rutinizado y que ocurren en el ejecutivo, el legislativo y el judicial y que llevan a cambios estructurales que tienen efectos más allá de los litigantes. Así, las decisiones “estructurales” de la Corte Constitucional, como la T-760 de 2008 sobre salud, o la T-025 de 2004 sobre desplazados, o las relativas a las licencias de maternidad, han tenido un impacto redistributivo e igualitario claro, pues eliminaron la inaceptable discriminación entre los planes de salud de la población según su capacidad de pago, protegieron y mejoraron la situación de los desplazados, que son los más vulnerables entre los vulnerables, y ampararon a mujeres madres en condiciones precarias.

Además, algunas de estas decisiones estructurales, como la T-025 y en parte la T-760, han incorporado los tres elementos de una buena jurisprudencia dialógica que señalamos anteriormente,

a saber una enunciación y protección fuerte de los derechos, pero con órdenes débiles y flexibles, acompañadas de un seguimiento fuerte y riguroso. Esto ha incrementado los potenciales democráticos de estas sentencias “estructurales pues esa modalidad de decisión tiene grandes virtudes: i) defiende en forma vigorosa los derechos, en especial de las poblaciones vulnerables, con lo cual tienen un mayor potencial igualitario; pero ii) respeta la separación de poderes y la competencia técnica de los órganos reguladores ya que el juez no impone soluciones técnicas sino que señala metas a ser alcanzadas; en esa forma, iii) incrementa las posibilidades de que las decisiones adoptadas sean soluciones realistas que las autoridades pueden hacer efectivas, con lo cual aumenta la eficacia de la protección judicial; el seguimiento fuerte iv) evita que las autoridades políticas dilaten la solución de los problemas y su carácter participativo v) favorece la intervención ciudadana y la deliberación democrática, pues las soluciones concretas serán discutidas por las autoridades y los directamente afectados, con supervisión judicial. En esa forma los agentes sociales relevantes tienen capacidad mantener control sobre la actuación de las autoridades, profundizando el debate democrático.

Por su parte, las reacciones responsables de los órganos reguladores o del Legislador a un incremento del litigio en ciertos puntos también han permitido la universalización de ciertos beneficios obtenidos en tutelas individuales, como sucedió con los retrovirales o con el examen de carga viral, lo cual tiene también un efecto igualitario.

Finalmente, la protección judicial ha tenido efectos simbólicos directos e indirectos pues ha modificado la manera como la salud es percibida y concebida por los distintos actores. Estas intervenciones judiciales han consolidado la idea de que la salud es un derecho, y no una graciosa concesión de las autoridades o una mercancía como cualquiera, todo lo cual tiene un efecto igualitario y democratizante.

A todo lo anterior habría que agregar un interrogante: ¿qué sucedería si la protección judicial no ocurriera? Esta pregunta, que muchos analistas dejan de lado y que es un contrafáctico, por lo que su balance es obviamente discutible, es sin embargo clave, como lo han destacado Gauri y Brinks¹⁷⁵, pues muchos críticos de los efectos regresivos de la justiciabilidad parecen suponer que el mercado, el gobierno y el legislador responden en una forma igualitaria a las demandas de salud de las poblaciones discriminadas y pobres. Sin embargo, eso es poco probable en democracias realmente existentes, como la colombiana, pues la intervención de la jurisdicción constitucional y de la Corte ha estado motivada en gran medida por la inacción de aquellas autoridades a quienes la Constitución y la ley inicialmente les atribuyó los deberes de protección del derecho de la salud.

Esta visión más amplia y completa del litigio y la justiciabilidad de la salud demuestra entonces que sus efectos no son siempre y fatalmente regresivos; por el contrario, en ciertas circunstancias la justiciabilidad puede contribuir positivamente a la protección igualitaria del derecho a la salud. Ello no significa que el litigio sea siempre el mejor camino para avanzar en la protección igualitaria del derecho a la salud. Los costos de las órdenes individuales tanto para el Estado como para los pacientes, su impacto en la definición de prioridades y su incidencia en la congestión judicial son innegables¹⁷⁶. Tampoco se puede concluir claramente que, una vez ponderados todos los efectos del litigio, este aporte siempre más igualdad que desigualdad a la protección del derecho a la salud, porque contribuciones del litigio a la igualdad también están sujetas a limitaciones; además, no es fácil realizar una comparación global de todos los impactos de la justiciabilidad sobre la igualdad. Sin embargo, a pesar de esa incertidumbre, creemos que varias conclusiones parecen claras.

Primero, la evidencia muestra que hay contextos, diseños institucionales y tipos de decisiones que hacen previsible que la protección judicial de la salud tenga efectos inequitativos y regresivos, pero existen igualmente contextos, diseños institucionales y tipos de decisiones que otorgan a la protección judicial un gran potencial redistributivo y democrático.

¹⁷⁵ Gauri y Brinks (Eds) (2008). Op-cit. Pág. 22.

¹⁷⁶ Rodríguez Garavito (2012). Op Cit. Pág. 545.

Segundo, el desarrollo del derecho constitucional contemporáneo y del derecho internacional de los derechos humanos, así como la consolidación de una cultura de los derechos en la ciudadanía, hacen que hoy sea poco probable suprimir la justiciabilidad de la salud.

Tercero, en todo caso, esa supresión no es deseable pues no hay ninguna evidencia de que la supresión total de la justiciabilidad de la salud implique una mayor igualdad en el goce del derecho a la salud, no sólo porque hay dimensiones igualitarias de la protección judicial sino, además, porque ni los mercados ni los sistemas políticos latinoamericanos responden siempre apropiadamente a las demandas de salud de los más pobres y excluidos.

Estas tres conclusiones conducen a su vez a una tesis prudencial y es la siguiente: no podemos afirmar que a mayor protección judicial de la salud, mayor goce igualitario de ese derecho, pues la justiciabilidad tiene a veces impactos regresivos; pero no podemos tampoco afirmar que a menor protección judicial, mayor igualdad en la salud. El quid del asunto está entonces en el tipo de protección judicial que se desarrolla, pues algunas son deseables pues son redistributivas pero otras son más problemáticas por sus impactos regresivos.

En este sentido, el compromiso con la protección igualitaria del derecho a la salud no exige eliminar o limitar a toda costa la protección judicial del derecho, sino comprender cuáles son los factores que hacen que la justiciabilidad sea en ciertos casos regresiva y en otros casos redistributiva, a fin de promover doctrinas jurídicas y diseños procesales e institucionales que reduzcan los riesgos regresivos del litigio en salud y promuevan su potencial democratizador e igualitario. Y es hacia allá que creemos que deberían orientarse las discusiones. Y como una contribución a ese tipo de desarrollos, nuestro texto termina con algunas conjeturas y recomendaciones, que creemos que podrían potenciar el impacto igualitario de la justiciabilidad de la salud y reducir sus riesgos regresivos en Colombia, y que pueden ser relevantes para otros países.

En primer lugar, la evidencia indica que la solución judicial individualizada de los casos de salud, sobre todo cuando se torna masiva y rutinizada, tiene mucho más potencial de promover la desigualdad que las soluciones colectivas o estructurales. En tal sentido para proteger el derecho a la salud la jurisprudencia debería transitar a nuevas formas de abordar los casos individuales que se le plantean. Algunos han sugerido la profundización de la aproximación “estructural y dialógica” inaugurada por la sentencia T-760 como una medida para promover una protección más igualitaria del derecho a la salud. Esta aproximación permitiría aplicar el criterio de “razonabilidad con rendición de cuentas” enfatizando en el aspecto procedimental “las condiciones de transparencia, participación, rendición de cuentas, razonabilidad y debido proceso”¹⁷⁷.

También se ha sugerido la limitación de la intervención judicial en casos individuales a situaciones verdaderamente excepcionales y bajo reglas que permitan una mayor interacción entre los jueces y el regulador¹⁷⁸. La tesis esencial es que, en principio, los jueces deberían acoger los planes de salud diseñados por las autoridades democráticas y reguladoras, en respeto del principio democrático y de sus competencias técnicas. No obstante, cuando resultara claro que la prestación excluida afectada intensamente la salud o pone en riesgo la vida de la persona o parece discriminatoria, el juez podría exigir de estas autoridades una justificación especial y mucho más fuerte de las razones de la exclusión, presumiendo que esas prestaciones médicas se entienden incluidas en el derecho a la salud. Si las autoridades democráticas o reguladoras no cumplen con esa justificación exigente, entonces el juez podría ordenar por tutela su inclusión. Así, conforme a esa visión, corresponde al proceso democrático definir el alcance de esos programas, pero el juez constitucional, al exigir una especial justificación de ciertas omisiones o regresiones en el diseño de esos planes, racionaliza la deliberación social y política sobre el derecho a la salud.

¹⁷⁷ Ibidem. Pág. 546.

¹⁷⁸ Esta propuesta fue formulada por uno de los autores de este artículo mientras se desempeñaba como magistrado encargado de la Corte Constitucional. Ver aclaración de voto de Rodrigo Uprimny a la sentencia T-654 de 2004, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-654-04.htm. El texto que se incluye a continuación está basado parcialmente en la propuesta formulada en Uprimny y Durán (2013). Op Cit.

La transformación de los mecanismos judiciales de protección del derecho tendría que ir de la mano del fortalecimiento de los mecanismos administrativos para resolver los conflictos que surjan en la prestación de los servicios de salud. Esa función ha sido hasta ahora desempeñada por los CTC con niveles muy desiguales de éxito en su funcionamiento, dependiendo sobre todo de la EPS de que se trate¹⁷⁹. Su fortalecimiento debería por lo menos contemplar una articulación más robusta de los criterios de protección del derecho desarrollados en la Constitución, la jurisprudencia y los tratados internacionales¹⁸⁰. Asimismo, deberían ofrecer condiciones de transparencia, argumentación e independencia similares a las que han llevado a que la tutela sea una alternativa eficiente para resolver estos conflictos.

En segundo lugar, es importante fortalecer los procesos de diagnóstico tanto del litigio como de las autorizaciones de los CTC. Aunque recientemente se ha multiplicado la literatura sobre el litigio en salud en Colombia, el conocimiento empírico sigue siendo precario. En relación con las tutelas, la fuente más confiable de información, si no la única fuente, son los informes de la Defensoría del Pueblo. Aunque han sido muy valiosos para entender el litigio en salud, es fundamental tener otras fuentes que permitan contrastar esa información y explorar nuevas variables. Del mismo modo, la única fuente de información sobre los recobros es la que presenta esporádicamente el Ministerio de Salud y Protección Social. No obstante, aún faltan por conocer aspectos básicos de los recobros y de las autorizaciones de los CTC que no han sido objeto de investigación por parte del Ministerio. También es importante explorar facetas del litigio que muestren el impacto que éste tiene sobre ciertos grupos que pueden tener una vulnerabilidad más acentuada, como son por ejemplo las mujeres o los grupos étnicos, para identificar si este ha ayudado o no a avanzar en la protección de sus derechos.

La profundización de los procesos de diagnóstico permitiría adoptar medidas más sensibles a los problemas reales que dan lugar al litigio y a la desigualdad que se deriva de él. Algunos ejemplos en ese sentido con base en la información revisada en el presente artículo, muestran que las soluciones al litigio en salud requieren ajustes en direcciones que no resultan obvias:

El litigio por servicios de salud no POS, por ejemplo, parecería no tener la intensidad que tenía hace unos años. No obstante, es difícil dimensionar con precisión sus costos y su relevancia. Teóricamente el costo de los servicios no POS corresponde a lo que el Ministerio paga anualmente por recobros, puesto que si un servicio recobrado se encuentra cubierto en el POS el recobro simplemente no es procedente. No obstante, la cifra que el Ministerio de Salud publica como recobros, es decir como el costo de los servicios no POS, no puede ser tomada como el costo del litigio que la Defensoría del Pueblo clasifica como POS y que según sus cifras es minoritario. Esta imposibilidad se debe a que servicios de salud que el Ministerio clasifica y reembolsa como no POS, en la clasificación de la Defensoría son incluidos como POS. Por ejemplo, como el mismo Ministerio de Salud lo reconoce más del 88% de las moléculas que son recobradas están cubiertas en el POS pero en una fórmula farmacéutica diferente. Este tipo de servicios podrían ser comprendidos en la cobertura del POS si ésta considera sólo los principios activos (como hace la Defensoría). Lo mismo sucede con otras prestaciones que están cubiertas en algún grado, pero cuyo alcance se debate. Por ejemplo el transporte y la enfermería domiciliaria que aunque están cubiertos en condiciones restrictivas se consideran cubiertos en el POS por la Defensoría, con base en la interpretación que la jurisprudencia hace de esas reglas. A lo anterior deberían sumarse también los costos de transacción del litigio que incluyen costos administrativos para los aseguradores y para el gobierno y costos en la rama judicial para atender cada proceso judicial. Estos costos han sido tradicionalmente excluidos al analizar los costos del litigio en salud y podrían tener un impacto significativo en los mismos.

La evidencia también indica que actualmente un componente importante del litigio son las prestaciones que atienden problemas más complejos como el transporte, servicio domiciliario de enfermería o la rehabilitación de pacientes en situación de discapacidad. Estos casos mezclan fallas en la regulación (como reglas de cobertura que son demasiado inflexibles o que son poco claras) con

¹⁷⁹ Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012A). Op cit. Pág. 24.

¹⁸⁰ Rodríguez Garavito (2012). Op Cit. Pág. 549.

problemas más complejos —como el cuidado de los enfermos en las familias o la reintegración de menores en situación de discapacidad— que deberían involucrar otros sectores relevantes.

En el caso de los servicios POS, las fuentes del litigio parecen sobre todo relacionadas con fallas en la regulación y fallas en el control y vigilancia. En el caso de las citas médicas, por ejemplo, el 100% de lo solicitado está cubierto y el problema se relaciona con la disponibilidad, que a su vez depende de la organización de las redes de servicios y de las decisiones de gestión y administración de las EPS, así como de problemas estructurales de disponibilidad del recurso humano. No obstante, también es importante verificar si existen otros aspectos de la política que pueden incidir en el litigio. Un ejemplo en ese sentido es la regulación de los planes complementarios y particularmente la libertad de que gozan las empresas de medicina prepagada para vender planes en los que los usuarios pueden acceder a atención especializada sin acudir antes a un médico general. La posibilidad que tienen los pacientes en estos planes de autoreferirse al segundo nivel de complejidad crea ineficiencia en el uso de los recursos y acentúa su escasez. No obstante, la reforma de ley ordinaria busca ampliar el uso de estos planes, autorizando a las empresas de medicina prepagada y aseguradoras para usar un porcentaje del valor per cápita para financiar los planes complementarios (artículo 39). Como esta ampliación vendría sin reglas específicas para racionalizar las citas con especialistas, es probable que la propia reforma termine por profundizar la escasez de especialistas y las demoras en estas citas médicas y, como consecuencia, el litigio por las mismas.

También hay casos en los que el litigio parecería estar relacionado con abusos ilegítimos del sistema. En materia de medicamentos, por ejemplo, parece fundamental incorporar y visibilizar el rol de las farmacéuticas en el incentivo del litigio por medicamentos y tratamientos pioneros. Si bien en los proyectos que se debaten actualmente se incluye una prohibición en relación con este tipo de vínculos (artículo 17, Proyecto de Ley 209 de 2013, Senado y 267 de 2013, Cámara), medidas similares ya existen y no han tenido efectos significativos (artículo 106, Ley 1438 de 2011). En muchas jurisdicciones, como Estados Unidos y Reino Unido, se han adoptado políticas para que la información sobre los pagos promocionales que realizan las empresas farmacéuticas sea pública. Esto permite la aplicación de las sanciones, pero también un control ciudadano más robusto.

En tercer lugar, más allá del debate sobre la magnitud y los costos del litigio por servicios no cubiertos en el POS, se debe consolidar la adopción de mecanismos para determinar las exclusiones legítimas de la cobertura. Las propuestas incluidas en las reformas que se debaten actualmente en el Congreso parecerían no cumplir completamente con estos criterios. Particularmente se resalta la ausencia en estos mecanismos de la determinación de una carga de argumentación para definir las exclusiones, que considere ciertamente razones médicas y de costo- efectividad pero también la dimensión de protección del derecho¹⁸¹. Esta fue una de las órdenes adoptadas en la sentencia T-760 de 2008 que nunca ha sido cumplida por las autoridades del sector salud y cuyo incumplimiento nunca ha sido declarado por la Corte Constitucional.

En cuarto lugar, en aras de superar la dicotomía de incluir lo litigado en la cobertura o de imponer barreras infranqueables al litigio en cuarto lugar es importante ampliar las alternativas para enfrentar el litigio en salud. Hay opciones intermedias que permitirían focalizar mejor la protección y relegar la imposición de barreras para los casos excepcionales claramente justificados, manteniendo algún grado de flexibilidad. Adicionalmente, las decisiones para enfrentar el litigio deberían ser abordadas de manera más explícita y con claras fundamentaciones. Esto es especialmente relevante cuando la solución impone alguna restricción.

En quinto lugar, los procesos que han mostrado un gran potencial para reducir la desigualdad podrían ser profundizados. Uno de ellos aplicar de manera más consistente el criterio de la capacidad económica frente a las prestaciones no incluidas en el plan de salud. Si bien no se requiere eliminar la presunción de veracidad, es importante que esta sea matizada y no reemplace los procesos probatorios en las acciones de tutela en salud, especialmente teniendo en cuenta que hay información fundamental que es de muy fácil acceso, como los ingresos de los peticionarios y los costos de los servicios. Y esto

¹⁸¹ Iunes, Cubillos-Turriago, y Escobar (2012).

permitiría establecer unos criterios generales, ya sea por vía de jurisprudencia o normativa general, que orienten las decisiones de los jueces, por una suerte de presunción de capacidad de pago. Por ejemplo, podría elaborarse una tabla que señalara que si una prestación médica no afecta más de cierto porcentaje del ingreso de una persona de ciertos ingresos, entonces opera una presunción (obviamente derrotable) de que tiene capacidad de pago. Asimismo, este tipo de criterios deberían ser aplicados también en el contexto de los CTC en los que actualmente no se hace ninguna verificación sobre el nivel de ingresos.

Este tipo de recomendaciones permitirían avanzar hacia la construcción de una protección judicial de la salud que contribuya a un goce más igualitario de la salud por todos los colombianos.

Bibliografía

- Abramovich, Victor (2009), “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, *La revisión judicial de las políticas sociales, Estudios de casos*, Abramovich, Victor y Pautassi, Laura (eds.), Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Así Vamos en Salud (2013), “Indicadores” [en línea], Bogotá [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2013].
- Bergallo, Paola (2011), “Argentina: Courts and the Rights to Health: Achieving Fairness despite “Routinization” in individual Coverage Cases”, *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Yamin Alicia y GloPágs.en Siri (eds), Cambridge, Harvard University Press.
- Cepeda Espinosa, Manuel José (2007), *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Editorial Legis.
- Comisión de Regulación en Salud (2011), *Metodología para la actualización integral del plan obligatorio de salud del sistema general de seguridad social en salud*, Bogotá.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2010) *Tercer Informe de Verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*. Bogotá.
- Daniels, Norman (2008), *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Defensoría del Pueblo (2012), *La tutela y el derecho a la salud 2011*, Bogotá.
- _____ (2011), *La tutela y el derecho a la salud-2010*, Bogotá.
- _____ (2009), *La tutela y el derecho a la salud: período 2006-2008*, Bogotá.
- _____ (2008), *La tutela y el derecho a la salud: período 2003-2007*, Bogotá.
- _____ (2004), *La tutela y el derecho a la salud: período 1999-2003*. Bogotá.
- Durán, Juanita (2010), *La Constitución como el marco del sistema de salud*. Documento de trabajo para el programa “Políticas públicas y gestión del conocimiento en salud: intentando cerrar la brecha entre la producción y el uso del conocimiento” desarrollado por la Asociación Colombiana de la Salud en alianza estratégica con la Corporación Mujer y Familia y la Red Colombiana de Políticas y Sistemas de Salud-RCIPSS. Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/81252174/La-Constitucion-Colombiana-como-marco-del-sistema-de-salud>.
- Durán, Juanita y González, Ana Cristina (2011), “Impact of Court Rulings on Health Care Coverage: The Case of HIV/AIDS in Colombia”, *MEDICC Review*, 13.
- Ferraz, Octavio (2011), “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, *Texas Law Review*, 89.
- Gauri, Varun y Brinks, Daniel (Eds) (2008), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Giedion, Ursula, Panopoulou, Giota y Gómez-Fraga, Sandra (2009), “Diseño y ajuste de los planes explícitos de beneficios: el caso de Colombia y México”, *Serie Financiamiento del Desarrollo* N° 219, Chile, CEPAL.

- Iunes, Roberto; Cubillos-Turriago, Leonardo y Escobar, Maria-Luisa (2012), “Universal health coverage and litigation in latin America”, *En Breve 178*, Banco Mundial.
- Jung, Courtney (ND), *Version 2.0 of the TIESR Dataset*. [En línea], Toronto [fecha de consulta: 10 de abril de 2013], www.TIESR.org.
- Lamprea, Everaldo (2011), *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- López, Diego (2008), *Sistema de salud” y “derecho a la salud”: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional*, documento presentado en el Foro “Contexto Económico y Jurisprudencial del Sistema de Salud en Colombia”, Bogotá, junio 2008.
- Machado, Alba, Jorge, Enrique, Moncada Escobar, Juan Carlos (2012), “Evolución del consumo de medicamentos de alto costo en Colombia”, *Rev Panam Salud Publica*, (4):283–9.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2012), *Presentación Recobros, CTC y Tutelas*, Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2012a), *Presentación: Gastos en Servicios de Salud por fuera del Plan de Beneficios*, Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2012c), *Listado de medicamentos más recobrados*, Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina de Calidad (2012b), *Presentación Análisis de los Recobros Jul/2011 – Jun/2012*, Bogotá.
- Nieto, Emmanuel y Arango, Alejandro (2011), “Costos de los servicios de salud tutelados y del proceso legal de las tutelas en Medellín, 2009”, *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 29(3).
- Núñez Méndez, Jairo; Zapata, Juan Gonzalo; Castañeda, Carlos y Fonseca, Sandra Milena (2012), *La sostenibilidad financiera del Sistema de Salud Colombiano: Dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro*, Bogotá, Fedesarrollo.
- Pieterse, Marius (2008), “Health, social movements and rights-based litigation in South Africa”, *Journal of Law and Society*, 35.
- Pineda, Javier y Acosta, Carlos Eduardo (2009), “Distribución del ingreso, género y mercado de trabajo en Colombia”, *Mercado laboral colombiano: Cuatro estudios comparativos*, Bogotá, Organización Internacional del Trabajo OIT.
- Procuraduría General de la Nación, Centro de Estudios de derecho Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA y Agencia Catalana para la Cooperación y el Desarrollo (2008), *El derecho a la Salud en perspectiva de derechos humanos y el Sistema de Inspección Vigilancia y Control del Estado Colombiano en materia de Quejas en Salud*, Bogotá.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2011), *Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural - Razones para la esperanza*, Bogotá.
- Revez, Ludovic y otros (2013), “Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 33(3).
- Rodríguez Garavito, Cesar (2012), “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bernal, Oscar y Gutiérrez, Catalina (compiladores), Bogotá, Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana (2010), *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rodríguez-garavito, Cesar (2011), “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, 89.
- Superintendencia Nacional de Salud (2012), *Informe al Congreso 2011-2012*, Bogotá.
- Universidad de los Andes (2012), *Análisis descriptivo de las tutelas que involucran el servicio de salud en el Primer trimestre 2012: Enfocado en los problemas jurídicos identificados en la Sentencia T760*, Bogotá.
- Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012), *Study on Right To Health Judicialization: analyzing the Colombian Case*, Bogotá.
- Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012a), *An empirical analysis of medical comitees (CTCs) within health insurance companies (EPS)*, Bogotá.
- Universidad de los Andes y Banco Mundial (2012b), *Right to Health Judicial Adjudication: The Case of Branded Versus Generic Drugs*, Bogotá.
- Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita (2013), *La protección judicial del derecho a la salud en Colombia: tendencias, debates y perspectivas* en Instituto del Banco Mundial. Mimeo.
- Virgilio Afonso da Silva and Fernanda Terrazas Vargas (2011), “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?”, *Law & Social Inquiry* 36.

- Yamin, Alicia Ely (2011), “Power, suffering and courts: Reflections on promoting health rights through judicialization”, *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Yamin Alicia y GloPágs.en Siri (eds), Cambridge, Harvard University Press.
- Yamin, Alicia Ely; Parra Oscar y Gianella Camilla (2011). “Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An elusive promise?” *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Yamin Alicia y GloPágs.en Siri (eds), Cambridge, Harvard University Press.
- Zapata, Juan Gonzalo y Steiner, Roberto (2012), *Pertinencia de incentivar la competencia en el mercado de medicamentos biotecnológicos en Colombia y su impacto sobre las finanzas del sector de la salud. Informe Final*, Bogotá, Fedesarrollo.



NACIONES UNIDAS

Serie**CEPAL****Políticas Sociales****Números publicados**

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

197. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia, Rodrigo Uprimny, Juanita Durán (LC/L.3829), 2014.
196. A relação entre o público e o privado e o contexto federativo do SUS: uma análise institucional, Telma Maria Gonçalves Menicucci (LC/L.3828), 2014.
195. La segregación escolar público-privada en América Latina, Malena Arcidiacono, Guillermo Cruces, Leonardo Gasparini, David Jaume, Monserrat Serio, Emmanuel Vázquez (LC/L.3827), 2014.
194. El impacto distributivo del salario mínimo en la Argentina, el Brasil, Chile y el Uruguay, Roxana Maurizio (LC/L.3825), 2014.
193. La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado, Heidi Ullmann, Carlos Maldonado, María Nieves Rico (LC/L.3819), 2014.
192. La construcción del sistema de cuidados en el Uruguay: en busca de consensos para una protección social más igualitaria, Rosario Aguirre, Fernanda Ferrari (LC/L.3805), 2014.
191. El espacio normativo de la autonomía como realización de la igualdad, Gustavo Pereira (LC/L.3792), 2014.
190. Adolescentes: derecho a la educación y al bienestar futuro, María Nieves Rico y Daniela Trucco (LC/L.3791), 2014.
189. De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina, Magdalena Sepúlveda (LC/L.3788), 2014.
188. Hacia un modelo de protección social universal en América Latina, Fernando Filgueira (LC/L.3787), 2014.
187. Seguridad alimentaria y nutricional en cuatro países andinos. Una propuesta de seguimiento y análisis, Rodrigo Martínez y Amalia Palma (LC/L.3750), 2014.
186. Protección social para la infancia y la adolescencia en la Argentina: Retos críticos para un sistema integral, Fabián Repetto y Virginia Tedeschi (LC/L.3698), 2013.
185. Income inequality in Latin America: Data challenges and availability from a comparative perspective, Verónica Amarante (LC/L.3695), 2013.
184. Asignación Universal por Hijo para Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos, Laura Pautassi, Pilar Arcidiacono y Mora Straschnoy (LC/L.3628), 2013.
183. La construcción de pactos y consensos en materia de política social. El caso de la reforma previsional en Chile, Carlos F. Maldonado Valera y Andrea F. Palma Roco (LC/L.3665), 2013.
182. La construcción de pactos y consensos en materia de política social. El caso del Nuevo Régimen de Asignaciones Familiares del Uruguay, 2004-2009, Carlos F. Maldonado Valera y Andrea F. Palma Roco (LC/L.3671), 2013.
181. La construcción de pactos y consensos en materia de política social. El caso de la Ley General de Desarrollo Social de México, 2000-2008, Carlos Maldonado (LC/L.3669), 2013.
180. Protección social para la infancia y la adolescencia en Chile, Silke Staab, (LC/L.3661), 2013.
179. La construcción de pactos y consensos en materia de política social. Apuntes para un marco de análisis, Carlos F. Maldonado Valera y Andrea F. Palma Roco (LC/L.3660), 2013.
178. La política de los pactos sociales y la protección social: ¿Importa el discurso? Experiencias internacionales, Vivien A. Schmidt (LC/L.3649), 2014.
178. Does discourse matter in the politics of building social pacts on social protection?. International experiences?, Vivien A. Schmidt (LC/L.3649), 2013.

POLÍTICAS
SOCIALES

197

POLÍTICAS
SOCIALES

POLÍTICAS SOCIALES

Series

C E P A L

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN
www.cepal.org