

## **La salud como servicio público o derecho en el negocio entre actores privados del sistema de salud en Colombia**

Health as public service or right in the business between private actors of the Colombian health system

Fred G. Manrique Abril\*

### **Resumen**

*Trascurridos veinte años desde la implementación en Colombia del Sistema General de Seguridad Social, se intenta, desde el análisis histórico conceptual, determinar el soporte ideológico de la prestación de los servicios asistenciales de salud. Para ello se busca establecer un paralelo entre las visiones socio-jurídicas de los conceptos de derecho fundamental y servicio público, así como las implicaciones que ellos tienen en las relaciones de las personas con el Estado, en términos de garantías y protección del ciudadano.*

*Se hace una aproximación al momento histórico que dio lugar a la promulgación de la Ley 100 de 1993, en términos de la funcionalidad e indicadores del Sistema Nacional de Salud vigente desde 1975, y un seguimiento a los logros y desfases del nuevo sistema, con el propósito de invitar a una reflexión sobre las reales necesidades y estrategias indispensables para consolidar la seguridad social en Colombia.*

---

\* Estudiante de Derecho, primer semestre 2013.

**Palabras clave**

*Salud, derecho fundamental, servicio público, sistema de salud, Colombia.*

**Abstract**

*After twenty years from the implementation of the General System of Social security in Colombia, is attempted, since the conceptual and historical analysis, to determine the ideological support of the health care services. We try to focus in a parallel between the social and juridical visions of the concepts of Fundamental Right and Public Service, as well as the implications that they have in the relationships of people with the state, in terms of guarantees and citizen's protection.*

*We do an approach to the historical moment that caused the promulgation of the Law 100 of 1993, in terms of the functionality and indicators of the National System of Health created from 1975, and a pursuit to the achievements and mistakes of the new system, with the purpose of inviting to think on the real necessities and necessary strategies to consolidate the Social Security's System in Colombia.*

**Keywords**

*Health, fundamental right, public service, health system, Colombia.*

La aprobación el pasado mes de octubre (2013) de 65 artículos de la reforma de la salud en Colombia por parte del Senado en segundo debate, generó inquietud sobre el manejo de los recursos y el goce del derecho a la salud de los colombianos ante la creación de nuevas entidades para el manejo y gestión de recursos y planes de beneficios.

La creación del fondo MIA para administrar recursos y el cambio de nombre de las EPS a gestores, ratifican que la seguridad social y especialmente el manejo de la salud es un mercado y se rige bajo su normas. Así mismo se verá en el futuro que el derecho a la seguridad social y el oculto derecho a la salud se afectarán por el sistema de transacciones entre particulares, de la misma manera que otros seguros que ya están presentes en Colombia, como el SOAT, el seguro estudiantil de accidentes, las pólizas de salud y seguro médico internacional, entre otros, los cuales son vigilados por la Superintendencia Financiera y se rigen por las leyes del mercado, y las relaciones jurídicas de su desarrollo se dan entre particulares, primando el derecho privado, el interés particular sobre el público.

La creación de entidades administradoras de recursos y planes de beneficios, como fueron las ARS y EPS y su nueva cara como gestoras en salud con nuevas empresas como MIA, han dado lugar a la mercantilización de la salud a través de la oferta y pago de planes de beneficios. Otras empresas creadas y otras transformadas -como los hospitales- en empresas sociales del Estado, quedaron en libertad para que las negociaciones y su financiación se realicen por transacciones y contratos de derecho privado; asunto muy característico en los sistemas de seguros donde prima el negocio y no la garantía de derechos fundamentales. Las ESES, todas con forma de entidad de derecho público que ajusta su actividad al derecho privado, obtienen, en mayor o menor grado, suficiente autonomía financiera para tener mayor disponibilidad sobre los fondos públicos que le sean asignados -controles a posteriori-, capacidad de generar recursos propios y, en ocasiones, escapar de las reglas de contabilidad públicas.

Hace un par de años la regulación del sistema pasó del Consejo Nacional de Seguridad Social a un órgano colegiado denominado CRES o Comisión Reguladora, dejando en gran medida la regulación a partícipes del mercado como representantes del sector de las EPS, IPS y salud (Manrique-Abril, Ospina-Díaz, & Martínez-Martín, 2012).

La discusión política en los últimos siglos ha girado en torno a los derechos colectivos y a los derechos individuales (Manrique-Abril, Ospina-Díaz, & Martínez-Martín, 2009) dentro de una sociedad. Se puede generalizar que en momentos de guerra o de serias amenazas, los derechos colectivos tienden a primar sobre los individuales; así, de la misma forma, en épocas de paz y de tranquilidad interna, tienden a primar los derechos individuales sobre los colectivos.

A causa de estas discusiones nacieron las principales corrientes políticas de la modernidad; una desde la segunda mitad del siglo XVIII acuñada por Adam Smith, precursor de las libertades individuales y de la acción de los mercados, quien propone la reducción al mínimo de las acciones del Estado que interfieran la libre competencia, limitándose este a la protección de la propiedad privada (Ferguson, 2000). A esta corriente, el liberalismo económico del capitalismo, se le conoce como la *primera vía*, donde su extremo es la anarquía, que reduce el poder público del Estado y deja gobernar al mercado desde el sector privado de la economía.

Como respuesta a este planteamiento surgió el otro extremo, encarnado en Karl Marx, impulsor de la noción del Estado socialista, que al ser el único poseedor de todas las riquezas y el dictador de todas las acciones de los individuos, garantizaría así el progreso de lo colectivo. Esta tesis constituye la llamada *segunda vía*.

Surgió posteriormente una *tercera vía*, que da cabida a las dos vías anteriores. Permite algunas tareas del desarrollo económico al sector privado, regido por las fuerzas del mercado, aunque con supervisión y control del Estado, que asume el control de los sectores estratégicos y sirve de defensor y benefactor de los más débiles (Santos & Blayr, 1999).

La Constitución Política de 1991 define a Colombia como un Estado de derecho. A la luz de consideraciones teóricas esto significa una organización social que fundamenta el ejercicio del poder como garantía de respeto a los valores mínimos de libertad y equidad. No obstante, desde la óptica de la interpretación, esta definición de Estado de derecho plantea contradicciones, ya que al privilegiar el respeto a la libertad como objetivo prioritario, se estaría obligado a conferir preeminencia al individuo; si se privilegia a la equidad como prioridad, habría que conferir preeminencia al Estado.

El tema medular no reside en el peso relativo de Estado o individuo, sino en elementos como el debido proceso legal, es decir, en la existencia de mecanismos que garanticen el respeto de los derechos fundamentales de los individuos, la existencia de pesos y contrapesos, así como instancias jurídicas y de poder independientes.

Barry Weingast, de la Stanford University, define el Estado de derecho como “un conjunto de reglas políticas estables y derechos aplicados imparcialmente a todos los ciudadanos... una sociedad de leyes universales, donde no tenga cabida el poder político discrecional” (Weingast, 1995).

Una notable contradicción en lo que tiene que ver con la salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos en la Constitución Política de Colombia, se expresa con la proclamación de la atención de salud de los ciudadanos y el saneamiento

ambiental, que se conciben no como derechos fundamentales sino como servicios públicos a cargo del Estado.

En la práctica, la expresión de la norma constitucional se plasmó con la expedición de la Ley 100 de 1993, que instauró en Colombia un sistema de aseguramiento en salud y seguridad social (SGSS), caracterizado por tener en cuenta la capacidad de pago de los ciudadanos para acceder a servicios de salud, pensiones y riesgos profesionales. Esta ley modificó el papel del Estado en la prestación de estos servicios, dando mayor participación al sector privado; transformó las fuentes de financiamiento; estableció el subsidio a la demanda; definió la focalización como estrategia de atención y reformuló la concepción de salud pública, restringiéndola al desarrollo de acciones de bajo costo y alto impacto, a partir de la lógica de factores de altas externalidades (Carmona, Molina & Casallas, 2003).

Teniendo en cuenta que el Sistema General de Seguridad Social ha sido sometido a muchos juicios críticos y cuestionamientos desde diversos sectores académicos y sociales respecto de su naturaleza y desarrollo, consideramos conveniente explorar el significado teórico de los conceptos de *derecho fundamental* y *servicio público*, desde la óptica de las políticas de salud, con el fin de precisar su pertinencia y su aplicabilidad en el entorno colombiano.

### **Concepto de salud como derecho fundamental**

El término derecho fundamental se ha venido desarrollando y utilizando a lo largo de los últimos años, en reemplazo de los conceptos de derecho natural y derecho humano, por ser más preciso y carecer del contenido de ambigüedad que suponen los términos natural y humano. El concepto derecho fundamental abarca las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos: los presupuestos éticos y los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad, todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad concreta (Peces-Barba, 1980).

Característica esencial de los derechos fundamentales es que tienen como objeto la protección o defensa del individuo con respecto al Estado, para el aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, pueden actuar a su arbitrio (Böckenförde, 1993). El hecho de que un derecho fundamental sea declarado norma básica del ordenamiento jurídico presupone la obligatoriedad del Estado de garantizarlo a plenitud, lo que lo convierte en un derecho inalienable.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental es más o menos unánime en nuestros días, para la mayoría de sociedades occidentales, pero no ha sido un suceso espontáneo, ha sido preciso salvar numerosos obstáculos en los dos últimos siglos, para que el reconocimiento de este principio se extendiera por muchos países y fuera aceptado por sus estados. Se considera que la primera declaración formal que tuvo trascendencia en la opinión pública fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, formulada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789.

Aun cuando en la Declaración no se mencionó explícitamente la salud, supuso un reconocimiento global de los derechos sociales de las personas, reuniendo en un cuerpo de doctrina los criterios de la filosofía francesa ilustrada del siglo XVIII – Voltaire, Rousseau, Montesquieu- en aplicación de los derechos naturales definidos por los enciclopedistas, quienes a su vez se basaron en los planteamientos racionalistas de Descartes, en el empirismo de Bacon y en la teoría del gobierno popular del inglés John Locke (Quevedo, 1992; Quevedo, 1993; Quevedo, Hernández, Miranda & Canal, 1993).

La preocupación de los poderes públicos sobre la salud a lo largo del siglo XIX se centró en dos grandes campos: de una parte, el sanitario, dominado por las graves epidemias de enfermedades transmisibles, y de otra, el nacimiento de una primitiva seguridad social. La necesidad de una salud colectiva se desarrolló con un planteamiento sanitario, mientras la seguridad social atendía preferentemente la salud individual, que rápidamente se hizo extensiva al núcleo familiar (Peset 2004). La conjunción de ambas tendencias llevó, de una manera lógica, a la estructuración de un concepto de salud que comprendía sus aspectos individuales y comunitarios, y que ha trascendido de la definición de un principio general a la norma positiva de las constituciones de los pueblos y del desarrollo legislativo de los Estados.

La generación de los derechos económicos, sociales y culturales surge a partir del siglo XX, acuñados por el constitucionalismo social, a diferencia de la generación de derechos civiles y políticos, que fueron planteados por el Iluminismo clásico del constitucionalismo liberal, en el siglo XVIII. El temprano origen de la segunda generación permite explicar históricamente el estado prematuro de efectividad de estos derechos. Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos sociales, la tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias sociales, que no han teorizado, ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal; ello ha permitido que el Estado social se desarrolle de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado

de los grupos de presión y las clientelas; la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios y el desarrollo de todo un caos normativo (Ferrajoli, 1999).

En abril de 1948, en el marco del Congreso de Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se consolidaron los elementos generales para definir el derecho a la salud: “la aspiración de todos los pueblos es el goce máximo de salud para todos los ciudadanos”.

La salud es el estado de absoluto bienestar físico, mental y social, sin distinción de religiones, credos políticos o clases sociales.

“Todo hombre tiene derecho a conservar su Salud y, en caso de que enferme, a poseer los medios para curarse. Esta protección debe abarcar no sólo a él, sino también a sus familiares” (Organización Panamericana de la Salud, 1991).

Tan solo unos meses más tarde, en diciembre del mismo año, las Naciones Unidas proclamaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, redactada por la Asamblea General, que en lo referente a salud consignó en su artículo 25:

1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, como pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El término *salud*, dentro de la expresión *derecho a la salud*, propia del discurso jurídico, adolece del mismo inconveniente que caracteriza al lenguaje natural, su vaguedad, pues la definición de la OMS, de 1948, desde hace varios lustros ha sido cuestionada y caracterizada como vaga, ahistórica y sobretodo como utópica (Cardona, 1989).

Si bien, el derecho a la salud no puede concebirse como el mantenimiento a toda costa del estado referido por la OMS, tal afirmación obedece a razones de estricta naturaleza práctica, puesto que ninguna norma jurídica puede torcer el rumbo inexorable del acontecer natural. No obstante ello, cabe señalar que la calidad de vida, expresada como bienestar, es uno de los elementos esenciales del derecho a la salud.

El derecho a la salud presenta dos rasgos generales delimitables: el primero, lo constituyen obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por la conducta de terceros, o por otros factores controlables como epidemias, a través

del fomento y la prevención. El segundo está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud, aspecto que implica, entre algunas prestaciones, la planificación y previsión de recursos necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la comunidad. De esta manera se perfila con claridad el derecho a la salud, entendido como una norma que integra el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria, a cargo del Estado, y que favorece a todos los asociados sin excepción.

Los juristas consideran que desde la perspectiva del derecho internacional, el derecho a la salud abarca algunos elementos esenciales y niveles: (Comité de Derechos Económicos, 2000)

Elementos esenciales:

1. Disponibilidad: contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como también, de programas sanitarios.
2. Accesibilidad: en sentido de las siguientes dimensiones:
  - a. No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a los sectores más vulnerables y marginados.
  - b. Accesibilidad física: se refiere a la distribución geográfica de los establecimientos sanitarios, en relación con los sectores de población más vulnerables.
  - c. Accesibilidad económica: exige un principio de equidad, vinculado al poder adquisitivo de cada individuo. En este sentido, la carga de los gastos de salud no debe recaer desproporcionadamente sobre los más pobres, en comparación con los más ricos.
  - d. Acceso a la información: comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir la información.
3. Aceptabilidad: los establecimientos deben ser respetuosos de la cultura de las minorías, comunidades y pueblos.
4. Calidad: se refiere a la capacitación y adecuada remuneración del personal, al equipamiento hospitalario, la disponibilidad de medicamentos y el saneamiento básico mínimo.

A su vez, estos elementos se expresan en tres niveles de obligaciones del Estado, en términos de:

1. Respetar,
2. Proteger y
3. Cumplir con:

- i. Garantizar el derecho de acceso a todos los asociados, incluidos los grupos vulnerables.
- ii. Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima y adecuada.
- iii. Garantizar el acceso a un hogar y a condiciones sanitarias básicas.
- iv. Facilitar los medicamentos esenciales.
- v. Velar por una distribución equitativa de las instalaciones, bienes y Servicios de Salud.
- vi. Adoptar y aplicar un plan de acción nacional de Salud Pública contra epidemias.

### **Concepto de salud como servicio público**

El Estado cuenta con la facultad de negar el acceso al mercado a quienes pretenden ingresar al sistema, condicionando el ingreso al otorgamiento previo de una concesión, aun cuando se cuente con todos los requisitos exigidos por la legislación vigente. Estas actividades son conocidas como servicios públicos, cuyo concepto ha sido, quizás, uno de los más discutidos por la doctrina del derecho administrativo.

El servicio público es entendido como un concepto instrumental, en virtud del cual el Estado mantiene la potestad de autorizar o no su prestación al sector privado. No es riesgoso afirmar que el servicio público es entendido como una actividad susceptible de ser explotada económicamente, respecto de la cual el Estado cuenta con la facultad discrecional de conceder o no su explotación en el mercado.

Sin embargo, es preciso reparar en el análisis de los principales elementos definitorios de este concepto, a fin de entender qué tipo de actividades califican como tales:

#### 1. Una actividad explotable económicamente:

La participación del sector privado en la economía se justifica solo en la obtención de los beneficios económicos que este obtiene por la producción de bienes o la prestación de servicios en el mercado. De esta manera, si no fuese posible obtener una retribución económica por las actividades que los privados realizan, difícilmente se verían interesados en su prestación.

#### 2. Una actividad concesionable:

La concesión estatal es el principal elemento definitorio del servicio público, en torno al cual gira la definición del concepto mismo. Si no mediase una concesión estatal, no sería posible hablar de un servicio público. El otorgamiento previo de una concesión para la prestación de un servicio público, implica que el Estado declare primero dicho servicio bajo su titularidad. Es claro que si la actividad no se encuentra bajo la titularidad del Estado, no hay nada que conceder y el acceso a la prestación estaría libre de restricción.

### 3. Una actividad vigilada:

Los servicios públicos no son otra cosa que la satisfacción por parte del Estado, en forma directa o indirecta, de aquellas necesidades que paulatinamente van adquiriendo el carácter de regularidad y eficacia y el funcionamiento ordenado de la colectividad, imprescindibles para su continuidad, y que por tal razón no pueden dejarse a la prestación arbitraria de los particulares, bajo la égida de su propio interés pecuniario.

La teoría del servicio público fue postulada originariamente por Dugüit, un socialista utópico que creía en la igualdad social y económica de los hombres, y anhelaba una sociedad más justa inspirada en valores de igualdad y de solidaridad social. Dugüit concebía la teoría de la soberanía como un rezago de las monarquías absolutas, una vez desaparecido el absolutismo monárquico, debía también desaparecer el concepto de soberanía. En consecuencia, para Dugüit no era posible distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión inspirados en la idea de la soberanía, ya que el concepto de soberanía resultaba tan absurdo como la idea misma de gobierno.

León Dugüit definía el servicio público como: “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (Dugüit, 1908).

A partir de los postulados de Dugüit, el concepto de servicio público se ha constituido en una fuente inagotable de debate entre juristas y teóricos del derecho administrativo, toda vez que definir cuáles son las actividades de beneficio colectivo que pueden ser sujeto de explotación económica, no es asunto fácil.

En lo que a la salud se refiere, para algunos juristas, los derechos fundamentales no pueden ser sujeto de concesión, ni mucho menos de comercialización, ya que en principio, el Estado asume la obligación de garantizarlos a plenitud. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado la Proclamación de Teherán, a través de sucesivas resoluciones, al establecer que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y además ha sostenido que deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo sentido, una resolución posterior destaca que la “promoción y la protección de una categoría de derechos no debería jamás eximir o dispensar a los Estados de la promoción y protección de los otros” (Organización de Naciones Unidas, 1977, 1984, 1988).

Vale la pena anotar que en innumerables ocasiones la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-484/9) ha debido pronunciarse al respecto, habida cuenta de las limitaciones y contradicciones que la condición de economía de mercado impone a la prestación de los servicios de salud:

El Derecho a la Salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del Derecho a la Vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el Derecho a la Salud resulta un Derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón a que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el Derecho a la Salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el Derecho a la Salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los Derechos Fundamentales, sólo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí de control de Tutela.

Aun cuando la conservación de la Salud involucra una serie de situaciones, que comprenden obligaciones y acciones tanto de las personas como del estado mismo, que en mayor o menor grado contribuyen a la subsistencia del ser humano, el Derecho a la Salud no fue consagrado en la Constitución, salvo con respecto a los niños (art. 44 C. P.) como un Derecho Fundamental. No obstante, la Corte ha sido reiterativa en el sentido de considerarlo como un Derecho Fundamental por conexidad, cuando en casos concretos, debidamente sopesados y analizados por el Juez de Tutela, la protección de la Salud involucre al mismo tiempo el amparo de la vida misma.

### **Ley 100 de 1993**

Los argumentos por los cuales se estableció el Sistema General de Salud y Seguridad Social –SGSS– fueron: la baja cobertura en servicios de asistencia en salud, riesgos profesionales y pensiones, la falta de recursos y la concentración de los existentes en gastos onerosos de funcionamiento de los hospitales. Este diagnóstico se dio en momentos en que el sistema de salud, implementado en 1975, apenas estaba dando sus primeros pasos en el proceso de descentralización de la salud (Ley 10 de 1990) y mientras en materia económica se discutía el tema de los aportes del Estado a los entes territoriales (transferencias). Este diagnóstico fue realizado en un momento de transición, ya que en Colombia, como en otros países de América, se vivía un intenso proceso de liberalización de la economía y de consecuentes reformas a las

relaciones del Estado con la sociedad civil. Esto sucede en el contexto de una política neoliberal, cuyas consecuencias sociales, específicamente en el campo de la salud de las poblaciones, se materializaban en un grave deterioro de la salud pública.

El gobierno colombiano en ese momento, presionado por los entes de control financiero mundial, se dio a la tarea de ejecutar una compleja serie de reformas sin tomarse la molestia de ahondar en los diagnósticos. El llamado “Kinder” del presidente César Gaviria, “...con una lectura superficial de Friedman desmantelaron los aranceles, liberaron los cambios y el sector financiero, eliminaron los subsidios, privatizaron las empresas estatales y de servicios públicos, dieron prioridad absoluta a la lucha contra la inflación y en fin, entregaron el funcionamiento de la sociedad a la omnipotencia de las fuerzas del mercado, minimizando el papel del Estado” (Ramírez, 1994).

La Ley 100 de 1993 es una norma basada en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, participación, integralidad, unidad y equidad; además, reconoce la seguridad social como “un derecho irrenunciable y progresivo, definido como Servicio Público obligatorio cuya dirección y control está a cargo del Estado y será prestado por entidades públicas o privadas en los términos y condiciones definidos por la ley”.

Llama la atención que esta ley no contiene una concreción de los derechos, ya que al introducir la prestación de los servicios en el marco del aseguramiento (contrato individual), restringe estos a la capacidad de pago de las personas, haciendo a cada uno responsable de su salud y de su seguridad social, con lo cual imposibilita el acceso universal a la garantía de estos derechos. Esta tendencia al desconocimiento e incumplimiento de los derechos en salud y seguridad social se ha mantenido y tiende a agudizarse en el marco de las últimas reformas impulsadas por los gobiernos de turno.

El principio de progresividad se refiere a que el Estado tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud. En efecto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud, y en este sentido no puede verse la progresividad como un mecanismo para despojar de contenido cierto las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad.

Se considera que los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por la interdependencia e indivisibilidad como mecanismos de interrelación, en

donde ningún derecho es más importante que otro, el disfrute de ciertos derechos no implica la negación de otros sino que se garantizan entre sí. Sin embargo, en tanto el SGSS está concebido solo en términos de asistencia y cubrimiento de contingencias (accidentes, enfermedad, muerte, vejez), otros derechos no son parte integral del propio sistema y por ende del bienestar y de la dignidad humana. Lo que evidencia la concepción restringida de seguridad social que subyace en el SGSS.

Se entienden los principios de universalidad, accesibilidad y gratuidad como garantías de que la salud y la seguridad social son para todos, pues todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos sin distinción de raza, sexo, condición económica, religión o cualquier otra condición propia de cada persona. Se busca asegurar que las medidas y políticas en salud y seguridad social estén al alcance de todos los ciudadanos, priorizando a la población más vulnerable, a quien se debe garantizar el acceso al cuidado de la salud sin barreras de tipo económico.

El SGSS considera la cobertura como indicador de universalidad, sin embargo, el incremento de afiliaciones en los últimos años se ha estancado. La meta de cobertura universal (100 % de los colombianos para el año 2001) no solo no se cumplió, sino que parece que se ha abandonado. En cifras gruesas, de una población estimada en 44 millones de habitantes, apenas 13,3 millones están afiliados al régimen contributivo; 11,2 millones al régimen subsidiado; menos de un millón a los regímenes de excepción (Ecopetrol, magisterio, Fuerzas Armadas, Congreso), quedando unos 18,5 millones de colombianos (el 42 % de la población) que no están afiliados al SGSS.

Para el caso de los servicios de riesgos profesionales, el SGSS cubre apenas el 43 % de la población asalariada, el 27,7 % de la población ocupada y el 22,4 % de la población económicamente activa. Para el final del año 2000, y según datos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el sistema general de riesgos profesionales (SGRP) acumuló 3.710.469 afiliados, con un descenso de 6,7 %, frente al mismo periodo en 1999 (según estudios de las centrales obreras: CUT-CTC-CGTD) (Carmona et al., 2003).

En relación con pensiones, la afiliación de los trabajadores a los dos regímenes (de prima media y ahorro individual) ha venido disminuyendo de manera progresiva, al igual que sigue creciendo el número de afiliados inactivos hasta un 50 % (más de 4 millones), guarismo que refleja las altas tasas de desempleo, la pauperización del empleo y el auge del subempleo y del trabajo informal.

Con el pretexto de resolver esta grave situación, el Gobierno nacional intentó una reforma pensional, aprobada por el Congreso el 22 de diciembre de 2002, y cuyo

propósito se resume en incremento a las cotizaciones (mayores responsabilidades para trabajadores y empresarios), gravámenes selectivos a ingresos salariales y a pensiones, reducción de las obligaciones para el pago de pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia. Frente a la cobertura para la tercera edad, se propusieron como alternativa los subsidios para quienes estén en extrema pobreza o indigencia, con lo cual se pretendía instituir la asistencia pública en el lugar que correspondería al derecho universal de todos los ciudadanos (Carmona et al., 2003).

### **La forma del problema**

El contexto de la política neoliberal, expresada en significativas reformas a las relaciones del Estado con la sociedad civil, ha tenido marcadas consecuencias sociales, que en el campo de la salud se han reflejado en un significativo deterioro de la salud pública. La política nacional de salud, establecida en la Ley 100 de 1993, se ha mostrado incapaz de solucionar los problemas sanitarios del país y, por el contrario, está contribuyendo a su empeoramiento en lo referente a cobertura, calidad y accesibilidad. A lo anterior se suma la relativa carencia de conocimientos y por ende, de responsabilidad, por parte de ciudadanos e instituciones sobre las formas de cuidar de las condiciones básicas de bienestar colectivo y calidad de vida individual y social, que ha traído como resultado una situación de inercia, cuyas principales características se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Postulados que reducen en la práctica la salud a un bien sometido a las leyes del mercado y a los intereses de la ganancia.
- Estado más distante en la solución de las demandas sociales de salud, bienestar y seguridad.
- La accesibilidad a los servicios, en lugar de haberse hecho más fácil y universal, se ha vuelto más compleja y selectiva en detrimento de los más pobres.
- Debilitamiento financiero y operativo de la red de servicios y hospitales públicos, que en lugar de fortalecerse, se ha debilitado hasta el borde de la extinción.
- Déficit financiero para atender, tanto las demandas de la población que no alcanza a acceder al régimen contributivo, como a los compromisos salariales y prestacionales de los trabajadores del sector, muchos de los cuales han visto seriamente afectadas sus condiciones de vida y de trabajo.
- Insuficiente apoyo del Estado a las formas de participación y organización ciudadanas por la salud, y a los mecanismos de participación comunitaria establecidos por la propia ley y su reglamentación.
- Deterioro de la situación sanitaria e intensificación de problemas sanitarios controlables como el dengue y su variedad hemorrágica, la malaria, la hepatitis B, el cólera y la tuberculosis (Movimiento Nacional por la Salud Pública, 1998).

### **El fondo de la problemática**

Los aspectos que se han descrito expresan la forma como se percibe el impacto de la reforma al sistema de salud, pero no constituyen la esencia del problema, ya que las intenciones de dar respuesta a este están bloqueadas por la normatividad. Por esta razón es importante intentar esbozar precisiones que indiquen los aspectos estructurales que deben ser modificados.

Las políticas neoliberales que han marcado los últimos planes de desarrollo del país, y que se han constituido en las bases de los programas económicos denominados “de ajuste y cambio estructural”, han conducido a un proceso de empobrecimiento de la mayoría de la población colombiana, incluyendo el sector agrario, los sectores medios asalariados y los trabajadores organizados.

Modelo de salud hegemónico:

Expresado como un sanitarismo tradicional que ha caracterizado el saber y las prácticas de salud y ha conducido a una cultura popular que responde a un estereotipo de salud hegemónico centrado en la atención de la enfermedad.

### **El conflicto armado**

Puesto que la pobreza es uno de los mejores caldos de cultivo para la violencia, las enormes inequidades existentes en nuestro país en la distribución de la riqueza, del empleo, del poder, del conocimiento y del acceso a los recursos y a las oportunidades, constituyen una explicación lógica a la terrible violencia que padecemos, de las consecuencias negativas que la violencia tiene sobre la calidad de vida y la salud de los colombianos, y del impacto negativo que produce sobre los servicios y el personal del sector.

### **Incoherencias del Sistema General de Seguridad Social**

En cuanto a la función de modulación del Estado, los mecanismos de administración y articulación del sistema, la prestación de los servicios de salud y la financiación.

### **Falencias y contradicciones en los principios rectores del Sistema**

La universalidad, entendida como plena accesibilidad de la población a los servicios; la equidad, es decir, que cada cual reciba lo que se merece o necesita; la calidad, entendida como la satisfacción de las necesidades y expectativas de los usuarios; la participación, que permita el empoderamiento de la sociedad, de tal suerte que

realmente tenga voz y voto en la determinación de la política de salud; la descentralización, que entregue las funciones, en especial las de modulación, a los entes territoriales; y la integralidad, que articule las políticas de salud con las de desarrollo económico y social.

### **El mercado y la tutela como mecanismo de defensa de derechos**

Como nos explica Francisco Azuero (2012), la raíz de lo anterior está en parte en que la salud, siendo un bien especial, dadas sus características negativas como la asimetría en la información, las externalidades y la incertidumbre, genera contratos incompletos. Lo que sucede cuando un contrato es incompleto, es que la racionalidad de cada una de las partes no es siempre conducente al cumplimiento del mismo, pues no se cuenta con la información suficiente. Teniendo esto en mente, las partes de los contratos de salud (usuarios, EPS, ARS, IPS, etc.) no siempre tienen incentivos para cumplir con su parte. Los estudios muestran que las EPS no cuentan con ningún incentivo para cumplir con arreglos extrajudiciales, o en general para prevenir la tutela, puesto que esta no le representa costos a la empresa, y es igual para ellos pagar antes o después de la demanda. Por otra parte, el ciudadano cuenta con incentivos muy claros para presentar la demanda ante el incumplimiento de alguna de las instituciones (Azuero, 2012).

### **Referencias**

- Azuero, F. (2012). *La organización institucional y la regulación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. Logros retos y recomendaciones*. Bogotá: Uniandes.
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Alemania: Nomos.
- Cardona, J. (1989). *Desarrollo histórico de los conceptos de salud, enfermedad y salud pública según los diferentes modos de producción*. Medellín: Facultad Nacional de Salud Pública.
- Carmona, L., Molina, N. & Casallas, A. (2003). La desprotección social se profundiza, Corporación para la Salud Popular, Grupo Guillermo Fergusson. En N. Paredes (ed.), *El embrujo autoritario, primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez* (pp. 59-70). Santafé de Bogotá: Antropos.
- Comité de Derechos Económicos, S. y. C. (2000). *Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. España: CDESC.

- Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional (1992). *Sentencia T-484/92*. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Dugüit, L. (1908). *La transformación del Estado*. Madrid: Librería de Fe.
- Ferguson, J. (2000). *Historia de la economía*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, I. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Manrique-Abril, F. G., Ospina-Díaz, J. M. & Martínez-Martín, A. F. (2012). La formación de médicos generales de frente a los requerimientos del sistema general de seguridad social en salud. *Revista Colombiana de Anestesiología*, 40(2).
- Manrique-Abril, F. G., Ospina Díaz, J. M. & Martínez Martín, A. F. (2009). ¿ La salud: servicio público o derecho fundamental? *Salud, Historia y Sanidad*, 3(2).
- Movimiento Nacional por la Salud Pública. (1998). *Manifiesto*. Santafé de Bogotá: Movimiento Nacional por la Salud Pública, .
- Organización de Naciones Unidas. (1977). *Normas uniformes sobre la igualdad de derechos. Resolución N° 32/130, AG 16/12/1977*. New York: ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (1984). *Normas uniformes sobre la igualdad de derechos. Resolución N° 39/145, AG, 14/12/1984*. New York: ONU.
- Organización de Naciones Unidas. (1988). *Normas uniformes sobre la igualdad de derechos. Resolución N° 43/113, 43/114 y 43/115, 1988*. New York: ONU.
- Organización Panamericana de la Salud. (1991). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Documento Oficial N° 240*. Washington DC: OPS.
- Peces-Barba, G. (1980). *Derechos fundamentales* (3a ed.). Madrid: Latina.
- Peset, J. (2004). *Capitalismo y medicina; ensayo sobre el nacimiento de la seguridad social. Epidemiología y políticas de salud*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, Maestría en Epidemiología.
- Quevedo, E. (1992). *Antecedentes de las reformas médicas de los siglos XVIII Y XIX en el Nuevo Reino de Granada: una polémica entre médicos y cirujanos*. Madrid: Alianza.
- Quevedo, E. (1993). Ciencias médicas, estado y salud en Colombia: 1886-1957. En M. Miranda, E. Quevedo & M. Hernández (eds.), *Historia social de la ciencia en Colombia* (Vol. VII, pp. 161-289). Bogotá: Tercer Mundo, Colciencias.

- Quevedo, E., Hernández, M., Miranda, M. & Canal, N. (1993). La institucionalización de la medicina en Colombia. Ciencias médicas estado y salud en Colombia, 1886-1957. In M. Miranda, E. Quevedo & M. Hernandez (eds.), *Historia social de la ciencia en Colombia* (Vol. II, pp. 1-270). Bogotá: Tercer Mundo, Colciencias.
- Ramírez, J. (1994). Constitución, neoliberalismo y realidad. En Universidad Nacional, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (eds.), *Constitución política y reorganización del Estado*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, UPTC.
- Santos, J. M. & Blayr, T. (1999). *La tercera vía, nuevas políticas para el nuevo siglo y una alternativa para Colombia*. Bogotá: Águila.
- Weingast, B. (1995). The economic role of political institutions: Market-preserving federalism and economic development. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 11(1), 1-31.