



EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y LA LEY 100 DE 1993

ALBA LUCÍA VÉLEZ A.
albaluciavelez@mac.com



Contexto - Antecedentes

Antes de la Constitución de 1991:

A diferencia de la Constitución de 1886, la reforma de 1936 habla explícitamente de la asistencia pública: "La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar".



VISIÓN ASISTENCIALISTA

Esta reforma significó un cambio profundo en el papel del Estado. Función social de la propiedad, del trabajo y la indicación de la asistencia en salud como parte de las funciones del Estado pero sólo bajo la visión asistencialista, no como derecho.



HACIA EL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 90 de 1946 concreta, lo relacionado con el seguro social al crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), adscrito al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social. El seguro social obligatorio cubriría los siguientes riesgos:

- • Enfermedades no profesionales y maternidad.
- Invalidez y vejez.
- Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Muerte." (42)

Se establece que Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones y los gastos del Instituto serían obtenidos por el "Sistema de triple contribución forzosa", es decir, asegurados, patronos y Estado.

ASISTENCIA PÚBLICA VS SEGURIDAD SOCIAL

Una seguridad social atada al contrato laboral y de cobertura sólo para esta población, con un cubrimiento parcial a la mujer en embarazo, parto, puerperio y primer año de vida.

El resto de población obtenía los servicios de salud, a través de la asistencia pública.



Coexistencia de modelos.

El modelo de la seguridad social. Atado al contrato laboral se fue consolidando y se crearon múltiples esquemas de prestaciones asistenciales a cargo de las respectivas empresas: Universidades, rama legislativa, ejecutiva, empresas de servicios públicos.

Por otro lado la asistencia pública a cargo de las entidades del Estado en el marco del Sistema Nacional de Salud (1975). Se conformó una red hospitalaria y avance tecnológico a lo largo del territorio colombiano con mayor crecimiento en las grandes ciudades. Más o menos un 75% de la atención en salud era prestada a través del Sistema Nacional de Salud. Red pública.

LA SEGURIDAD SOCIAL: COBERTURA

A través de este modelo se cubría aproximadamente un 23% de la población y demandaba tres veces más del costo en la prestación de los servicios de salud.

Proceso de descentralización: asignación de competencias.

Con la ley 10 de enero 10 de 1990, inicia el proceso de descentralización de la salud. Distribución de competencias.

ARTICULO 1°. Servicio público de salud. La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente ley. El Estado intervendrá en el servicio público de salud conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política.

LA SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO

ARTICULO 2º. Asistencia pública en Salud. La asistencia pública en salud, como función del Estado [...]. En desarrollo de las facultades de intervención de que trata el artículo 1º, serán definidas las formas de prestación de la asistencia pública y los criterios para definir las personas imposibilitadas para trabajar que carezcan de los medios de subsistencia y derecho a ser asistidas por otras personas.

Continúa la prestación de la atención en salud con una visión asistencialista no en calidad de derecho. Se avanza en la concepción de la salud como servicio público bajo la responsabilidad del Estado.

Nueva Carta Política de Colombia.
Derecho a la salud- Derecho a la seguridad social y la acción de tutela.

**Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política 1991:
Participación de diferentes grupos políticos, étnicos, religiosos,
grupos reinsertados, entre otros.**

El centro axiológico de la Nueva Constitución, es su formulación sobre Derechos, Garantías y Deberes establecido en el título II- Cláusulas abiertas.

Vocación de aplicación judicial que favorece un cierto activismo judicial a favor de los derechos de las personas. Es un reconocimiento sustentado en la normativa de la facultad "JUDICIAL REVIEW"

DERECHOS HUMANOS

En tres categorías se consagra el listado de derechos humanos:

- Fundamentales
- Económicos, sociales y culturales
- Derechos colectivos o del ambiente

Generación de derechos

Obedece a una corriente que categoriza los derechos como de primera, segunda y tercera generación y para el caso del derecho a la salud implicó un proceso de categorización desde su carácter prestacional y progresivo hasta su connotación de derecho fundamental autónomo.

Carácter de exigibilidad jurídica.

PROPICIA CIERTA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Muchos de estos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es necesario además asegurarles unas condiciones mínimas de igualdad que les permitan desenvolverse como individuos autónomos.

Transición al denominado "neoconstitucionalismo"

Caracterizado por constituciones por amplios listados de derechos fundamentales que además tienen vocación normativa que prevén sistemas de justicia constitucional para asegurar el respeto de esos derechos.

Se estimula una fuerte judicialización de la política, no sólo por la facultad de estas Cortes de invalidar decisiones legislativas y gubernamentales, invocando las cláusulas constitucionales que son esencialmente abiertas, sino además por cuanto permiten que los ciudadanos individualmente o ciertos grupos sociales articulen sus demandas al lenguaje de los derechos.

Rodrigo Uprimny. *La judicialización de la política en Colombia. Casos, potencialidades y riesgos.*

La acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales: Judicialización del derecho a la salud.

El artículo 86

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

El artículo 94 CN: dispone la aplicación analógica o extensiva de las normas sobre derechos y garantías de las personas.



En la categoría de Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se consagran el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud

- *Art 48: El derecho a la seguridad social: 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 [...] Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social [...]*
- *Art: 49: La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del estado. Se garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control [...].*



Derechos de carácter prestacional y programático

En síntesis la carta constitucional consagró un catálogo amplio de derechos sociales, económicos y culturales DESC que incluyen los siguientes: Derechos prestacionales propiamente dichos, como pueden ser el derecho a la seguridad social: art. 48 con especial énfasis en el derecho a la seguridad social y el derecho a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [...] y derechos prestacionales referidos a sectores poblacionales que se consideran especialmente vulnerables como la mujer en estado de embarazo, población de la tercera edad, derechos a población disminuida física o sensorial, el derecho de los menores de edad, entre otros grupos poblacionales con estas características, en Colombia también población desplazada.



Bloque de constitucionalidad

De la lectura sistemática de este conjunto de derechos conforme a los art. 93 y 94 de la Carta tienen rango constitucional los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido aprobados por el congreso y que en tanto tales conforman el bloque de constitucionalidad, esto es, el conjunto de normas de rango constitucional formado por la propia constitución y por otras normas de derecho internacional que adquieren tal rango por disposición de la propia carta. Tal es el caso del Pacto internacional de derechos sociales económicos y culturales.

Mecanismos de protección: Acceso a la justicia.

La Acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, es sin lugar a dudas, el instrumento técnico-jurídico más importante y renovador de toda la propuesta constitucional, en tanto pone al alcance de toda persona, sin ninguna distinción, los dispositivos jurisdiccionales y administrativos para que los derechos fundamentales no sean letra muerta, y su vigencia y vivencia, se conviertan en una práctica cotidiana. [...] "

Se hace relativamente fácil al ciudadano convertir un reclamo en una discusión jurídica que debe ser constitucionalmente decidida en un término bastante corto por la justicia constitucional y como lo han mostrado los estudios judiciales comparados, a mayores posibilidades de acceso a las Cortes, mayor influencia política de los tribunales.



LA ACCIÓN DE TUTELA Y LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.

Es justamente en el marco de los fallos revisión emitidos por la Corte Constitucional en donde se han generado las líneas jurisprudenciales específicas en relación con la protección del derecho a la salud.


En dichas líneas, como ocurre en general con las líneas relativas a los DESC, la pregunta sobre la naturaleza jurídica del derecho (reconocerlo como fundamental, social, económico o culturales, o como un derechos colectivo) se convierte en tema de capital importancia en la medida en que de la "definición" o caracterización que se obtenga del mismo, dependerá la posibilidad de su exigibilidad jurídica directa mediante la acción de tutela.



LA LEY 100 DE 1993 SE DESARROLLA EN EL MARCO DE LA FACULTAD DEL LEGISLATIVO DE ADOPTAR LAS LEYES.

La Constitución no desarrolla en detalle todas las políticas públicas ni agota exhaustivamente las materias que aborda. En cambio atribuye al Congreso - como cuerpo colegiado *la facultad de adoptar las leyes y desarrollar la Constitución.*

La Corte Constitucional ha explicado que se trata en parte de un asunto de técnica constitucional, puesto que no puede la Constitución abordar directamente todas las materias y se trata también de que el Congreso es el órgano de elección directa que representa la diversidad de los electores-



*EL SISTEMA DE SALUD BAJO LA ESTRUCTURA DE LA LEY
100 DE 1993.*

Creación del Sistema General de seguridad social - Integra en el mismo marco normativo el sistema general de pensiones, riesgos profesionales y salud. Sistema de seguridad social integral.



IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 100/1993

El plan obligatorio de salud se concibe como un paquete de servicios básicos - Actualmente.

- **El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de:**
- **5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios.**
- **Más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo.**
- **Mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, es decir el definido en el Acuerdo 008.**



Facultad reglamentaria de art. 48 y 49 de la Constitución Política.

La facultad del legislador debe ser ejercida en todo caso en el marco de la Constitución, en un doble sentido. De un lado, el legislador está obligado a seguir los procedimientos establecidos en la Constitución para adoptar las leyes.

Pero adicionalmente, el legislador está sometido a las determinaciones sustantivas de la Constitución. Es decir, debe respetar los aspectos sustanciales que están definidos en ella, como por ejemplo aquello que se prescribió como un derecho fundamental, o la creación de autoridades que se encarguen de ciertas áreas del control, o la atribución de algún nivel de autonomía los entes territoriales, entre otros.

“Derecho a la salud”: Garantía de protección

La constitución colombiana no utiliza explícitamente el término derecho a la salud, pero la doctrina y la jurisprudencia han adoptado tal expresión, para referirse a lo que la constitución consagra como el derecho al “ acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En el caso colombiano a diferencia de lo que ocurre con otros sistemas sanitarios, el sistema de atención en salud se estructuró como parte de las prestaciones del sistema de seguridad social.

No es una concepto restrictivo: derechos negativos

Involucra mucho más que la idea restrictiva de un derecho negativo (obligación de no hacer), derivado de un derecho a la integridad física, por ello resulta mejor expresado con el término "atención de la salud" ya que así se pone de manifiesto su connotación positiva (obligación de hacer) que involucra un reclamo hacia terceros.

No es la salud lo que se demanda es su atención:
Asistencia- cuidado.

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD:

Se habla de justiciabilidad de un derecho si se cuenta con mecanismos y normas que permitan al afectado exigir la restitución y/o reparación de su derecho por vía judicial.

La Corte, ha protegido por tres vías el derecho a la salud:

- 1) Estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, esto ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad.**

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD

- 2) Reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, esto a conducido a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado
- 3) Afirmando 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 SISTEMA DE SALUD?

Medio a través del cual se hace efectiva la prestación de los servicios de atención en salud, es un vehículo que la sociedad destina para este fin.

Para la Corte el sistema puede ser del tipo que democráticamente decida el legislador, siempre y cuando tenga como prioridad, garantizar en condiciones de universalidad el goce efectivo del derecho a la salud dentro de los parámetros constitucionales.

¿COMO ENTENDER LA SALUD?

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado lo ha realizado el Comité de Derechos económicos sociales y culturales en la Observación General N° 14 " acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".

Salud. Derecho Humano fundamental

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en cuanto esta estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos. Se hace referencia al derecho a la alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, igualdad, vida privada.

Noción de integralidad

El concepto del " más alto nivel posible de salud" tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.

Es claro que la obligación no es la de garantizar que toda persona goce en efecto de " buena salud", sino a garantizar toda una gama de facilidades, bienes y servicios" que aseguren el más alto nivel posible de salud.

¿ COMO ENTENDER EL DERECHO A LA SALUD?

Un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes y servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Por esto tiene la dimensión de un derecho de carácter prestacional y progresivo.

¿LA SALUD UN ASUNTO DE JUSTICIA SOCIAL?

¿En que dimensión puede ubicarse la salud?:

- 1) Teoría de la Justicia John Rawls: Introduce la idea de bienes sociales primarios como un parámetro para proporcionar un modo de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad. Su teoría fundamenta principios sustantivos de justicia, destinados a garantizar la distribución equitativa de aquellos bienes indispensables para vivir dignamente en una sociedad democrática.

JOHN RAWLS: teoría de la justicia. Libertad Vs igualdad

“Una concepción de justicia social ha de ser considerada como aquella, que proporciona en primera instancia una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad”

Esa estructura debe de distribuir ciertos bienes primarios: “esto es cosas que se presume que todo ser racional desea. Estos bienes tienen normalmente un uso, sea cual fuere el plan racional de vida de una persona” Bienes primarios

BIENES PRIMARIOS

Derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza.

La salud la clasifica en otros bienes primarios que: " son bienes naturales; aunque su posesión se ve influida por la estructura básica, no está directamente bajo su control"

La posesión de salud, talentos o fortuna son el resultado de una mera contingencia que no otorga derechos.

! JUSTICIA SOCIAL i

Los bienes primarios se tornan en una base comparativa concretada en el " índice de bienes primarios que se puede esperar razonablemente" Esta base comparativa es aquella en la cual las partes pueden convenir teniendo como propósito la justicia social.

AMARTYA SEN

Elabora una teoría de las capacidades y funcionamientos para diseñar criterios distributivos aplicables en diferentes contextos.

TEORÍA DE LAS CAPACIDADES: A. SEN Y M. NUSSBAUM

Sen : el desarrollo individual y social se da en términos de expansión de capacidades, en lugar de focalizarlo en bienes, servicios o utilidades.

El fin es centrar la atención en las oportunidades reales del individuo para alcanzar sus objetivos y poder llevar su proyecto de vida.

Por esto Sen considera, que la salud no es solo un problema individual dado por carga biológica y comportamiento, sino que ante todo depende de circunstancias sociales y una amplia gama de políticas públicas

MARTHA NUSSBAUM

Propugna por la existencia de un conjunto de capacidades que deben ser aseguradas como garantía de un mínimo de condiciones de vida digna y, al desatender alguna de ellas, para promover otras se generaría una falta con los ciudadanos y esa falta atenta contra la justicia.

Plantea Nussbaum 10 capacidades como requisitos básicos para una vida digna, las tres primeras tienen estrecha relación con la protección de la salud.

LA SALUD EN EL CONJUNTO DE CAPACIDADES

- 1) Vida: poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.
- 2) La salud física: poder mantener una buena salud incluida la salud reproductiva.
- 3) Integridad física.

El listado propicia el desarrollo de las personas.

Ser fines y no medios

ASISTENCIA Y CUIDADO

Asigna un lugar preeminente a la salud y a la necesidad de asistencia:

“Los seres humanos nacen siendo bebés, crecen lentamente y necesitan mucha asistencia durante el crecimiento”

Algunos requieren asistencia durante largos periodos de su vida o durante toda su vida.

ENFOQUE DE CAPACIDADES: "MÍNIMO HOLGADO"

El enfoque de capacidades debe entenderse en términos de medidas generales que luego podrán ser especificadas por cada sociedad en el proceso de elaborar una versión de los derechos básicos que esta dispuesta a reconocer.

Se plantea un cambio esencial en el foco de atención, de los medios de vida a las oportunidades reales de la persona.

NECESIDAD DE ASISTENCIA

La necesidad de asistencia en momentos de dependencia aguda o asimétrica forma parte de las necesidades primarios de los ciudadanos, cuya satisfacción hasta un nivel adecuado, constituirá uno de los rasgos definitivos de una sociedad justa.

Libertad Vs igualdad

Primacía de la Libertad: tesis del liberalismo-Libertarios: La libertad por encima de cualquier otro valor. (Hayek- Nozick)

Compaginar libertad e igualdad?

Es decir un tipo de libertad contextualizada por las metas sociales: libertad como oportunidad para conseguir resultados valiosos.

Libertad vs metas sociales

“Un conjunto de metas sociales adoptadas solidariamente en vez de impuestos sigue siendo el contexto para la formación de la voluntad, toda vez que nos restringimos a la búsqueda de metas que sean compatibles con ese conjunto de metas sociales. La libertad deriva su sentido de estas metas sociales.

Bienes públicos y justicia radical. Milton Fisk

Salud como meta común

La concepción de bienes comunes trae implícito el planteamiento de metas que no solo son deseadas por una minoría, sino metas que cada quien desea para todos.

“ La meta de tener una sociedad saludable, conduce a establecer los límites a las pérdidas, de tal forma, que aunque se tolerará cierta cantidad de desigualdad en los ingresos, la pérdida de acceso al cuidado de la salud no se tolerará”

LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD PASA POR EL ACUERDO DE VOLUNTADES DE LA SOCIEDAD

En el acuerdo original (Posición original) que plantea Rawls la sociedad decide que conjunto de bienes primarios deben de distribuirse equitativamente para hablar de un parámetro de justicia social y la salud debe ser uno de ellos.

La salud y su garantía debe hacer parte constitutiva de un nuevo contrato social en que el compromiso de todos hacia su logro no tenga discusión

La Salud como meta social?

Somos una sociedad que no tiene como meta común la salud- una de las evidencias es la judicialización del derecho a través de alternativas jurídicas.

La tutela como instrumento de protección- orientador de políticas pública

A partir de 1992 año en que entró en funcionamiento este mecanismo de protección de derechos fundamentales y hasta 1999, las tutelas se incrementaron en un 694%.

Con relación al derecho a la salud: la Corte asumió discusiones como:

Naturaleza jurídica del derecho.

Contenido prestacional y programático?

Los contenidos prestacionales de la atención en salud, están contenidos en el POS del régimen contributivo y subsidiado. Es de anotar que el conjunto de procedimientos, intervenciones y medicamentos obedece a una concepción de " paquete de servicios básicos"

Tutelas interpuestas para proteger el derecho a la salud

Tutelas interpuestas para proteger el derecho a la salud

<i>Año</i>	<i>No</i>	<i>Participación en total de tutelas</i>
1999	21,301	24.7%
2000	24.843	18.9%
2001	34.319	25.8%
2002	42.734	29.7%
2003	51.944	34.8%
2004	72.033	36.4%
2005	81.017	36.1%

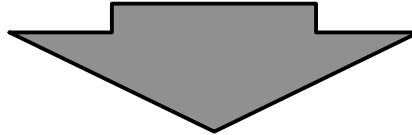
Fuente: información de la defensoría del Pueblo, La tutela y del derecho a la salud, periodo 2003-2005, a partir de datos de la Corte Constitucional.

ESTUDIOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO 1999- 2003, 2003 - 2005, 2006- 2009

Los contenidos más frecuentes de las tutelas interpuestas según el estudio fueron por cirugías en ambos regímenes, medicamentos, exámenes para- clínicos, prótesis y prótesis, citas médicas, tratamientos, procedimientos y tutelas relacionadas con el sistema de salud, en términos generales para facilitar el acceso a los servicios de salud y la oportunidad en la atención.



El papel de la tutela



¿ La tutela un mecanismo de protección del derecho a la salud o un proceso alternativo de acceso a servicios de salud ?

CONCLUSIONES:

El estudio señala a la tutela como único remedio efectivo ante la falta de acceso a la salud, como imprescindible y límite a la arbitrariedad y al desconocimiento de la ley por parte de los actores del sistema. El 80% de las tutelas son concedidas, pero sus efectos en cuanto a equidad son discutibles, al favorecer más a pacientes incluidos en el Sistema, en detrimento de los excluidos.

! Un nuevo contrato social i

Un nuevo acuerdo de voluntades (idea del contrato social Russeano) acuerdos sobre que cargas distributivas debe imponer la sociedad y sus instituciones 'para contar con un mínimo holgado de capacidades que no tengan ninguna negociación como parámetro de justicia social.

De allí, la claridad sobre las políticas públicas que deban de implementarse destinadas a este fin.

Políticas Públicas

“ Lo único claro es que si las políticas públicas no se cumplen y no se hacen realidad, no importa que sea el gobierno, el legislativo o el poder judicial el que tome la decisión, quienes pierden son los ciudadanos y por ende la confianza que éstos pueden tener en sus instituciones.[...] La legitimidad en el mundo contemporáneo, querámoslo o no, pasa por la eficacia y la factibilidad. Duran Smela Diana.

GRACIAS

**Por darme la posibilidad de compartir
con Ustedes**

albaluciavelez@mac.com