

SERIE DOCUMENTOS

DOCUMENTOS
DE
TRABAJO

No. 3 Julio 2006

Los Mandatos Constitucionales sobre el Derecho
a la Salud: Implicaciones de Equidad y
Eficiencia

Ramón A. Castaño



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Agradecimientos

El autor agradece el apoyo de Maria Luisa Escobar y del Banco Mundial para la elaboración de este documento. A Roberto Esguerra, Juan Pablo Uribe y Ursula Giedión, por las discusiones que enriquecieron las reflexiones sobre este tema.

Las opiniones expresadas en este ensayo son responsabilidad exclusiva del autor, y no comprometen a ninguna de estas personas o las instituciones que ellas representan.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), es el segundo hito en materia de derechos humanos en el contexto internacional, después de la proclamación de los derechos civiles y políticos. Esta secuencia en el reconocimiento de los derechos humanos, ha llevado a clasificar los civiles y políticos como derechos de primera generación, y los DESC como de segunda generación. El reconocimiento de los DESC se materializa en su inclusión en los textos constitucionales de un buen número de países, o de su reconocimiento implícito aún sin estar incluido como un mandato constitucional.

Sin embargo, el reconocimiento de los DESC genera unos desafíos de política pública de corte diferente a los derechos de primera generación. Mientras estos suponen una obligación del Estado de no hacer o de abstenerse de interferir en las libertades y la autonomía de los ciudadanos, los DESC suponen una obligación positiva del Estado de proporcionar a los individuos algo de lo que no disfrutaban.

Esta división no es del todo precisa, pues es claro que tanto los derechos de primera generación como los de segunda, implican obligaciones negativas y obligaciones positivas. Sin embargo, la separación entre implicaciones negativas y positivas, permite señalar que los DESC suponen mayores demandas sobre los recursos de la sociedad, y transferencias de riqueza e ingreso desde los grupos más favorecidos hacia los menos favorecidos.

Esto implica que el reconocimiento de los DESC genera un desafío de política pública de particular complejidad: el hecho de que su satisfacción esté condicionada por los recursos disponibles implica la inescapable necesidad de racionar, dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente el derecho a cada individuo de la sociedad. De hecho, estos derechos se consideran prestacionales y se admite que su protección es progresiva, es decir, reconociendo la limitación de recursos, se obliga al Estado a avanzar en la protección de ellos, admitiendo que no hay una obligación inmediata de satisfacción total.

La salud, como uno de los DESC, enfrenta estos desafíos con unas connotaciones muy particulares, pues las mencionadas limitaciones de recursos, que implican una satisfacción incompleta del derecho, pueden llevar a situaciones en las que se pone en riesgo la integridad, o incluso, la vida del individuo. En este punto, el derecho a la salud dejaría de ser un derecho prestacional para convertirse en un derecho fundamental, pues de su desconocimiento se derivaría la afectación de un derecho de primera generación como es el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

En cualquiera de las dos circunstancias, a saber, la salud como derecho prestacional o como derecho fundamental, es inevitable que los recursos con que cuenta la sociedad sean una limitante a la garantía del derecho. De otro modo, la sociedad estaría dedicando recursos ilimitadamente a satisfacer una sola de sus necesidades (la salud), desconociendo que hay otras necesidades (vivienda, transporte, alimentación, etc.) que también necesitan ser satisfechas. Esto, evidentemente, no ocurre y los recursos dedicados a salud siempre son finitos.

Ante el hecho inobjetable de que los recursos no alcanzan para satisfacer plenamente las necesidades de todos, es claro que siempre habrá alguien cuyas necesidades no quedarán insatisfechas, es decir, hay un proceso de racionamiento. Este racionamiento ocurre siempre, bien sea de manera explícita o implícita. En cualquiera de las dos maneras de racionamiento, la sociedad se enfrenta a preguntas complejas de resolver: cuál es el criterio de decisión para negar la protección del derecho a un individuo, en beneficio de otro? En qué condiciones es justo e imparcial intercambiar beneficios entre personas?

Estas difíciles preguntas no son respondidas en los textos constitucionales ni en las declaraciones internacionales sobre los DESC, lo que deja al proceso político la decisión de cómo racionar. Pero aunque es claro que el racionamiento es un proceso substancialmente político y no técnico, también es claro que en dicho proceso político puede haber grados diferentes de transparencia y rendición de cuentas sobre la forma como se llega a una decisión de distribución de recursos escasos. Aún si existiesen herramientas totalmente objetivas para llevar a cabo el proceso de racionamiento, las consecuencias de aplicar dichas herramientas tienen implicaciones políticas que no permiten que tal racionamiento sea reducido a un proceso de ingeniería social.

Como una contribución a la reflexión sobre las dificultades planteadas por los mandatos constitucionales sobre el derecho a la salud en Colombia, este documento constituye un intento de aproximación al problema en términos de los desafíos de política sectorial que se inscriben dentro de los marcos de la justicia distributiva y la eficiencia de asignación. El documento parte en el primer capítulo, de un análisis general de los acuerdos internacionales sobre DESC y sus implicaciones, incluyendo una visión del problema en otros países de Latino América. En esta sección se introduce una reflexión sobre la exigibilidad de los derechos, y cómo esta exigibilidad arroja un resultado que está en conflicto con el objetivo de maximizar el nivel agregado de salud, e incluso puede irse en contra del mismo objetivo de proteger el derecho a la salud.

El capítulo segundo analiza el caso específico de Colombia, tanto desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad como desde la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este capítulo también se analiza porqué la exigibilidad del derecho a la salud en Colombia tiene características distintas a las de otros países de la región, y qué tanto influye en esta diferencia la presencia de la Acción de Tutela y la tenencia de un carnet de afiliación a la seguridad social, con un plan de beneficios atado a éste. El capítulo concluye argumentando que, ante lo inevitable del racionamiento, es necesario hacerlo de manera explícita y transparente, y no por la vía “de hecho” que es la forma como actualmente se lleva a cabo.

Pero el problema del racionamiento en salud no es nuevo en el mundo. De hecho, muchos países desarrollados han enfrentado este problema mediante procesos democráticos que parten de reconocer las limitaciones de recursos, pero de manera explícita establecen criterios de priorización. El tercer capítulo analiza algunas de esas experiencias, teniendo en cuenta que son contextos muy diferentes al colombiano. Una característica muy diferente con estos países es que en ellos los beneficios están definidos en términos de listas negativas. El hecho de que el sistema de salud Colombiano tenga una lista positiva, tiene implicaciones importantes que hacen diferente el proceso de racionamiento explícito. Sin

embargo, se pueden extraer lecciones sobre la forma como ha evolucionado el proceso político en estos países, lecciones que pueden resultar muy relevantes para Colombia.

En este tercer capítulo también se analiza una propuesta de materialización del racionamiento explícito, basada en desarrollos teóricos que han servido de inspiración en algunos de los procesos explícitos de racionamiento en los países estudiados. La propuesta, que reconoce la dificultad para llegar a acuerdos sobre principios, insiste en la transparencia del proceso mediante el cual se toman decisiones de racionamiento. Esta propuesta ha sido considerada para la asignación de recursos en países del África Subsahariana, por lo cual es relevante también para países de ingreso medio como Colombia, y se mostrará cómo arroja luces importantes para llenar los vacíos que se plantean en la argumentación del capítulo primero y segundo.

Finalmente, el cuarto capítulo sintetiza las conclusiones más relevantes de esta reflexión, y propone recomendaciones de política para Colombia, con miras a buscar una salida al problema cotidiano de la protección del derecho a la salud dentro de los límites inescapables de las restricciones de recursos de la sociedad.

Los mandatos constitucionales sobre el derecho a la salud en el mundo.

Los derechos humanos se dividen en dos grandes bloques: los de primera generación y los de segunda generación. En el primer bloque se incluyen aquellos orientados a proteger a los individuos de las arbitrariedades del Estado, o de las acciones de otros individuos, por lo cual se consideran derechos “negativos” en cuanto suponen una obligación de abstención por parte del Estado o de otro individuo. El derecho a la libertad, y a la propiedad privada, son ejemplos de esta primera generación de derechos, conocidos como derechos civiles y políticos.

Los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Estos se refieren a obligaciones positivas del Estado, y no simplemente a la obligación de abstenerse, que es más característica de los derechos de primera generación. Debido a la imposibilidad material de garantizar plenamente los DESC, pues tal garantía está sometida a la disponibilidad de recursos dentro de la economía, estos derechos se entienden como una obligación progresiva del Estado en su garantía.

Hoy en día se reconoce que la equivalencia de los derechos de primera generación con obligaciones negativas, y los de segunda generación con obligaciones positivas, es reduccionista, pues ambos tipos de derechos tienen aspectos negativos y positivos (Vizard, 2005). No obstante, esta división resulta útil para ilustrar las diferencias entre las dos generaciones de derechos, pues las diferencias, aunque no son categóricas, son de grado, es decir, evidentemente los derechos de primera generación implican en mayor medida aspectos negativos (obligaciones de abstención, de omisión y de no interferencia), mientras

que los de segunda generación implican en mayor medida aspectos positivos (obligaciones de acción y comisión).¹

Este capítulo analiza los acuerdos internacionales sobre DESC, y sus implicaciones en algunos países de la región. Igualmente, analiza las implicaciones de los mandatos derivados de dichos acuerdos en términos de su cabal cumplimiento.

1.1. Los acuerdos internacionales y sus implicaciones sobre las obligaciones de los Estados frente al derecho a la salud

El alcance del concepto de DESC está definido en normas internacionales que sirven de marco de referencia para la definición de derechos a nivel nacional en los respectivos marcos constitucionales de los países signatarios de estas normas internacionales. Por esta razón, dicho marco de referencia internacional hace parte de lo que se conoce como el “Bloque de Constitucionalidad” pues delimita los derechos y su alcance para los países signatarios. Estos, a su vez, los incluyen en sus textos constitucionales, o los dejan tácitos, pero como países signatarios están obligados a su cumplimiento. El bloque de constitucionalidad al interior de cada país es complementado con las normas constitucionales propias.

Los principales elementos del bloque de constitucionalidad que serán abordados en esta reflexión, son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y el Protocolo de San Salvador, los cuales se analizarán en detalle más abajo. Además de estos dos elementos, que son los más importantes en la definición de los DESC, hay una serie de tratados internacionales que también hacen parte del bloque de constitucionalidad, pero por referirse a grupos sociales específicos o a circunstancias muy concretas no serán considerados en este análisis, pues éste se concentra en los aspectos más generales del derecho a la salud como derecho de segunda generación.

Dentro de los DESC, la salud es uno de los derechos sociales. Este derecho está definido explícitamente en varios de los textos que componen el bloque de constitucionalidad. El primer punto de referencia importante para considerar la salud como un DESC es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. La primera reza en su artículo 22, que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” En su artículo 25, reza así: “...derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la

¹ Un ejemplo de aspectos positivos de los derechos de primera generación, es la obligación del Estado de garantizar la vida de las personas, evitando que sean asesinadas por otras, o por el mismo Estado. Esto supone acciones positivas que pueden resultar siendo muy costosas. En el otro extremo, las obligaciones negativas en los derechos de segunda generación se pueden ilustrar con la obligación de proteger el medio ambiente prohibiendo la contaminación del aire a actores públicos o privados.

salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”

Posteriormente, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, expedida en 1948, define la salud como “..un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades.” Seguidamente reza que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. Ahora bien, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud no es un tratado ni un acuerdo internacional, pero se considera parte del bloque de constitucionalidad en cuanto hace parte de lo que se conoce como el derecho internacional consuetudinario, y tiene una fuerza persuasiva importante sobre la protección de los derechos en los países miembros. (Parra, 2003).

Sin embargo, la definición del derecho a la salud como el “goce del grado máximo de salud” queda un poco vaga en el texto de la OMS, por lo cual es definida más ampliamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), expedido en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Pacto, en su artículo 12 reza lo siguiente:

- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Ahora bien, aunque el PIDESC define en mucho más detalle el derecho a la salud, no logra llenar todos los vacíos de interpretación, por lo cual el Comité de DESC de las Naciones Unidas expide en el año 2000 la Observación General número 14, que busca aclarar cuál es el alcance de esta definición y resolver algunas dificultades que se habían encontrado en la interpretación del artículo 12 del PIDESC. Dada la importancia de las anotaciones de esta observación, es pertinente citar textualmente algunos de los aspectos mas relevantes para esta discusión:

“8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.”

“9. El concepto del "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. (...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. (...). Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”

“43. (...) el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;

c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población (...).”

“44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes:

a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;

c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;

d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;

e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.”

De lo aclarado en la observación general número 14 se infiere que hay una serie de obligaciones de los Estados signatarios, tanto en materia de prevención de la enfermedad y promoción de la salud, como en materia de atención básica y en especial para grupos de población vulnerables. El reconocimiento explícito de las restricciones presupuestales está claro cuando dice que “...un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano.” Esta aseveración deja entrever que hay un conflicto entre el derecho a la atención curativa y de rehabilitación, que también es reconocido en la observación general número 14, y las posibilidades fácticas de dar respuesta a ese derecho dentro de los recursos disponibles.

También es importante resaltar, que tanto el PIDESC como la observación general número 14 enfatizan mucho más las acciones en salud de tipo preventivo, de promoción, de salud pública, y de atención básica, mientras la atención curativa y de rehabilitación es mencionada de manera breve. Esta ponderación por énfasis, como se verá más adelante, no resulta siendo igual en la práctica, pues la atención curativa y de rehabilitación termina teniendo una mayor ponderación, y a la vez, debido a la restricción presupuestal, termina restándole importancia a las otras acciones a las que se da mayor énfasis en el texto.

Otro componente importante del bloque de constitucionalidad es el protocolo de San Salvador. En las mismas líneas del PIDESC, el artículo 10 de este protocolo compromete a los países firmantes a reconocer la salud como un bien público y a adoptar medidas que corresponden más a la atención básica y de promoción y prevención que a la atención médica curativa de alta complejidad.

Un elemento que aparece expresamente señalado es el de la atención primaria de la salud, la cual es definida como “la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad”. Sin embargo, aunque el concepto de *esencial* no es definido en el texto del protocolo, sí es definido el parágrafo 43 de la observación general número 14 como las intervenciones mínimas que garantizan un nivel de salud mínimo común para todos. A pesar de esta claridad, otras interpretaciones toman como esencial la atención para preservar la vida en condiciones en que ésta está en riesgo. Las implicaciones de las dos interpretaciones del concepto de esencial, como se verá más adelante, llevan a conclusiones completamente diferentes y que están en el corazón del conflicto entre el individuo y la sociedad a la hora de distribuir los recursos limitados para la protección del derecho a la salud.

1.2. Cómo los acuerdos internacionales son incorporados a las Constituciones

Los elementos del bloque de constitucionalidad que se relacionan con salud, son incorporados en las constituciones de los países signatarios de diferentes maneras. Una exhaustiva revisión de las Constituciones de todos los países del mundo (Kinney y Clark, 2004), muestra que un 67.5% de éstas tienen consideraciones explícitas sobre salud y atención en salud. En el resto de Constituciones, aunque no hay una mención explícita es evidente que hay un compromiso con la garantía del derecho a la salud, lo que lleva a los autores a concluir que la real garantía del derecho a la salud no necesariamente se correlaciona con el compromiso explicitado en el texto constitucional.

Un ejemplo muy ilustrativo es el caso del Reino Unido, cuya Constitución no menciona el derecho a la salud o a la atención en salud, pero cuenta con un sistema público que garantiza cobertura universal y que arroja resultados en salud y en acceso a los servicios de salud muy satisfactorios, tanto a nivel agregado como en términos de su equitativa distribución. En el sentido opuesto, los autores citan el caso de Haití, cuya Constitución es vehemente en el reconocimiento del derecho a la salud, pero no logra hacer realidad dicho compromiso.

Lo anterior hace pensar que la poca correlación entre textos constitucionales y garantía efectiva del derecho a la salud hace menos probable aún que haya alguna relación en lo que el texto dice y lo que en efecto se cumple. Es decir, el hecho de que, existiendo un texto constitucional sobre el derecho a la salud, sea más amplio en un país que en otro, no implica que el derecho a la salud se garantice con la misma diferencia de intensidad que refleja el texto.

En cambio, existen elementos de desarrollo de la Constitución que hacen efectiva la protección del derecho, y estos son los que en últimas determinan qué tan lejos llega un país dado en dicha protección. El caso de Chile, con la introducción del plan AUGE, muestra cómo a pesar de que la Constitución ordena el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, ello no implicaba una garantía concreta del derecho a nivel de las ISAPREs y el Fonasa. Por esta razón se creó el plan AUGE, el cual obliga a los administradores de planes de beneficios a garantizar el acceso a los beneficios allí listados, con unos términos explícitos de acceso, oportunidad, calidad, y protección financiera. Antes de la introducción del AUGE, algunos planes de salud no incluían los items listados en este nuevo plan universal, y los administradores de planes de beneficios podían dilatar la prestación de ciertos servicios e incluso interponer barreras de acceso, limitando así la garantía del derecho Constitucional.

En el caso de México, donde se origina la figura del recurso de amparo desde mediados del siglo diecinueve, la justiciabilidad de los derechos emanados de la Constitución parece estar limitada por la interpretación de los jueces en el sentido de proteger solo aquellos derechos que están expresados en leyes y no simplemente los que están expresados en la Constitución (Aramburu, 2005). Esto representa un escollo para la defensa de los derechos fundamentales, pues los compromisos derivados de los instrumentos internacionales están supeditados a las restricciones del legislador ordinario.

En el caso de Argentina, la Constitución se limita a reconocer los tratados y acuerdos internacionales, entre ellos el PIDESC, con lo cual define de manera implícita el alcance del derecho a la salud. Pero las herramientas programáticas que desarrolla el Estado no necesariamente conducen a la garantía del derecho con la misma intensidad que en el caso chileno. En primer lugar, aunque existe un Plan Mínimo Obligatorio que deben ofrecer todas las Obras Sociales, cuando un individuo exige intervenciones que superan ese plan mínimo pero que están contempladas como derecho, cuentan con el Recurso de Amparo, el cual es una herramienta general para exigir muchos otros derechos pero no contempla unos términos perentorios ni unas obligaciones explícitas. Esto hace que dicho recurso termine siendo una herramienta de justiciabilidad del derecho más bien limitada. De hecho, Torres y cols (2004) muestran que de 708 casos de recursos de amparo interpuestos contra las obras sociales por falta o defecto de cobertura, solo 91 (el 12,8%) tienen sentencia a favor o en contra de la obra social implicada.

En el caso de Colombia, el texto constitucional es bastante extenso en comparación con la mayoría de las Constituciones de Latino América, pero su sola redacción no explica los niveles de exigibilidad que hoy en día tiene el derecho a la salud en este país. Como elementos que desarrollan el derecho constitucional, la Acción de Tutela surge como una herramienta explícita, con términos de tiempo establecidos en la ley, y que ha servido para garantizar la justiciabilidad del derecho a la salud, y de los demás derechos fundamentales.

Adicionalmente, la definición de un plan de beneficios en términos de una lista positiva, le explicita al individuo que hay intervenciones que puede exigir directamente, sin necesidad de recurrir a la interpretación de una norma de carácter general. Estas características de la justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia, serán analizadas en el capítulo segundo, pero cabe citar aquí lo que señaló Rodolfo Arango a los demás países de Latino América en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales en México: “La recomendación es en el sentido de observar el caso colombiano como un caso excepcional en el cual, gracias a una serie de factores se logró una Constitución sustantiva, con gran contenido en materia de protección y, al mismo tiempo, unos mecanismos de acción y de justicia constitucional efectivas que ayudan a la consecución de estos derechos” (Arango, 2005).

En los cuatro casos anteriores, es claro pues que la diferencia en la justiciabilidad del derecho a la salud no la hace la inclusión en el texto constitucional de los elementos del bloque de constitucionalidad, ni la extensión con que éstos se incluyen en dicho texto, sino las herramientas programáticas que lo desarrollan.

Por último, un punto que vale la pena resaltar es que los textos constitucionales en los países de América Latina han tenido evoluciones recientes muy relevantes para la justiciabilidad de los DESC. Durante las décadas de los ochenta y noventa, tuvieron lugar reformas constitucionales en muchos países, las cuales llevaron a la inclusión explícita de los DESC en muchas de ellas, y al reconocimiento de la obligación del Estado frente al derecho a la salud (Kinney y Clark, 2004). Esta evolución reciente abrió el espacio para que mediante el uso de herramientas programáticas se hiciera realidad el derecho a la salud,

pero, como se vió anteriormente, el desarrollo de estas herramientas programáticas ha sido variado en los diferentes países.

1.3. Implicaciones de los mandatos constitucionales sobre los DESC, y específicamente sobre el derecho a la salud

El reconocimiento de los DESC responde a una visión igualitarista de los derechos, según la cual, no basta el enfoque libertario de los derechos de no interferencia a la libertad y a la propiedad privada, y la igualdad de todos los individuos en estas dos materias, sino que es necesario garantizar que los individuos tengan reales oportunidades de llevar a cabo su plan de vida. Esta diferencia es crucial, en cuanto genera una obligación del Estado en la redistribución de las dotaciones de los individuos, de manera que se compensen los injustos resultados de lo que Rawls (1971) llama la “lotería natural”.

Pero tanto el enfoque libertario como el igualitarista se enfrentan a la restricción presupuestal del Estado, que ejerce como garante de estos derechos. En el caso de los derechos de primera generación, la restricción presupuestal no es tan determinante como en los DESC, puesto que las acciones negativas de abstención por parte del Estado no están sujetas a restricciones presupuestales, y son co-positibles, es decir, benefician simultáneamente a todos los individuos. Por ejemplo, en la garantía del derecho a la libertad, el Estado garantiza este derecho a todas las personas por el simple hecho de no efectuar detenciones arbitrarias. Pero hay circunstancias en las que las obligaciones negativas del Estado pueden estar limitadas por restricciones presupuestales, como por ejemplo, cuando no logra reducir los índices de homicidio a cero. En este caso, se requeriría de recursos cuantiosos para lograr dicho objetivo, lo cual evidentemente no es posible, es decir, la restricción presupuestal impide la garantía absoluta del derecho a la vida, porque no es posible reducir las tasas de homicidio a cero.

Ahora bien, la restricción presupuestal tiene implicaciones mucho más sensibles cuando toca los DESC. Mientras en la garantía de los derechos de primera generación es mucho más factible avanzar, dentro de la restricción presupuestal, mediante acciones de abstención por parte del Estado, la garantía de los DESC implica en mayor medida acciones positivas por parte del Estado. Es decir, la restricción presupuestal es mucho más determinante en la garantía de los derechos positivos que en la de los derechos negativos. Como se planteó arriba, la separación entre aspectos negativos y positivos en los derechos de primera y segunda generación, no es categórica sino de grado. Pero es evidente que la restricción presupuestal es más determinante en los de segunda generación, lo que se refuerza por el hecho de que en los tratados internacionales su protección se entiende como una obligación progresiva y no absoluta, como en los de primera generación.

Nozick (1974) señala que los derechos deben ser entendidos como restricciones al actuar de los individuos, y no como fines en sí mismos, pues esto llevaría a lo que él llama el “utilitarismo de los derechos”. Esto ocurriría porque si se aceptara que en ciertas circunstancias se justifica violar los derechos de alguien para garantizar una mayor protección al resto de la sociedad, la sociedad caería en el cálculo consecuencialista de cómo minimizar la violación a los derechos, de modo que la protección agregada de éstos sea la máxima posible.

Aunque Nozick plantea su argumento en referencia a los aspectos negativos de los derechos, este razonamiento se puede aplicar igualmente a la garantía de los aspectos positivos de los derechos, y especialmente a los de segunda generación. Si se entienden los DESC como fines en sí mismos, la inevitable restricción presupuestal a que su garantía está sometida, específicamente en su esfera positiva, obliga a que la sociedad se ocupe del cálculo consecuencialista que permita saber cómo maximizar la protección a estos derechos.

Aunque este argumento resulta contundente, el hecho de que la restricción presupuestal imposibilite la garantía absoluta y universal de los DESC no implica necesariamente que el Estado no deba avanzar en ese objetivo. Lo que sí es claro es que el utilitarismo de los derechos positivos es una consecuencia inevitable del hecho de que los recursos son finitos, y por lo tanto deben establecerse unos principios y unos procesos que lleven a que la priorización que se haga de los recursos disponibles genere el mayor bienestar agregado posible.

Esta perspectiva consecuencialista de la asignación de recursos en función de un resultado, también es abordada por Sen (2000), quien reconoce que las restricciones de recursos deben obligar a un cálculo consecuencialista, pero sin desconocer los peligros que esto podría acarrear en cuanto al espacio que abre para la dictadura de las mayorías. En relación con el derecho a la salud, su argumento de permitir a los individuos escapar a la morbilidad evitable y a la mortalidad prematura como condiciones para el ejercicio de la libertad, no es absolutista en cuanto permite limitar el derecho a la salud por los conflictos que surgen frente a la imposibilidad de satisfacer todos los derechos a todas las personas. El admitir esta limitación equivale a aceptar la necesidad un cálculo consecuencialista que proteja los derechos en función de un resultado a nivel agregado.

Un elemento importante que se deriva de esta reflexión, es que los derechos de primera y de segunda generación tiene dimensiones diferentes en cuanto a su justiciabilidad. Cuando se habla de las facetas negativas de los derechos de primera generación, en tanto éstas no están sometidas a restricciones presupuestales, su justiciabilidad es clara porque hay un mínimo absoluto que es exigible: la no violación del derecho. En cambio en los derechos de segunda generación, en su faceta positiva, la restricción presupuestal no permite que haya un máximo absoluto que sea exigible, por lo cual no podría reclamarse su justiciabilidad. Por esta razón, es necesario que se establezcan unos mínimos que sean justiciables en todas las circunstancias, sin lugar a consideraciones de restricción presupuestal (De Roux y Ramírez, 2004), mientras que aquello que supere este mínimo no sería justiciable.

Ahora bien, volviendo al argumento de maximizar el bienestar agregado, queda sobre la mesa el problema de cómo medirlo. En el caso específico de la salud, los intentos de medición como los QALYs o los DALYs muestran limitaciones difíciles de superar, no tanto en sus aspectos metodológicos como por las variables del contexto político que no logran ser captadas por estas mediciones (Goddard et al, 2006). En un nivel mucho más general, el enfoque económico es criticado por varios autores en cuanto sobresimplifica el objetivo del sistema de salud como la maximización del nivel de salud agregado, mientras

puede que existan otras prioridades por fuera del análisis económico. Rudolf Klein anota, en un diálogo editorial con Alan Williams, que estos objetivos diferentes a la perspectiva biomédica pueden ser la maximización de la sensación de protección, o la maximización de un estado subjetivo de salud que no necesariamente coincida con el del enfoque biomédico (Klein y Williams, 2000).

Teniendo en cuenta las limitaciones de estas mediciones y las dificultades metodológicas para resolverlas, se podría asumir para el siguiente análisis, que es posible lograr un contrato social que busque maximizar el nivel de salud, comoquiera que ésta se defina, que permite implementar un racionamiento explícito. Dado este contrato social, sería necesario buscar cómo maximizar ese objetivo con los recursos disponibles. Sin embargo, dado que la mayor cantidad de recursos del sector se dedican a la prestación de servicios de salud, la disponibilidad de recursos opera como una restricción a las posibilidades de acceso de las personas a dichos servicios, por lo cual podría decirse que este análisis se basa en la concepción biomédica del sistema de salud.

Este supuesto no resulta inadecuado para países en desarrollo, pues los niveles de acceso distan mucho de los observados en países desarrollados. Por esta razón no es tan desacertado enmarcar este análisis en el enfoque biomédico, como posiblemente sí sería desacertado hacerlo en países como los europeos, pues en éstos se ha superado un nivel mínimo de acceso, que permite que las funciones sociales de otra índole de los servicios de salud, empiecen a desempeñar un rol más protagónico. El siguiente análisis parte entonces del supuesto de que en los países en desarrollo prima el enfoque biomédico de los servicios de salud.

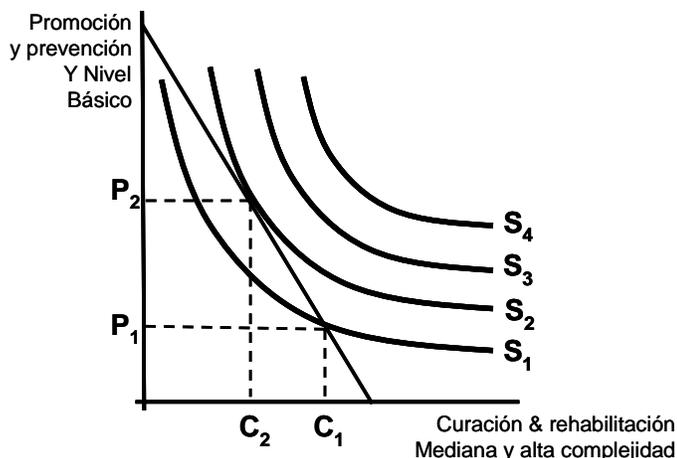
Si se asume que los recursos dedicados al sector de la salud muestran rendimientos marginales decrecientes, y que las necesidades del sector deben sopesarse con las demás necesidades de la economía, es claro que hay un nivel en el que se equilibran el gasto en salud y el gasto en los demás bienes, nivel éste que maximiza el bienestar agregado. Un gasto en salud que supere este nivel de equilibrio, implicaría gastar menos en los demás bienes de la economía y así se disminuiría el bienestar agregado.

Este mismo argumento se puede utilizar para plantear la situación al interior del sector de la salud: Para el efecto, las acciones en salud se pueden agrupar en dos tipos: las de corte curativo y de rehabilitación, de mediana y alta complejidad (CRMA); y las de promoción y prevención y atención curativa de nivel básico (PPB). Es claro que debe haber una combinación óptima de los dos tipos de intervenciones, que genere el mayor nivel agregado de salud que es posible, dada una restricción presupuestal. En la medida en que en uno de los tipos de intervenciones se gaste más de lo que corresponde a su nivel de gasto en la combinación óptima, el otro tendrá que reducir sus recursos disponibles y el nivel de salud agregado será menor. Esta tensión (*trade-off*) entre los dos tipos de intervenciones en salud se ilustra en el gráfico 1. Allí se muestra claramente que la combinación entre CRMA y PPB que permite llegar al nivel máximo de salud, es P2C2. Sin embargo, un mayor gasto en CRMA implica gastar menos en PPB, puesto que la restricción presupuestal no se modifica. La combinación resultante, P1C1, que es la que típicamente prevalece en los sistemas de salud en el mundo, no permite llegar al nivel máximo de salud.

Ahora bien, qué determina que la distribución sea P2C2 o P1C1? Suponiendo que el máximo nivel de salud sea un valor de la variable hipotética y universalmente aceptada que sustituye a los QALYs o DALYs, no habría duda de que la sociedad buscaría unánimemente dicho nivel máximo de salud. El problema radica en que no hay unanimidad en la variable hipotética, y menos aún en su valor óptimo, puesto que el concepto de salud tiene significados muy diferentes para grupos diferentes de personas.

Gráfico 1.

Función objetivo, restricción presupuestal, y eficiencia de asignación.



Dependiendo de cuál sea el significado de salud y del derecho a la salud para cada grupo de personas, el resultado variará entre P2C2 y P1C1. Por ejemplo, si se entiende la salud como un derecho colectivo que se mide a nivel agregado, probablemente el resultado será P2C2. Pero, para el individuo, lo que cuenta es satisfacer al máximo sus necesidades en materia de atención médica. Cuando estos dos extremos se enfrentan al problema de maximización del nivel de salud como el que se muestra en el gráfico 1, el resultado no puede ser el mismo. Desde el punto de vista colectivo, el ideal sería P2C2, pero desde el punto de vista individual podría ser P1C1.

Incluso desde el punto de vista de Sen, es claro que su admisión del cálculo consecuencialista debería llevar a una distribución como P2C2, pues esta maximizaría el nivel de salud al reducir la morbilidad evitable y la muerte prematura. Pero es evidente que las acciones en salud que contribuyen en mayor medida a ese resultado son precisamente las de tipo PPB y no las de tipo CRMA.

Lo que determina cuál de los dos puntos es el que prevalece, si P2C2 o P1C1, es la forma como se materializa la garantía del derecho a la salud. Si ésta se hiciera de forma centralizada, con la autoridad de un “dictador benévolo” que sopesara todas las necesidades de los individuos, y sus decisiones fueran aceptadas sin objeciones por toda la sociedad, probablemente se lograría el nivel máximo de salud desde el punto de vista de tal “dictador benévolo”.

Pero ésta no es la manera como se materializan los derechos en una democracia. Ni siquiera se podría defender la idea de que un grupo de expertos definan lo que mas le conviene a la población, de acuerdo a la mejor teoría disponible (De Roux y Ramírez, 2004). En una democracia directa se entiende que es el individuo el que exige los derechos dentro del marco de garantías constitucionales que lo protegen. Aquí se regresa al punto sobre el utilitarismo de los derechos, y el argumento cae en una paradoja difícil de romper:

- 1) Los individuos son sujetos del derecho a la salud y tienen mecanismos para exigirlo.
- 2) Los individuos exigen la materialización del derecho a la salud en función de sus necesidades personales de atención médica, y no en función de un nivel agregado de salud.²
- 3) Los recursos para satisfacer ese derecho son escasos.
- 4) Debe haber una norma para la distribución de los recursos escasos que permita maximizar el nivel agregado de salud. Pero
- 5) para aplicar esta norma sería necesario violar el derecho del individuo a exigir la protección del derecho a la salud en función de sus necesidades personales. Esta paradoja se ilustra en el Cuadro 1.

Es interesante anotar que precisamente por considerarse como un derecho, la salud no está sometida al sistema de precios, lo que implica que los individuos pueden acceder a la atención sin importar la capacidad de pago. Pero como la restricción presupuestal sigue estando intacta en el macro-nivel y en el meso-nivel, la ausencia del sistema de precios obliga a apelar a normas e instituciones que reemplazan el mercado, para poder llegar al punto de optimización de la función objetivo, es decir, el punto P2C2 en el gráfico 1. Pero es inevitable que en su función de racionamiento, estas normas e instituciones terminen envueltas en la paradoja descrita en el cuadro 1.

² En este punto quizá el argumento de Klein (Klein y Williams, 2000) se muestra débil, pues, como se comentó arriba, en países en desarrollo, en comparación con los países desarrollados, es muy limitada la satisfacción de las necesidades de salud de la población. Por eso no resulta aventurado decir que en estos países de menos ingreso prima la visión biomédica del sistema de salud.

Cuadro 1.
La paradoja del utilitarismo de los derechos

- 1) Los individuos son sujetos del derecho a la salud y tienen mecanismos para exigirlo.
 - 2) Los individuos exigen la materialización del derecho a la salud en función de sus necesidades personales de atención médica, y no en función de un nivel agregado de salud.
 - 3) Los recursos para satisfacer ese derecho son escasos.
 - 4) Debe haber una norma para la distribución de los recursos escasos que permita maximizar el nivel agregado de salud.
- Pero
- 5) para aplicar esta norma sería necesario violar el derecho del individuo a exigir la protección del derecho a la salud en función de sus necesidades personales

De otra parte, cuando se revisan los enunciados del PIDESC, de la Observación General #14 y en general de todas las declaraciones sobre DESC que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es evidente que todas las facetas de estos derechos son consideradas igualmente importantes, es decir, cualquier faceta del derecho a la salud es igualmente exigible. Pero aún si se considera que el énfasis que estas normas dan a ciertos aspectos demuestra un mayor interés en algunos de ellos que en otros, se podría decir que hay una cierta ponderación de la importancia de los derechos. Específicamente, hay un énfasis mayor en las acciones de tipo PPB, mientras que las acciones de tipo CRMA tienen un énfasis menor.

Es evidente que cuando la observación general #14 señala que ningún Estado "...puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano" está reconociendo que hay una restricción presupuestal y que las acciones de tipo PPB y CRMA no se pueden llevar a cabo infinitamente, como si no existiera tal restricción. Pero como la exigibilidad del derecho a la salud tiene lugar a nivel del individuo, es apenas lógico que teniendo un menú de derechos, e independientemente de que las normas internacionales den un mayor énfasis a las acciones de tipo PPB, éste exigirá solamente aquellos que lleven a satisfacer sus necesidades de atención médica, y particularmente aquellas que le causarían una catástrofe financiera si las tuviera que pagar de su bolsillo. En consecuencia, mientras todos los derechos son igualmente exigibles, el individuo solo exige efectivamente los de tipo CRMA, conllevando a que la distribución de recursos muestre el patrón P1C1 en el gráfico 1.

Pero el hecho de que el individuo exija el derecho a la salud en función de sus necesidades personales y no de las colectivas, y en este ejercicio desconozca la restricción presupuestal, no implica que el problema a nivel agregado se tenga que mirar con la misma perspectiva, pues a este nivel lo que hay es un problema de justicia distributiva. Sin embargo, el

desconocimiento de la restricción presupuestal dentro del marco inescapable del utilitarismo de los derechos, es una omisión importante en muchos de los actores que participan en el debate sobre el derecho a la salud a nivel internacional.

Por ejemplo, en un documento que resume la situación del derecho a la salud en América Latina (ALAMES, 2005), la Asociación Latino Americana de Medicina Social plantea sólidos argumentos en pro del derecho a la salud pero no menciona las restricciones presupuestales, lo cual parece implicar que su exigibilidad es absoluta y no hay lugar a consideraciones distributivas. Esta posición plantea una visión absolutista de un derecho positivo y además lo pone como objetivo y no como restricción al actuar de los individuos, lo que hace caer el argumento en la paradoja del utilitarismo de los derechos. El argumento termina así yéndose en contra del mismo discurso absolutista de los derechos positivos, pues en la práctica es imposible que exista una garantía total y universal.

Ahora bien, aunque los derechos sean igualmente exigibles y los individuos tengan el mismo derecho a exigirlos, es evidente que la capacidad de exigir no es la misma en todos los niveles de la sociedad. Los grupos sociales de ingresos más bajos y con mayores limitaciones en su capacidad de interactuar con la sociedad y el Estado, son precisamente los que menos exigen sus derechos. En consecuencia, la exigibilidad termina siendo ejercida por grupos sociales de mejor posición, exacerbando así la brecha de inequidad. Mientras más herramientas se den para hacer exigibles los derechos, pero no se modifiquen las diferencias en la forma como unos y otros los exigen, simplemente se terminará favoreciendo el acceso de los más privilegiados, a expensas de los más vulnerables.

En síntesis, los diferentes enfoques sobre la protección del derecho a la salud ponen de manifiesto un conflicto entre el bien individual y el bienestar agregado, que no se resuelve con la mera elevación del derecho individual a la categoría de derecho absoluto. La negativa a reconocer este conflicto y a adoptar medidas que permitan abordarlo de manera razonable, atenta contra la misma garantía del derecho pues lleva a un racionamiento de facto en el que los grupos más vulnerables quedarán excluidos, mientras los grupos mejor organizados para defender sus derechos seguirán captando una mayor proporción de la restricción presupuestal.

1.4. Una excepción: el caso de Suráfrica

Un caso interesante que muestra interpretaciones diferentes a la justiciabilidad de los DESC, es el de la Corte Constitucional de Suráfrica, que se aleja de la visión individualista de la protección de los derechos. Un hecho específico ocurrió por la petición de un paciente con falla renal crónica para que le fuera prestado el servicio de diálisis en un hospital de Durban.³ A pesar de que los protocolos de acceso a diálisis renal restringían este servicio solamente para pacientes en falla renal aguda, o en falla renal crónica que fueran elegibles para trasplante, este paciente, que no cumplía ninguno de los dos criterios, exigió, amparándose en la Constitución, la protección del derecho a la salud.

³ Este relato se basa en la sentencia CCT 32/97 de la Corte Constitucional de Suráfrica.

La Corte negó la petición del paciente con argumentos como la irreversibilidad de la falla renal terminal, y el costo de oportunidad que se generaría al darle prioridad a este paciente dejando por fuera otro paciente que cumpliera las condiciones establecidas en los protocolos de acceso. En este punto posiblemente hay una diferencia importante con el racionamiento invisible, pues es claramente observable y verificable, que al entrar un paciente al programa de diálisis es automáticamente necesario sacar otro. Sin embargo, la Corte va aún más lejos al reconocer el costo de oportunidad que generaría ampliar los horarios de operación de las unidades de diálisis para poder atender más pacientes, pues esto requeriría recursos para pagar personal médico y de enfermería. Este argumento sí se refiere al racionamiento invisible y acepta explícitamente que prestar servicios de diálisis y otros servicios de alto costo a todos los pacientes que los necesitan, causaría un impacto negativo muy fuerte sobre los recursos para atención básica y de promoción y prevención.

En la misma sentencia, el magistrado J Sachs plantea lo siguiente: “En todas las sociedades abiertas y democráticas basadas en la dignidad, libertad e igualdad (...), el racionamiento del acceso a recursos para prolongar la vida se considera parte integral a, y no incompatible con, un enfoque de salud como derecho humano”. Y en otro aparte de su declaración plantea un argumento que va en línea opuesta al de la Corte Colombiana sobre la conexidad: “Comoquiera que se defina el derecho a la vida en Suráfrica, no hay en realidad una forma significativa en que éste se pueda constitucionalmente extender para cobijar el derecho indefinido a evadir la muerte.”

2. La justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia

El texto de la Constitución Política de Colombia, al adoptar el bloque de constitucionalidad de las normas internacionales, refleja los conflictos que se plantean en el capítulo primero de este documento. Como se mencionó arriba, la extensión o el énfasis que caracteriza el texto constitucional no se correlaciona necesariamente con la efectividad de la protección del derecho a la salud, sino que existen variables al interior del país, tanto de tipo judicial como de otro tipo, que determinan qué tan efectiva es dicha protección.

2.1. Los textos constitucionales relacionados con el derecho a la salud

La Constitución explicita el reconocimiento al derecho a la salud y a la seguridad social en los artículos 44, 47, 48, 49 y 50, los cuales se encuentran en el capítulo 2, que desarrolla los derechos sociales, económicos y culturales. El artículo 44 define el derecho a la salud de los niños. El artículo 47 define el derecho a la salud de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y les garantiza la atención especializada que requieran. El artículo 48 define el derecho a la Seguridad Social, pero lo establece como una meta, y le ordena al Estado ampliar progresivamente la cobertura. El artículo 49 es el que más explícitamente define el derecho a la atención en salud, en los términos acordes con las normas internacionales analizadas en el capítulo 1 (acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud). El artículo 50 establece la atención gratuita en instituciones del Estado, para menores de un año que no tengan cobertura de Seguridad Social.

Al estar ubicados en el capítulo segundo de la Carta, estos derechos se entienden como prestacionales y se admite que están sometidos a la disponibilidad de recursos, pero se obliga al Estado a establecer mecanismos para que la protección sea progresiva. La admisión de la restricción presupuestal a la que se subordinan los derechos prestacionales, pone a éstos en una jerarquía inferior a los derechos fundamentales, pues éstos últimos no están subordinados a restricciones presupuestales. No obstante, aún dentro del capítulo segundo de la Carta, el artículo 44 hace explícito que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental, es decir, es prevalente frente a los derechos de los demás y no hay lugar a consideraciones de restricción presupuestal

Otro aparte de la Constitución que tiene relación con el derecho a la salud, es el reconocimiento de la circunstancia de debilidad manifiesta expresada en el inciso tercero del artículo 13. Este argumento ha sido acogido especialmente en el caso de individuos que buscan la protección del Estado por su condición de salud, la cual típicamente es de gravedad, o requiere de dinero en cantidades que un hogar no puede sufragar. La protección de estos individuos implica, obviamente, la prestación de servicios curativos de mediana y alta complejidad, lo que, de nuevo, conlleva a que se dé primacía al interés individual frente al colectivo.

2.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud

La interpretación que la Corte Constitucional ha hecho acerca de los textos constitucionales sobre el derecho a la salud ha sido consistente desde la adopción de la nueva Carta en 1991, aunque ha ido evolucionando un poco. La jurisprudencia es muy amplia con relación a diferentes aspectos del derecho a la salud, pero para efectos de este documento se abordarán los aspectos esenciales que tienen relación con la exigibilidad del derecho a la salud.⁴

El primer hito en la interpretación del derecho a la salud consistió en extender el concepto de derecho fundamental para aplicarlo a los derechos prestacionales. Esta interpretación, conocida como “derecho fundamental por conexidad” argumenta que un derecho de tipo prestacional puede convertirse en derecho fundamental cuando de su negación se deriva la vulneración o amenaza a un derecho fundamental. El caso más común es el de la negación de un servicio de salud o un medicamento por no estar incluido en los planes de beneficios, negación que trae como consecuencia la pérdida irreparable de la integridad física o de la vida misma, que son derechos fundamentales.⁵

En este caso, es claro que el plan de beneficios es una herramienta programática que se sustenta en la obligación progresiva del Estado de garantizar el derecho a la salud, y que en efecto no es un plan de cobertura ilimitada. En consecuencia, si los límites que éste plan establece se observan rigurosamente, se generan situaciones en las que ocurren violaciones a los derechos fundamentales, cayendo así en la paradoja descrita en el cuadro 1. La Corte

⁴ Para una revisión amplia de todos los temas en la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la salud, véase Parra (2003).

⁵ Parra (2003) muestra que el concepto de derecho fundamental por conexidad aparece ya en la sentencia T-406 de 1992.

ha argumentado reiteradamente que la violación del núcleo esencial del derecho no es aceptable, argumento que termina aplicándose en todos los casos por igual, lo cual desvirtúa el plan de beneficios como herramienta programática, y en lugar de esto, da prioridad a la protección del derecho a nivel individual.

Otro concepto clave en la garantía del derecho a la salud, ha sido el concepto de derecho fundamental autónomo. Este concepto implica que si hay un plan de beneficios que el Estado ha diseñado para desarrollar el derecho a la salud como derecho prestacional, el individuo adquiere el derecho a lo que este plan de beneficios incluye. En el evento de que una EPS o ARS niegue un servicio que está incluido en el plan de beneficios, se materializa una violación a unos contenidos precisos del derecho, por lo cual el individuo puede demandar la protección del mismo. En este caso no es necesario demostrar la relación con un derecho fundamental, pues la negación del derecho a algo incluido en el plan de beneficios es un derecho fundamental autónomo. Este es otro elemento *sui-generis* que hace la diferencia con otros países que aparentemente tienen el mismo compromiso con la protección del derecho a la salud, pero que no tienen un referente concreto como el plan de beneficios en Colombia.

2.3. La Acción de Tutela

La figura de la Acción de Tutela fue creada en la Constitución de 1991 para garantizar la defensa inmediata de las personas cuando les son vulnerados o amenazados derechos fundamentales. Este recurso es un mecanismo expedito creado para proteger los derechos fundamentales cuando hay un hecho sobreviniente que genera una amenaza a ellos. La aplicabilidad de la Acción de Tutela está sujeta a que no haya otros mecanismos jurídicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales, por lo menos en los mismos términos en que tiene lugar el hecho sobreviniente. Es decir, si a una persona se le está amenazando un derecho fundamental, y la amenaza se pudiera materializar antes de que la persona culmine un proceso judicial ordinario para proteger su derecho, puede acudir a la Acción de Tutela como el mecanismo de protección temporal que le permite evitar esa situación.

Pero además de su uso en la protección del derecho fundamental por conexidad, la Acción de Tutela ha sido también utilizada con mucha frecuencia bajo el argumento del derecho fundamental autónomo. La sentencia T-859/03, dice que “tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” En este caso, el servicio de salud está incluido en los planes de beneficios, pero el administrador de planes de beneficios (APB) no lo presta, bien porque no tiene oferta suficiente y se ve obligado a poner a sus afiliados en listas de espera, o bien porque considera que no está incluido en el plan de beneficios. Surge aquí una dificultad de interpretación que subyace a muchas de las Acciones de Tutela interpuestas por afiliados a la seguridad social, pues mientras el APB considera que la intervención no está incluida o no se justifica (así esté incluida), el juez de tutela puede considerar que sí está o que sí se justifica. Estas diferencias surgen por la imposibilidad de crear una lista positiva con límites precisos, pues

sería necesario no solo establecer qué intervenciones están incluidas sino también establecer para qué casos específicos se incluyen, lo que se conoce como “pares diagnóstico-intervención.”

2.4. El interés particular versus el interés general

De la argumentación anterior se podría concluir que la Constitución Política de Colombia no da lugar a consideraciones distributivas en la asignación de los recursos escasos para garantizar el derecho a la salud, y que el texto de la Carta conduce inexorablemente a una priorización en función del bienestar individual y en contra del bienestar agregado, tal como lo ilustra el punto P1C1 del gráfico 1.

Sin embargo, la misma Carta Magna tiene elementos que harían pensar que sí hay consideraciones distributivas. Con respecto al interés general, los siguientes artículos demuestran la existencia de estas consideraciones:

- En el artículo primero, que señala la prevalencia del interés general como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.
- El artículo 16, que establece que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está limitado por los derechos de los demás
- El artículo 58, que reconoce la prevalencia del interés público o social sobre el interés privado, cuando en la aplicación de una ley de interés social resultaren en conflicto estos dos intereses.
- El artículo 366 reafirma lo establecido en el artículo primero, en cuanto a que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades sociales del Estado.”

Estos apartes de la Constitución se complementan con otros que introducen consideraciones de eficiencia:

- El artículo 48 señala la eficiencia como uno de los principios de la Seguridad Social
- El artículo 49 reafirma el principio de eficiencia, cuando se refiere a los principios que rigen la prestación de los servicios de salud.

Ahora bien, con respecto al principio de eficiencia, la Carta Magna no es clara sobre si se refiere al concepto de eficiencia técnica, económica o de asignación. Esta indefinición es crucial, pues la eficiencia de asignación supone restricciones al derecho a la salud en función de un resultado agregado en salud óptimo (el punto P2C2 del gráfico 1), mientras que si se entiende este principio como el de eficiencia técnica o económica, solamente se refiere a la generación del máximo producto posible dado unos insumos. En el segundo caso, no es necesario pensar en restricciones al derecho a la salud, pues si acaso las hubiere, podría resolverse dedicando recursos indefinidamente al sector de la salud, y el principio de eficiencia se cumpliría siempre que se esté produciendo el máximo *output* posible con los recursos disponibles.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 entra a definir el principio de eficiencia que queda indefinido en la Constitución. El artículo 2 de esta ley dice que eficiencia... “Es la mejor

utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.” Esta definición parece aproximarse más hacia el concepto de eficiencia técnica que de eficiencia de asignación, a menos que se interprete que el mayor nivel posible de salud agregada sea uno de los beneficios a que da derecho la seguridad social.

Según lo anterior, si estos son los elementos que la Constitución aporta para buscar un equilibrio entre el interés particular y el general, porqué ha primado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la protección del interés particular?

2.5. El criterio médico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Antes de abordar la pregunta de porqué la Corte no toca principios constitucionales relacionados con consideraciones distributivas, vale la pena señalar un punto clave en la jurisprudencia de la Corte: el supuesto incontestable del concepto médico. La Corte es repetitiva en sus sentencias, en señalar que el hecho de que el médico ha ordenado una intervención o medicamento, es criterio necesario y suficiente para reconocer que hay una necesidad por satisfacer, y que su no satisfacción implicaría la violación de un derecho fundamental, bien sea autónomo o por conexidad.

Sin embargo, el concepto médico como criterio para la asignación de recursos escasos, no permite el logro de la eficiencia de asignación que ilustra el punto P2C2 del gráfico 1. Esto porque el médico basa su proceso decisorio en una relación riesgo-beneficio, que busca optimizar el resultado en salud para su paciente individual, sin importar la restricción presupuestal y los efectos sobre la disponibilidad de recursos para otros pacientes. Dentro del marco de referencia del médico, el principio de beneficencia explicitado en el Juramento Hipocrático implica el desconocimiento del principio de justicia, lo que ubica al médico en la raíz del conflicto entre el principio de justicia y el de beneficencia (Castaño, 2000).

Volviendo a la paradoja del cuadro 1, el individuo sujeto de derechos demanda atención en salud en función de sus necesidades personales y no en función de la necesidad colectiva de maximizar el nivel agregado de salud. Pero la mayoría de las veces esta demanda no es ejercida realmente por el individuo, sino por el médico. Debido a la gran asimetría de información entre el médico y el paciente, y sobre todo a nivel de medicina especializada, es claro que las decisiones de consumo las toma el médico, ejerciendo una especie de autonomía *proxy*, es decir, tomando una decisión igual a la que tomaría el paciente si tuviera la información completa. Es en este sentido que las decisiones del médico se insertan en la paradoja del cuadro 1, que impide la realización de los derechos a todos los sujetos de derecho.

En términos del gráfico 1, la protección del derecho a la salud en función del criterio médico daría como resultado una distribución como la del punto P1C1. Y esto es lo que de hecho sucede en la mayoría de los casos, pues no es el paciente el que demanda atenciones curativas buscando satisfacer sus necesidades personales, sino que es el médico el que

determina qué atenciones de tipo CRMA debe recibir el paciente, para satisfacer su necesidad personal de recuperar la salud.

Pero como el mayor nivel de salud agregado no se puede lograr con una combinación como PIC1, es evidente que para resolver el conflicto entre el bienestar individual y el colectivo es necesario considerar el criterio médico desde una perspectiva diferente. Esto no supone que el médico abandone su marco de referencia hipocrático y la consecuente prevalencia del interés individual. Lo que se propone es que en una instancia superior, como la del juez de tutela o la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, se pongan sobre la balanza la necesidad del accionante (determinada por el médico) y las necesidades colectivas, y no simplemente se asuma que la orden del médico es un argumento suficiente para determinar la protección del derecho individual a la salud.

En otras palabras, el concepto del médico debería ser considerado como una condición necesaria más no suficiente para la garantía del derecho a la salud. No se trata de desvirtuar la validez del concepto en su contenido técnico ni en su contenido ético en cuanto a la satisfacción del principio de beneficencia, sino que, una vez superada la validez técnica y ética (que se dan por descontadas), la decisión pasa a una esfera diferente que tiene en cuenta las consecuencias distributivas de dicho concepto médico.

2.6. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y el conflicto entre interés individual y colectivo

Como se ha señalado anteriormente, la Corte Constitucional ha mostrado una tendencia consistente hacia la protección del derecho individual, sin las necesarias consideraciones distributivas a que obligan las restricciones de recursos. En uno de los pocos pronunciamientos de la Corte en este sentido, la sentencia SU-111 de 1997⁶ señala que es necesario tener en cuenta las posibilidades financieras del Estado. Pero en general es tan sistemática la jurisprudencia de la Corte en el sentido de ignorar las consideraciones distributivas, que una aclaración de voto del Magistrado Rodrigo Uprimny en la sentencia T654/04, marca una diferencia radical, en términos nunca antes expresados por los miembros de la Corte. El Magistrado Uprimny señala en su aclaración de voto:

“...la jurisprudencia constitucional colombiana protege vigorosamente la vida digna de los peticionarios individuales, pero no es adecuada en términos de igualdad. Una obvia pregunta surge: ¿es acaso posible articular ambas concepciones, de tal manera que podamos construir una dogmática constitucional sobre el derecho a la salud, que sea al mismo tiempo vigorosa en la protección de la vida digna y sensible a la igualdad y a la existencia de restricciones de recursos?”

Este planteamiento muestra claramente que hay consideraciones distributivas que no son tenidas en cuenta por la dogmática constitucional de la Corte. Seguidamente, en la misma aclaración de voto, el Magistrado acude a argumentos de los analistas del sector, para señalar que las sentencias de la Corte ignoran el proceso democrático que debería determinar cómo se priorizan los recursos escasos para salud. No es competencia pues del

⁶ Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

juez de tutela establecer las prioridades a la hora de satisfacer los derechos de las personas, sino que este ejercicio de priorización corresponde al proceso democrático y a las autoridades electas.

Uprimny también pone sobre la mesa el efecto paradójico que resulta de la interpretación tradicional de la Corte sobre la protección del derecho a la salud restringida a la esfera individual e ignorando la esfera colectiva. El efecto paradójico, expresado en líneas similares a la paradoja del utilitarismo de los derechos descrita en el cuadro 1, consiste en que debido al impacto que tienen unos pocos casos muy costosos sobre la sostenibilidad financiera del sistema, la protección del derecho a nivel del individuo puede eventualmente afectar la igualdad. Señala en el mismo sentido, que "...el juez sólo puede tomar en serio los derechos sociales si también toma en serio la restricción presupuestal y la limitación de recursos que condicionan la realización de esos derechos."

Citando a Sen, Uprimny resalta la necesidad de diferenciar entre un análisis totalmente consecuencialista y un análisis sensible a las consecuencias. Este último busca un equilibrio entre la perspectiva puramente deontológica del juez de tutela, que protege el derecho porque es bueno en sí mismo, y la perspectiva puramente teleológica, que desconoce los derechos para buscar el resultado colectivo máximo posible.

En un análisis detallado sobre la protección constitucional del derecho a la salud, Arbeláez (2002) anota que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se reconoce explícitamente que, para lograr su eficacia jurídica real, es necesario considerar las posibilidades económicas de los Estados. Y anota también la misma autora, que la interpretación que hace la Corte Colombiana del derecho fundamental por conexidad, es novedosa frente a la tradición más restrictiva que interpreta los derechos fundamentales de manera más limitada.

El planteamiento de Arbeláez se apoya en tres hipótesis: primero, que en lo concerniente al derecho a la salud, la Corte no se extralimita en su función de interpretación de la Carta. Segundo, que la jurisprudencia de la Corte ha coadyuvado en la consolidación del Estado Social de Derecho, y tercero, que la Corte logra una legitimación funcional de su accionar mediante este proceso de construcción y consolidación del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, frente a la tercera hipótesis de Arbeláez, la autora sugiere que la Corte asume este proceso de legitimación funcional de manera aséptica, buscando exclusivamente la consolidación del Estado Social de Derecho. Pero cabe aquí una pregunta: en qué medida la Corte también busca legitimarse a sí misma ante la opinión pública? Si este fuera el caso, sus actuaciones tienen también un interés político y no uno puramente jurídico. Para entender el significado de este cuestionamiento, basta imaginar qué ocurriría en el terreno de la opinión pública si la Corte, reconociendo la necesidad de un equilibrio entre el bienestar individual y el colectivo, cambiara su jurisprudencia y decidiera tomar lo que Uprimny llama "decisiones trágicas"?⁷

⁷ Este término fue acuñado por Calabresi y Bobbitt (1978), en su libro clásico "Tragic Choices"

Ahora bien, los fallos de la Corte no solo generan implicaciones políticas para la Institución, sino también para sus magistrados a nivel individual. Desde luego que es posible sospechar de los elementos políticos de las actuaciones de la Corte cuando dos Ex-magistrados de esta Corporación se lanzaron a campañas para acceder a cargos de elección popular a principios de esta década. Esto hace pensar en dos situaciones: o sus actuaciones en la Corte estaban ex-ante condicionadas por sus aspiraciones políticas, o una vez abandonada la Corte aprovecharon ex-post aquellas actuaciones que pudieran darles réditos electorales. En cualquiera de los dos casos es pertinente sospechar que las implicaciones políticas de sus actuaciones, impiden que la Corte sea totalmente aséptica en su esfuerzo por consolidar el Estado Social de Derecho.

2.7. Porqué en Colombia hay un mayor lugar para la justiciabilidad del derecho a la salud?

Partiendo de la base que la justiciabilidad del derecho a la salud ha avanzado más en Colombia que en el resto de países del área, cabe preguntarse qué explica esta diferencia. Por una parte, como se vio en el capítulo primero, el hecho de que exista un mandato constitucional no implica por sí mismo que éste sea justiciable, si no se crean los mecanismos para hacer posible su exigencia por parte del individuo. Y es en este sentido precisamente en el que Colombia ha avanzado más, pues la creación de la figura de la Acción de Tutela en la Constitución de 1991 y los términos perentorios en que ésta se aplica, ponen a disposición del individuo una herramienta efectiva para demandar la protección de sus derechos fundamentales. Como lo señala Arango (2005), esta es una diferencia importante en la justiciabilidad de los DESC en Colombia, que debe ser observada por los demás países del área.

Pero para el caso del derecho a la salud, la Corte Constitucional colombiana ha avanzado mucho más que otros países, incluso más que la tradición constitucionalista europea, como lo señala Arbeláez (2002). La autora considera que la Corte ha sido innovadora en su interpretación del derecho fundamental por conexidad, interpretación que ha abierto el espacio para hacer exigible un derecho de tipo prestacional con la misma preeminencia que un derecho fundamental. Este, según la autora, es un aspecto muy *sui-generis* de la jurisprudencia constitucional colombiana, que incluso daría para pensar que la Corte se ha extralimitado en sus funciones, “creando” nuevos derechos fundamentales, cuya creación solo le compete al constituyente primario.

No obstante, la autora sostiene que no hay tal extralimitación de funciones, sino que por el contrario, la Corte ha asumido juiciosamente su papel de proteger los derechos fundamentales, incluso en las situaciones en que violaciones a otros derechos, así sean prestacionales, ponen en riesgo estos derechos fundamentales. Esto es precisamente, a juicio de la autora, lo que hace la diferencia en la justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia frente a otros países. Sin embargo, Arango (2005) anota que la tesis de la conexidad se ha trivializado, al incluir no solo la amenaza a la vida sino a otros derechos fundamentales como el derecho a la dignidad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta extensión termina por convertir cualquier derecho de segunda generación en un derecho fundamental, y por lo tanto se hace todavía más difícil su protección dentro de las restricciones presupuestales.

Ahora bien, con respecto al concepto de derecho fundamental autónomo, la jurisprudencia de la Corte también ha abierto un espacio importante para la justiciabilidad del derecho a la salud. Este concepto, como se vio anteriormente, se deriva de la existencia de un instrumento como el Plan Obligatorio de Salud, en el cual se delimita claramente el alcance del derecho prestacional a la Seguridad Social en Salud. Así, la negación de un servicio de salud que esté incluido en los planes de beneficio, se entiende como la violación de un derecho fundamental autónomo. Adicionalmente, dentro del mismo concepto de derecho fundamental autónomo, la Corte incluye el derecho a la salud de los adultos mayores, por las características especiales de vulnerabilidad de este grupo poblacional, y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana (Parra, 2003).

Quizá en las mismas líneas de Arbeláez, la Corte más que extralimitarse en sus funciones creando nuevos derechos fundamentales, lleva su interpretación hasta límites que no habían sido considerados anteriormente. Pero es evidente que todos los argumentos de la jurisprudencia para sustentar la tesis de la conexidad, o del derecho fundamental autónomo, se basan exclusivamente en una perspectiva deontológica e individualista, que no es sensible a las consecuencias.

En estrecha correlación con la interpretación de la Corte sobre el derecho fundamental autónomo, la presencia de un Plan de Beneficios definida en términos de lista positiva, y la tenencia de un carné por parte de los afiliados al Régimen Subsidiado y al Régimen Contributivo, también contribuye a que la justiciabilidad del derecho a la salud sea más evidente en Colombia. Independientemente de que la Corte haya desarrollado la tesis del derecho fundamental autónomo, es evidente que el conocimiento por parte del usuario de un listado de intervenciones, actividades, procedimientos y medicamentos a los que tiene plenos derechos, hace más difícil para el prestador de servicios o para el asegurador la negación de alguno de estos amparos.

La objeción que encierra este argumento es que aquellos que no están afiliados a ningún esquema de aseguramiento no tendrían ningún derecho explicitado en un plan de beneficios.⁸ No es de sorprender entonces que el 95% de las tutelas en salud son interpuestas por asegurados, según lo establece el estudio de la Defensoría del Pueblo (Defensoría, 2004). En palabras de De Roux y Ramírez (2004) "...se han propuesto derechos que no pueden ser universalizables pero que han sido reconocidos mediante tutelas. Esto es inapropiado, porque si algo no puede garantizarse a todos, como derecho, no está claro por qué deba suministrarse a algunos."

Es claro pues que existen en Colombia una serie de elementos que hacen que el derecho a la salud sea mas justiciable que en otros países de la región. Pero existen también otras razones que generan un efecto de doble vía sobre la mayor exigencia del derecho a la salud,

⁸ Esto es incluso evidente, cuando la normatividad citada por la Corte (Sentencia T-016-99) señala que en caso de que el individuo no cuente con los recursos necesarios para sufragar los gastos de bolsillo que correspondan en el caso de no contar con los períodos mínimos de cotización, el paciente debe ser remitido a la red pública, donde se le ofrecerá el servicio en las condiciones que la oferta pública lo permitan (Decreto 806 de 1998). Y para las prestaciones no incluidas en el POS-S, también se remite el paciente a la red pública en estas mismas condiciones (Sentencia T 478/95).

es decir, partiendo de los elementos que lo hacen más exigible en Colombia, se crea un incentivo a la utilización de dichos elementos.

Uno de estos fenómenos es la divulgación de los derechos entre los ciudadanos, y de los mecanismos de exigencia de estos derechos. La amplia cobertura de los medios de comunicación a los innumerables casos de personas cuyos derechos han sido protegidos mediante la Acción de Tutela, no solo en materia de salud sino de múltiples situaciones, han generado un amplio conocimiento entre la ciudadanía sobre la eficacia de este mecanismo para buscar la protección de sus derechos fundamentales.

Un segundo fenómeno, que ha sido señalado por algunos actores del sector (Periódico El Tiempo, 2005) es la utilización de la Acción de Tutela como estrategia de algunos productores de medicamentos y dispositivos médicos para introducir sus productos al mercado cuando éstos no están incluidos en los planes de beneficios. Esto es particularmente efectivo en el caso de los medicamentos innovadores, pues los que entran al país después de la expedición de normas sobre listados de medicamentos, encuentran fuertes barreras de acceso al mercado de la seguridad social. Por esto, señala El Tiempo, es mucho más frecuente que los promotores de estos productos apelen a la Acción de Tutela.

Pero no solo algunos productores de medicamentos y dispositivos se benefician de la Acción de Tutela en estos términos. También algunas instituciones prestadoras y los médicos lo hacen en los mismos términos, cuando se introducen al país técnicas quirúrgicas, tratamientos y tecnologías diagnósticas y terapéuticas que no están incluidas en los planes de beneficios. Un ejemplo reciente es la aplicación de la Acción de Tutela para el otorgamiento de cirugía bariátrica para el tratamiento de la obesidad mórbida.⁹

Y a nivel de las mismas APB, la Acción de Tutela termina, paradójicamente siendo utilizada como mecanismo para eludir el racionamiento y trasladarlo al FOSYGA. Este fenómeno consiste en que cuando un afiliado solicita un servicio y la APB considera que no está incluido en los planes de beneficios, bien sea porque explícitamente no está incluido (como en el caso de un medicamento nuevo) o porque los límites borrosos de los planes de beneficios dan lugar a una interpretación en este sentido, incita al afiliado a que interponga la Acción de Tutela, pues de este modo trasladará la responsabilidad del pago al FOSYGA. Aunque algunos críticos han señalado que esta es una estrategia de los APB para evadir su obligación de prestar servicios de salud, es claro que el juez de tutela solo ordena el recobro al FOSYGA cuando efectivamente la intervención o medicamento no se encuentran en el plan de beneficios. De nuevo surge el problema de la interpretación cuando los límites del plan de beneficios son borrosos, pues ante tales indefiniciones el juez de tutela puede ser más propenso a decidir a favor del accionante, sin que necesariamente esté sobrepasando los límites establecidos por el POS.

2.8. La necesidad de enfrentar el conflicto entre bienestar individual y colectivo, mediante una política de racionamiento explícito

⁹ Véase por ejemplo, Sentencia T 264/03.

Los argumentos expuestos anteriormente permiten concluir que el hecho de que el juez de tutela proteja el derecho a nivel del individuo, no implica que el Estado Social de Derecho esté garantizando la protección progresiva del derecho a la salud. Existe entonces una contradicción que por el hecho de no ser visible no implica que sea irrelevante, y esta contradicción debe resolverse en aras de legitimar dicho Estado Social de Derecho. Una manifestación clara de la contradicción es el hecho de que más del 95% de las Acciones de Tutela son interpuestas por personas afiliadas a la seguridad social. Implica esto que a quienes están por fuera del sistema nunca se les viola su derecho a la salud? o implica más bien que el derecho a la salud tiene un grado de justiciabilidad diferente para los afiliados y otro grado muchísimo menor para los no afiliados?

Esto es, a todas luces, injusto, pues el principio de igualdad implica que el derecho debería ser igualmente justiciable para todos. El hecho de que una herramienta de justiciabilidad como el POS y la consecuente figura de derecho fundamental autónomo estén restringidos a los afiliados a la seguridad social, implica que no se está cumpliendo el precepto constitucional de la igualdad. Y más aún, en términos de cómo optimizar la función objetivo del sistema dentro de la restricción presupuestal existente, la justiciabilidad diferencial hace pensar que el costo de oportunidad lo están pagando, de manera anónima, quienes están por fuera del sistema.

De otra parte, dentro de los recursos disponibles para la prestación de los planes de beneficios de la seguridad social, también hay un problema de priorización del gasto, como se ilustra en el gráfico 1. Si los planes de beneficios contemplan intervenciones de tipo PPB y CRMA, pero por efecto de la dinámica descrita el gasto se prioriza hacia las de tipo CRMA, es claro que alguien estará pagando el costo de oportunidad de no hacer las intervenciones de tipo PPB que generarían el nivel óptimo de salud.

Un desafío procedimental serio que plantea este cálculo sensible a las consecuencias, es que reducir las intervenciones de tipo CRMA para incrementar las de tipo PPB, implicaría poner víctimas visibles (por ejemplo, los pacientes con enfermedades de alto costo) para evitar víctimas anónimas (por ejemplo, los casos evitados de mortalidad infantil por un mejor control prenatal). El problema del racionamiento en estos términos, se diferencia de otros problemas de racionamiento que comúnmente se plantean en las discusiones bioéticas, tales como el caso del ventilador para el cual hay dos candidatos. La diferencia fundamental en este caso, es que el racionamiento es observable y verificable, pues se puede identificar claramente el beneficiado y el perjudicado, y la restricción presupuestal es también evidente (un solo ventilador). Aunque el caso del ventilador plantea cuestionamientos éticos muy difíciles de resolver, el problema del racionamiento invisible que implica la distribución de recursos escasos, hace aún más difíciles estos cuestionamientos, pues mientras los perjudicados son visibles, los beneficiados no lo son, y la restricción presupuestal es aparentemente blanda, pues prevalece la impresión de que “hay muchos recursos”. Incluso los mismos jueces de tutela caen en este argumento, cuando dicen que no habiendo cómo garantizar que la negación de un servicio a un paciente se traduzca en servicios a otro paciente, prefieren proteger el interés individual del accionante.

Frente a las tensiones del racionamiento invisible, las reacciones de la sociedad también son difíciles de abordar. El conocido término “regla del rescate” (Hadorn, 1991) sostiene que la sociedad está dispuesta a dedicar recursos cuantiosos a un esfuerzo que tiene pocas probabilidades de éxito, aún a sabiendas de que se paga un alto costo de oportunidad por tal decisión. Este comportamiento colectivo aparentemente irracional, se explica porque el costo de oportunidad está representado por víctimas anónimas, o a lo sumo estadísticas, mientras la víctima visible que conmueve a la sociedad sí es un drama de carne y hueso que se debate entre la vida y la muerte. Algunos críticos incluso sostienen que medidas como los DALYs o los QALYs no incluyen en sus estimaciones el valor que la sociedad le da a la regla del rescate, por lo cual estas mediciones son inadecuadas para hacer el cálculo consecuencialista que permita llegar a la eficiencia de asignación (Richardson y Mackie).¹⁰

Es claro que la prioridad que el juez de tutela le da al individuo y el desconocimiento del costo de oportunidad que estas decisiones implican, responde al argumento de la regla del rescate, y evidentemente conduce a una distribución injusta de los recursos escasos porque sigue habiendo víctimas anónimas que no tienen la oportunidad de exigir protección a su derecho. Pero también es claro que la reacción de la sociedad obliga a buscar un mecanismo para que la misma sociedad entienda la inescapable necesidad del racionamiento. Esto es precisamente lo que hace que el racionamiento no pueda reducirse a un proceso de ingeniería social a puerta cerrada, sino que debe crearse el espacio en el proceso democrático para que se definan los alcances del derecho a la salud. Y este proceso democrático no se puede reemplazar por la voluntad de un juez de tutela que simplemente ignora las consecuencias distributivas de sus actos. La legitimación del Estado Social de Derecho a que alude Arbeláez (2002) debería incluir también un proceso democrático y participativo en el que la sociedad reconozca que hay un conflicto entre el bien individual y el colectivo, y que este conflicto es adecuadamente abordado por el Estado para buscar un equilibrio que sea aceptado por la sociedad. La Acción de Tutela se convierte así en un atajo que aparentemente protege los derechos de un individuo, pero además de que no permite resolver el conflicto entre bien individual y colectivo, minimiza la posibilidad de que este conflicto se resuelva por una vía que es perfectamente adecuada en el Estado Social de Derecho, es decir, el racionamiento explícito como resultado del proceso democrático¹¹.

Pero además de los escollos mencionados que hacen más difícil el racionamiento explícito, tales como la visibilidad de los afectados, la no visibilidad de los beneficiados y la regla del rescate, existen dos escollos de tipo institucional que complican aún más un eventual proceso democrático de racionamiento. El primero de ellos es el problema de la corrupción. Se comenta con frecuencia que si no hubiese corrupción, los recursos liberados serían tan grandes que no sería necesario el racionamiento, lo cual no es cierto, porque la simple definición de la salud como derecho hace que la demanda siempre sea superior a la oferta. Lo que sí es cierto es que resulta muy difícil darle legitimidad a un proceso de

¹⁰ Este punto lo aborda también Klein, cuando dice que el objetivo del sistema de salud puede ser aparentemente irracional en los términos económicos reducidos en los que se entiende salud, pues la regla del rescate posiblemente generaría mayor bienestar, al dar a los individuos la seguridad de que el Estado no los abandonará en las situaciones de riesgo máximo. Véase Klein y Williams (2000)

¹¹ Este planteamiento también lo hace Uprimny en su aclaración de voto en la Sentencia T-654/04.

racionamiento, cuando existen fugas de recursos por causa de la corrupción, pues difícilmente la sociedad aceptaría que se le niegue un tratamiento salvador a un paciente, para beneficiar a unas víctimas anónimas, cuando hay quienes están usurpando recursos que de no ser usurpados reducirían la necesidad de racionar.

El argumento de la ilegitimidad de un proceso viciado de corrupción es muy difícil de refutar. Es obvio que los procesos vividos en los países escandinavos, o el racionamiento implícito de los médicos británicos, son más fáciles de aceptar porque ocurren en un contexto de mayor solidez institucional. Sin embargo, tampoco es racional pensar que debemos esperar a que se erradique la corrupción para, ahí sí, iniciar un proceso de racionamiento explícito. No hay duda que sería mucho más aceptable un proceso de racionamiento explícito en un contexto de cero corrupción, pero negarse a hacerlo por la presencia de corrupción equivale a aceptar que el proceso de racionamiento sea injusto porque está condicionado por un elemento injusto –la corrupción. Lo lógico sería que dado el elemento injusto, es necesario que el proceso de racionamiento sea lo más justo posible, así no tenga la misma legitimidad del racionamiento que no se acompaña del elemento injusto. En otras palabras, no es razonable pretender que se acabe con la corrupción antes de pensar en iniciar un proceso de racionamiento explícito, pues mientras aquella es difícil de erradicar en el corto plazo, sí es posible llegar a un acuerdo sobre la priorización del gasto y lograr así un resultado más justo que el actual, pues en la situación actual no solo hay corrupción, sino también racionamiento injusto.

El segundo escollo al proceso de racionamiento es el de la ineficiencia, que sigue exactamente el mismo argumento planteado sobre la corrupción. En el entendido de que se habla de ineficiencia en la producción y no de ineficiencia de asignación, se dice que si no hubiera tanta ineficiencia, no sería necesario racionar, y que, en presencia de ineficiencia, el racionamiento carece de legitimidad. Del mismo modo planteado arriba, reducir la ineficiencia a cero no reduciría la necesidad de racionar, y no se puede eludir la necesidad del racionamiento explícito por el hecho de haber ineficiencia, pues ello equivaldría a aceptar un racionamiento injusto, cuando se puede lograr un estado de cosas más justo.

Ahora bien, si se aceptara que hay que iniciar un proceso de racionamiento explícito para definir unos niveles mínimos del derecho a la salud que sean justiciables, cabe la pregunta de cuál sería el criterio para definir ese nivel mínimo. Si el criterio es el del “núcleo esencial del derecho”, prevalente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no sería posible llegar al racionamiento que permita alcanzar el punto P2C2 del gráfico 1, pues las situaciones que amenazan dicho núcleo esencial típicamente involucran intervenciones de tipo CRMA. Pero lo paradójico de toda esta discusión, es que la misma Observación General número 14 enfatiza que los contenidos mínimos esenciales son los relacionados con las intervenciones de tipo PPB.

Esta contradicción supone entonces un giro radical en la jurisprudencia de la Corte, pues de otro modo resultaría imposible implementar las potenciales conclusiones de un proceso de racionamiento explícito. Pero esta paradoja se evidencia en las sentencias de la propia Corte, pues a la recurrente afirmación del concepto de núcleo esencial del derecho, se suma la exigencia al Estado de garantizar unos contenidos mínimos en materia de salud, como se plantea en la Sentencia C-671 de 2002.

Como ha sido sugerido arriba, el proceso de racionamiento explícito es de tipo eminentemente político y no técnico, y aquí entran en juego otras consideraciones sobre cómo se toman decisiones colectivamente. Goddard y cols (2006) muestran cómo estos procesos democráticos pueden arrojar resultados aparentemente irracionales, que alejándose de los resultados que arrojaría un análisis costo-efectividad, no permiten maximizar el nivel de salud agregado. Los autores analizan el proceso desde cuatro modelos teóricos de la economía política: el del votante de la mediana, el de los grupos de interés, el del comportamiento burocrático, y el de los *rent-seekers*. Los autores muestran que en estos modelos el resultado en la asignación de recursos no genera la eficiencia de asignación que arrojaría una distribución basada en el análisis de costo-efectividad.

Sin embargo, a diferencia de los cuatro modelos analizados por Goddard y cols, y de las conclusiones normativas de los estudios de costo-efectividad, el proceso de asignación de recursos en Colombia está fuertemente condicionado por las preferencias individuales que se expresan en la reclamación del derecho a la salud en función de las necesidades de salud propias y no del nivel agregado de salud. La Acción de Tutela y la presencia de un plan de beneficios atado a un carnet que proporciona más exigibilidad que un derecho vagamente definido, permiten aseverar que los modelos de decisión colectiva no son los que explican la asignación actual de recursos en el sistema de salud Colombiano. No obstante, es claro que los segmentos más pobres y menos educados de la sociedad siguen quedando por fuera de la protección del derecho a la salud, pues sus posibilidades de acceder al mecanismo de protección de la Acción de Tutela, son mas limitadas.

Otra hipótesis contraria a la anterior, sería que dada la presencia de elementos en la Constitución y en el sistema de salud que favorecen la exigencia individual de los derechos, los grupos de interés se organizan de tal manera que logran sus objetivos a través del individuo, sin necesidad de recurrir a procesos de decisión colectiva. Quizá esta sería una señal de alerta para que el día que tenga lugar un proceso de decisión colectiva que lleve al racionamiento explícito, este proceso puede llegar a ser capturado por los grupos de interés y dicho proceso se acercaría mejor a las predicciones de las cuatro teorías de la decisión colectiva que analizan Goddard y cols.

3. Las experiencias de otros países en materia de racionamiento

El problema de la escasez de recursos para garantizar el derecho a la salud, no es exclusivo de sociedades pobres. Los países desarrollados enfrentan igualmente el desafío de satisfacer plenamente el derecho a la salud, aún a pesar de que sus recursos son muchísimo mas abundantes que los de los países en desarrollo. Por ello, muchos países desarrollados han decidido enfrentar el problema de la escasez de recursos mediante procesos de racionamiento explícito (Ham y Coulter, 2000).

Pero antes de revisar algunas experiencias internacionales relevantes, es pertinente tomar los argumentos planteados por Daniels y Sabin (1997) sobre la razonabilidad en las decisiones de racionamiento. En primer lugar, los autores plantean que en estas decisiones hay dos problemas inmersos: el problema de la legitimidad y el problema de la

imparcialidad (*fairness*). El problema de la legitimidad consiste en que las decisiones de racionamiento que son tomadas por los manejadores de recursos, y que afectan el bienestar de las personas, no necesariamente tienen que ser aceptadas como legítimas; después de todo, estas decisiones implican asuntos importantes de justicia distributiva, y el solo hecho de que el individuo escoge un asegurador libremente no le dá legitimidad a las decisiones de racionamiento. El problema de la imparcialidad es similar al de la legitimidad, pero desde una perspectiva ligeramente diferente, y se refiere a la percepción que tenga el afectado sobre qué tan imparcial es una decisión de un manejador de recursos cuando ésta perjudica su bienestar.

Estos dos problemas muestran que las decisiones de priorización de recursos no son decisiones simples que se pueden resolver por los mecanismos tradicionales de mercado. Por esta razón, debe existir otra lógica que permita una distribución eficiente de los recursos, que está más ligada a las instituciones. En este sentido, Rudolf Klein y Alan Williams (2000) plantean dos posiciones diferentes: mientras Klein enfatiza en el fortalecimiento de las instituciones para que el proceso político lleve a la formulación de políticas aceptadas y legítimas, Williams enfatiza en las herramientas cuantitativas de la evaluación económica, y su uso de indicadores genéricos como los QALYs.

El escepticismo de Klein sobre las respuestas simples de la evaluación económica, se expresa en una frase muy dicente: “No argumento que un proceso correcto nos provea las respuestas ‘correctas’ (...) Mi aseveración es menos ambiciosa: es que el proceso correcto producirá respuestas socialmente aceptables – y eso es lo mejor que podemos esperar.”¹²

A partir de la experiencia de países nórdicos, Soren Holm (2000) muestra que en los debates sobre racionamiento se pueden identificar dos etapas que se basan en supuestos muy diferentes. La primera etapa se caracteriza porque 1) las partes interesadas asumen que puede lograrse un acuerdo sobre los principios fundamentales, los cuales sirven para diseñar un proceso de racionamiento racional. Y 2) que las decisiones que se tomen utilizando este proceso, se pueden considerar legítimas por sí mismas.

Desafortunadamente, esta expectativa resultó frustrada, y cuando se empezaron los procesos de definir cómo priorizar el uso de los recursos, encontraron que no era posible lograr un acuerdo sobre los principios, pues diferentes teorías de la filosofía política arrojaban respuestas también diferentes. Por esta razón, Holm muestra que estos países evolucionaron hacia una segunda etapa en la que ya reconocían que 1) no era posible llegar a acuerdos sobre los principios fundamentales, 2) que era mucho más importante el proceso, el cual se debía caracterizar por la transparencia y la rendición de cuentas, y 3) que las decisiones que resulten de un proceso de este tipo son legítimas por sí mismas.

Volviendo a los planteamientos de Daniels y Sabin, los autores también señalan la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre los principios, y reconocen que lo máximo que se puede lograr es un acuerdo sobre los procesos. En este sentido, proponen que la legitimidad de las decisiones de racionamiento requiere que en el proceso haya rendición de

¹² Klein y Williams (2000)

cuentas sobre la razonabilidad¹³ de tales decisiones de racionamiento. Y para que esta rendición de cuentas conduzca a decisiones legítimas, debe cumplir con las siguientes cuatro condiciones:¹⁴

- Publicidad: que las decisiones y sus justificaciones sean conocidas por el público
- Relevancia: las justificaciones deben estar soportadas en evidencia, razones y principios aceptados por las partes involucradas en las decisiones de racionamiento
- Apelación: Hay espacio para apelar las decisiones en presencia de nuevas evidencias o argumentos
- Cumplimiento de las condiciones (*enforcement*): Hay regulación pública o voluntaria para que las tres condiciones anteriores se cumplan

Estos planteamientos han servido como marco de trabajo para una serie de ejercicios de racionamiento explícito abordados por algunos países desarrollados en las décadas de los ochenta y noventa, de los cuales resultaron documentos de consenso que posteriormente guiaron las decisiones de racionamiento en estos países.¹⁵

3.1. Países nórdicos

En los países Nórdicos, relata Holm (2000), la primera fase del debate sobre racionamiento se caracterizó por la expectativa de encontrar fórmulas fáciles y generalmente aceptadas. Durante la década de los ochenta ya empezaba a salir a la luz la idea del racionamiento, entre obstáculos que señalaban como antiético cualquier esfuerzo por limitar los servicios de salud a las personas. En 1987, Noruega publicó el primer reporte sobre priorización, el cual sirvió de iniciador del debate en la región. Como resultado, en la primera mitad de los noventa Finlandia y Suecia publicaron sus respectivos reportes. Estos primeros esfuerzos tenían como criterio fundamental de priorización, la severidad de la enfermedad y las consecuencias de no tratarla.

A principios de los noventa, ya se vislumbraba que este criterio no ofrecía las respuestas que esperaban, por lo cual se empezó a buscar otro rumbo. En 1996 Dinamarca publicó su reporte, seguido por un segundo reporte de Noruega en 1997. En estos reportes es claro el escepticismo sobre el uso de criterios simples, y se sientan las bases para fortalecer los procesos más que buscar acuerdos sobre principios.

3.2. Holanda¹⁶

Hacia finales de los ochenta, este país también estaba inmerso en la discusión sobre si era necesario hacer explícita la necesidad de racionar. Finalmente decidieron enfrentar el problema, y en 1991 el gobierno publicó el reporte Dunning, en el que se hacen planteamientos claros sobre la inevitabilidad del racionamiento. El reporte hace una

¹³ El término original de los autores es “Accountability for reasonableness”.

¹⁴ Estas cuatro condiciones están mas elaboradas en Daniels y Sabin (1998)

¹⁵ Una revisión de estas experiencias se presenta en Coulter y Ham (2000), y en un número especial de *Health Policy*, dedicado a los estudios de caso de cada país.

¹⁶ Esta revisión se basa en Van der Grinten y Kasdorp (1999)

pregunta clave: “Se debe ofrecer todo lo que sea posible en atención en salud, y si es así, en qué medida debe ser financiado públicamente?” Así, la necesidad de pasar de un racionamiento implícito a uno explícito es puesta de manera taxativa en el informe Dunning, así como la necesidad de combinar la perspectiva biomédica de lo que es un sistema de salud, con la perspectiva de la sociedad en general.

Por diversas razones inherentes a la evolución del sistema de aseguramiento en salud, el racionamiento explícito no llegó tan lejos como se esperaba, pero sí siguió habiendo un control de la oferta mediante presupuestos estrictos para los prestadores y controles a la entrada de tecnologías. Pero en última instancia, las decisiones de racionamiento las seguían tomando las instituciones de salud, los prestadores y los pacientes. Un elemento polémico del reporte Dunning era la evaluación del paquete de beneficios, elemento que fue derrotado políticamente para incluir casi la totalidad de las intervenciones que en ese momento se hacían en Holanda.

En opinión de los opositores, una debilidad crucial de la propuesta de revisión del paquete, era su perspectiva utilitarista, que subordinaba el individuo a la colectividad. Sin embargo, este intento sirvió para excluir de la lista algunas intervenciones, como los lentes, la cirugía estética no médicamente necesaria, algunos medicamentos inefectivos, y la odontología para adultos. En los años siguientes, los criterios establecidos por el reporte Dunning fueron aplicados con más fuerza para los nuevos medicamentos, dispositivos e intervenciones.

3.3. Reino Unido

El racionamiento en el Reino Unido ha ocurrido siempre de manera implícita, ejercido por los médicos en su práctica diaria, lo que se conoce como “bedside rationing”. Este proceso implícito, y el control estatal de la oferta tanto de tecnología y hospitales, como de médicos, le ha permitido a este país tener un gasto en salud mucho más razonable que el de los Estados Unidos. La limitación de la oferta convierte las listas de espera en la herramienta de racionamiento explícito, pero antes de que el paciente ingrese a la lista de espera ocurre un racionamiento implícito de mucho mayor impacto. Este mecanismo implícito ha sido criticado por Daniels y Sabin, (2002) porque carece de rendición de cuentas y no se cumplen las cuatro condiciones mencionadas por los autores.

Pero es evidente que los médicos británicos son mucho menos intensivos en la utilización de recursos para el manejo de sus pacientes. En un reciente estudio en el que actualiza sus comparaciones de veinte años atrás con lo que ocurre actualmente, Henry Aaron (2005) muestra que en los Estados Unidos se llevan a cabo cuatro veces más escanografías por millón de habitantes, que en el Reino Unido (128.000 versus 30.297); igualmente, el número de equipos disponibles por millón es cuatro veces mayor (29,4 versus 7,1). Con relación a Resonancia Nuclear Magnética, la utilización es casi tres veces mayor y la disponibilidad de equipos es casi cinco veces mayor. A pesar de que el autor señala que las limitaciones en la oferta de equipos y de radiólogos en el Reino Unido (que explican en buena parte la diferencia en la utilización) ciertamente generan problemas de calidad, también se hace la pregunta de qué tanto se justifica una diferencia tan grande en los Estados Unidos.

Es claro pues que el sistema de salud del Reino Unido basa buena parte de su funcionamiento en este tipo de racionamiento implícito, y que esto es generalmente aceptado por los británicos. En este sentido, Derek King y Alan Maynard (1999) muestran aspectos interesantes de la opinión pública sobre los criterios de racionamiento. Por ejemplo, la mayoría de los británicos está de acuerdo en que las decisiones de racionamiento las tome el médico tratante, y rechazan la discriminación en contra de los ancianos. También muestra la encuesta que un 40% de los encuestados está de acuerdo en que se establezcan límites, pero 55% quieren financiación ilimitada.

3.4. Estados Unidos

El sistema de salud de los Estados Unidos es la excepción más que la norma con respecto a los sistemas de salud en el mundo. A excepción de los mayores de 65 años y los hogares de bajos ingresos, que están cubiertos por programas públicos (Medicare y Medicaid, respectivamente), el resto de la población está cubierta por diferentes tipos de aseguradores privados que compiten por afiliados y por prestadores. En este contexto multifacético, el tema de racionamiento en los Estados Unidos no ha recibido la atención que ha recibido en sistemas como los de los países analizados arriba.

Sin embargo, una experiencia que ha dado mucho de qué hablar desde principios de los noventa, es la del estado de Oregon, con su programa Medicaid.¹⁷ Como este programa es manejado por los estados directamente, y no por el gobierno federal, los estados tienen mucha discrecionalidad sobre cómo lo organizan, financian y operan. La historia de la experiencia de racionamiento en el estado de Oregon empieza en 1987, con el caso de un niño que requería un trasplante de médula ósea, pero la legislatura estatal había decidido unos meses antes que no financiaría trasplantes. Al negársele la prestación, surgió un acalorado debate en los medios, y simultáneamente una campaña de recolección de fondos que lamentablemente no alcanzaron para salvar la vida del niño, quien falleció a los pocos meses.

La reacción de la legislatura fue pasar un proyecto de ley que incluyera el trasplante en las coberturas del Medicaid, pero John Kitzhaber se opuso, argumentando que con los recursos que se dedicarían a estos tratamientos era mucho más razonable ampliar la cobertura del Medicaid a muchos hogares pobres que aún no contaban con las mínimas condiciones de acceso a los servicios de salud. Finalmente se aprobó el proyecto de Kitzhaber en 1989, pero sólo empezó a regir en 1994. El primer desafío fue hacer explícitos los límites de los beneficios para los afiliados al Medicaid, para así poder cubrir a más personas de bajos ingresos. Después un primer intento de corte cuantitativo y de posteriores debates y otras consideraciones, se publicó un listado con 709 inclusiones, expresadas en términos de pares diagnóstico-intervención, las cuales estaban rankeadas de acuerdo a su beneficio neto. En esta lista se estableció un punto de corte a partir del cual no se cubrirían las intervenciones. Este punto de corte iba hasta el ítem 574 de la lista. Este resultado fue considerado como un inusual “matrimonio” entre investigación de servicios de salud y democracia deliberativa.

¹⁷ Esta revisión se basa en Oberlander et al (2001).

Oberlander et al (2001) señalan que a pesar de que se dio un debate profundo sobre el racionamiento y sus implicaciones, y a pesar de que cuando el plan se adoptó había muchas expectativas sobre su real aplicación, el resultado posterior fue muy diferente al esperado. Los autores señalan cinco conclusiones principales después de seis años de implementación: 1) no ha habido racionamiento en los términos que se esperaba, y más aún, el plan actual de Medicaid es mucho más extenso que el anterior. 2) A pesar de que se estableció una línea de corte, es más fácil ponerla en el papel que hacerla realidad pues los prestadores de servicios de salud se resistían a observar esos límites. 3) Los ahorros no fueron significativos (un escaso 2% en comparación con el plan previo) y las disminuciones en la proporción de no asegurados fueron limitadas (el 17% de no asegurados en 1992, se redujo al 11% en 1997). 4) A pesar del primer esfuerzo de corte cuantitativo, el proceso de conformación de la lista terminó siendo más un ajuste basado en juicios subjetivos. Y 5) La experiencia de Oregon no ha sido replicada en ningún otro estado de los Estados Unidos ni en otro país del mundo.¹⁸ La cuarta conclusión de los autores coincide con la tesis de las dos fases del debate sobre racionamiento planteada por Holm.

3.5. Israel

La evolución del sistema de salud en Israel,¹⁹ aunque corresponde a un país desarrollado, es relevante para países de ingreso medio, no solo porque enfrenta el mismo problema de restricción presupuestal que todos los países del mundo, sino porque ha establecido el plan de beneficios en términos de lista positiva, como una herramienta de racionamiento desde 1995. Sin embargo, este plan de beneficios no fue el producto de un proceso deliberativo extenso, sino más bien que por defecto se adoptó el plan de beneficios que en 1993 ofrecía el fondo de enfermedad más grande del país, que cubría el 80% de la población. Se adicionaron algunas intervenciones de mucha visibilidad, impulsadas por grupos específicos de interés, pero no se estableció en la ley un mecanismo de priorización de servicios. Lo que se estableció fue un mecanismo para definir criterios más específicos de oportunidad y accesibilidad a ciertas intervenciones, algo así como lo que se introdujo en Chile con el Plan Auge.

La restricción presupuestal a que están sometidos los cuatro fondos de enfermedad en Israel, se ha venido haciendo más estrecha a medida que los costos de la atención médica han ido creciendo más rápido que los recursos disponibles. Pero las soluciones que se han planteado para aliviar la presión de los presupuestos, han sido políticamente insostenibles pues implican mayores impuestos para los contribuyentes, o mayor gasto de bolsillo para los usuarios en forma de copagos. Del lado de los beneficios, tampoco ha sido políticamente posible excluir del plan aquellas intervenciones menos esenciales para que los hogares las cubran con planes complementarios pagados de su bolsillo.

¹⁸ En el diseño inicial del plan de beneficios de Colombia, se intentó una metodología similar que estimó la carga de la enfermedad y el impacto de las intervenciones disponibles para atacarla. El resultado de este estudio fue presentado a diferentes actores, pero además de que no se llegó a un consenso, el Congreso aprobó un plan comprehensivo, evitando poner límites que fueran políticamente arriesgados. (Comunicación personal de Maria Luisa Escobar)

¹⁹ Esta revisión se basa prioritariamente en Chinitz e Israeli (1997)

Un esfuerzo en 1997 por actualizar el plan de beneficios, estuvo rodeado de presiones de grupos de interés y de activistas. Luego el gobierno creó el Comité Nacional Asesor, que fue percibido como un cuerpo independiente y sin prejuicio. Este proceso fue considerado por la opinión como “explícitamente implícito”, pero su repetición en 1999 permitió agregar nuevas tecnologías, con criterios mucho más claros y con mayor aceptación del público. Este segundo esfuerzo de priorización se logró con base en apreciaciones cualitativas, algunas apreciaciones cuantitativas en términos de costos directos, y la evidencia científica sobre seguridad y eficacia (Shani et al, 2000).

3.6. Experiencias en países en desarrollo

El problema de la escasez, si bien está presente también en países desarrollados, es mucho más crítico en países en desarrollo, pues en los segmentos de población mas pobre aún no se han satisfecho los estándares mínimos de acceso a los servicios de salud. La solución aparentemente directa de subsidiar la oferta para reducir los precios al bolsillo de los usuarios pobres, termina por favorecer a los hogares que se ubican mas cerca de los centros de atención o a los segmentos de ingresos medios y altos de los centros urbanos, especialmente para los servicios de alta complejidad (Baltussen, 2005).

La restricción presupuestal mucho más extrema en el contexto de países en desarrollo, obliga a tomar medidas también mucho más extremas. En este sentido, la literatura internacional sobre el tema parece admitir que mientras en los países desarrollados es necesario un proceso transparente y democrático en el que se rinde cuentas sobre la razonabilidad de las decisiones, la receta para los países pobres se limita al cálculo utilitarista de la maximización del nivel de salud agregado, entendido éste simplemente como una mayor productividad del capital humano para contribuir al desarrollo.²⁰

Aunque este razonamiento es válido dentro de una perspectiva puramente consecuencialista, deja por fuera una serie de consideraciones del proceso político que aparentemente llevarían a resultados que parecerían irracionales para la perspectiva económica. Una mejor propuesta sería complementar ambos enfoques, buscando pasar a una segunda fase como la de los países europeos, en la que se admite que no hay soluciones simples al problema del racionamiento y es mucho mas lógico garantizar un proceso legítimo que dé como resultado un acuerdo aceptado por la sociedad como legítimo. Quizá dentro de este proceso puedan introducirse consideraciones acerca del impacto de la inversión en salud sobre el desarrollo, lo cual llevaría a priorizar los recursos hacia las intervenciones de tipo PPB del gráfico 1. Pero es muy distinto que esto surja como consecuencia de un proceso transparente y democrático, que como una simple receta tecnocrática de ingeniería social a puerta cerrada y sin rendición de cuentas.

De todos modos si el debate sobre el racionamiento pasara a la segunda etapa, no sería necesario descartar la perspectiva económica, pues ésta aporta elementos muy útiles con su herramientas analíticas. Hauck y cols (2003) muestran qué tan útil resultaría esta

²⁰ Por ejemplo, el informe de la Comisión de Macroeconomía y Salud de la OMS recomienda dedicar los recursos escasos para salud, prioritariamente a intervenciones que tienen un alto impacto sobre el desarrollo. Véase: OMS (2001).

complementariedad: por una parte, el análisis económico obliga a explicitar una función objetivo, la cual debe maximizarse teniendo en cuenta la restricción presupuestal. Esto se lograría independientemente de que la función objetivo no sea la que el análisis económico típicamente usa, es decir, la maximización del nivel agregado de salud, sino que podría caber cualquier función objetivo por fuera del enfoque biomédico de los sistemas de salud. Por otra parte, al hacer explícita la relación entre función objetivo y restricción presupuestal, el análisis económico pone también en evidencia las tensiones (*trade-offs*) que surgen cuando hay que combinar varias alternativas para satisfacer un objetivo con recursos limitados.

En un intento por superar el enfoque simplista de las soluciones tecnocráticas, la Organización Mundial de la Salud y ONUSIDA propiciaron un debate sobre cómo lograr una distribución equitativa de los recursos de ayuda internacional para los países del África subsahariana en la lucha contra el SIDA. Un documento de discusión preparado por Norman Daniels (2004) para alimentar el debate, plantea cómo aplicar la propuesta de rendición de cuentas, que inspiró muchos debates sobre priorización en países desarrollados, a las condiciones más difíciles de los países en desarrollo.

El autor demuestra que aún en presencia de severas restricciones presupuestales es necesario garantizar la legitimidad de las decisiones, pues de no ser así se podría generar un sentimiento negativo similar al que genera un individuo que se ha ganado el premio mayor de la lotería cometiendo fraude. En el caso de la terapia antirretroviral del programa ONUSIDA, dado que los recursos solo alcanzan para tratar 3 millones de personas entre 6 millones de elegibles, el símil de la lotería es muy ilustrativo: si los elegidos han obtenido ese beneficio gracias a un proceso transparente y democrático, la legitimidad de la decisión estará asegurada.

Este planteamiento de Daniels resulta interesante cuando se trata de un beneficio que se otorga directamente a las personas por un donante externo. Pero podría argumentarse que un donante privado, ejerciendo su autonomía en la utilización de los recursos que va a donar, puede definir las prioridades unilateralmente y de manera exclusivamente consecuencialista. Por ejemplo, qué rendición de cuentas se le debe exigir a Bill Gates por dedicar importantes sumas de dinero de su fundación a la lucha contra la malaria y no contra la enfermedad de Alzheimer, o la construcción de hospitales o la entrega de alimentos? Esta misma pregunta no tendría lugar para un Estado, que tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud en las mismas condiciones para todos. Si el Estado asignara recursos a la manera de un donante privado, ello equivaldría a aceptar el principio del “dictador benévolo” o el de la mejor teoría disponible mencionado por De Roux y Ramírez, (2004).

Ahora bien, el planteamiento de Daniels sí resulta útil para evaluar la forma como se protegen los derechos en el caso de Colombia, y qué tan legítimo es el resultado en función de la rendición de cuentas sobre la razonabilidad de las decisiones. Hay dos situaciones muy claras en las que se puede aplicar este marco de análisis: El primer caso es el de la protección del derecho a nivel individual mediante la Acción de Tutela. Es evidente que en la decisión de proteger el derecho de un individuo, otros individuos pagan el costo de oportunidad, que no por ser anónimos tienen menos derecho. Entonces el juez de tutela

está faltando a las cuatro condiciones de rendición de cuentas, lo que haría que el resultado de la distribución de recursos sea ilegítimo.

El segundo caso es el de la justiciabilidad diferencial mencionada arriba, en el sentido de que los afiliados a la seguridad social tienen un instrumento a la mano, la Acción de Tutela aplicada a la protección del derecho fundamental autónomo, que no tienen los no afiliados a la seguridad social. Este caso también se puede analizar desde el punto de vista del derecho a la igualdad, que también está claramente establecido en la Constitución.

Por último, con miras a un potencial proceso democrático como el que requiere la propuesta de Daniels, y retomando lo planteado por Uprimny, es claro que este proceso podría ser eventualmente capturado por grupos de interés, y en ese caso serían mucho más evidentes las predicciones de los modelos teóricos de economía política. Un modelo particularmente llamativo es el del votante de la mediana. Si se asume que la mayoría de los individuos es más sensible a la regla del rescate que a los cálculos consecuencialistas sobre víctimas anónimas, es de esperarse que ningún político haga la apuesta suicida de proponer el racionamiento explícito. Por esta razón, este debate debe surgir desde otros escenarios y quizá el escenario del debate democrático en las instancias legislativas sea la última etapa, y no el inicio, como se pretende con frecuencia.

4. Conclusiones y recomendaciones para Colombia

Conclusiones

Aunque el bloque de constitucionalidad establece claramente el alcance de los DESC, hay un mayor énfasis en las atenciones de tipo preventivo, de promoción, de atención primaria y de salud pública. Las intervenciones de alto costo y bajo impacto no parecen tener en estas normas la prioridad que en la práctica se les da, lo cual ponen en duda que la Constitución Colombiana se apega a las normas internacionales cuando se protege el derecho a la salud en función de necesidades individuales y sin consideraciones de justicia distributiva.

La progresividad de los DESC no impone al país la obligación de dar prioridad a las atenciones de alto costo y bajo impacto. Pero como los derechos los exigen los individuos en función de sus necesidades personales y no de las colectivas, y los casos de mayor impacto financiero sobre el sistema responden a demandas del individuo sin consideración sobre el costo de oportunidad, es necesario iniciar un ejercicio en el que la sociedad reconozca la imposibilidad de satisfacer totalmente las necesidades individuales y se pongan sobre la mesa las tensiones que se generan entre el bienestar individual y el colectivo.

La justiciabilidad del derecho a la salud, en cuanto derecho de segunda generación, se debe definir en términos de unos mínimos que sean factibles para el Estado, para así poder exigirle a éste la garantía absoluta, tal como se le exige en los derechos de primera generación. Pero como actualmente el derecho a la salud se exige por la vía de la Acción de Tutela sin otra restricción que la de tipo jurídico, la imposibilidad fáctica de garantía

absoluta hace que este derecho no sea justiciable en igualdad de condiciones para todos, es decir, quedan víctimas anónimas sin posibilidad alguna de hacer justiciable su derecho a la salud.

La Acción de Tutela y la presencia de un plan de beneficios explícito, actúan como instrumentos efectivos de justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia. Sin embargo, la restricción presupuestal del sistema de salud hace que inevitablemente alguien esté pagando el costo de oportunidad de decisiones que aparentemente protegen el derecho de unos individuos, pero a expensas de la misma protección a otros individuos. El hecho de que los segundos sean anónimos y no tengan oportunidad de reclamar la protección de su derecho, hace que el proceso de racionamiento no sea transparente y no sea legítimo. La única vía para garantizar la legitimidad de las decisiones de racionamiento, que de todos modos se tienen que tomar, es propiciando un proceso democrático en el que se cumplan las condiciones de publicidad, relevancia, apelación y cumplimiento.

Este proceso democrático debe buscar la protección individual del derecho a la salud, pero al mismo tiempo debe ser sensible a las consecuencias (que no meramente utilitarista), de modo que haya un equilibrio socialmente aceptado entre el bienestar individual y el colectivo. Este equilibrio debe incluir la sensibilidad de la sociedad a los casos individuales, pero también debe poner de manifiesto el costo de oportunidad que esto representa y buscar una solución que permita aprovechar los efectos positivos de la inversión en salud sobre el desarrollo. De todos modos, el equilibrio entre bienestar individual y colectivo hace parte del ordenamiento constitucional de la Carta Magna, por lo cual no se puede ignorar la obligación del juez constitucional de garantizarlo.

Las herramientas de evaluación económica no son la respuesta única e inequívoca al problema del racionamiento, pues éste tiene dimensiones políticas que no alcanzan a ser captadas por dichas herramientas. De todos modos, su uso es importante como un instrumento para poner de manifiesto las tensiones que involucra la asignación de recursos escasos, y para apoyar el análisis de las diferentes alternativas de decisión para lograr una mayor eficiencia de asignación. Del mismo modo, el criterio médico no debe ser tomado como argumento suficiente para tomar decisiones de racionamiento, sino solamente como argumento necesario, pues la toma de decisiones por parte del médico se hace exclusivamente en función del bienestar del paciente y no contempla consideraciones distributivas.

La presencia de problemas de ineficiencia y corrupción no pueden ser obstáculos para iniciar un proceso de racionamiento explícito. Aunque ciertamente es más difícil lograr la legitimidad del racionamiento cuando existen estos vicios, es mucho más ilegítimo que, además de estos dos vicios, haya un racionamiento de facto, que solo favorece a los grupos sociales más educados, de mejores ingresos, o mejor organizados para exigir la protección de sus derechos.

Dada la sensibilidad política del tema del racionamiento en salud, es preferible iniciar un proceso de reflexión a nivel académico, que sienta las bases para un futuro proceso democrático que no se vea expuesto al oportunismo político. Iniciar este proceso democrático muy rápido generaría tal rechazo en la opinión, que los políticos, encargados

de generar los consensos que esto necesita, serían los primeros en apartarse y en atacar con vehemencia la iniciativa desde su comienzo.

Recomendaciones

Con base en la reflexión de este documento, es pertinente hacer las siguientes recomendaciones:

- Iniciar un proceso deliberativo en dos fases: una primera fase a nivel académico, con mesas de trabajo de diferentes disciplinas, que incluirían, como mínimo: medicina, economía, derecho, filosofía, comunicación social, y ciencias políticas. Este proceso debe arrojar documentos de trabajo que posteriormente se unifiquen en una publicación, que servirá de base para iniciar una segunda fase en la que participan los actores del sistema.
- Entre la primera y la segunda fase se podría organizar un evento abierto al público, en el que se presenten los planteamientos académicos, y que sirva como preámbulo a la segunda fase.
- La segunda fase tendría lugar mediante la convocatoria a los actores principales involucrados en el problema del racionamiento, que incluirían, como mínimo: gobierno (Ministerio de Protección Social, Ministerio de Hacienda), rama judicial (Corte Constitucional, jueces), administradores de planes de beneficios, prestadores entes territoriales, organizaciones de profesionales de la salud, y organizaciones de pacientes.
- Una vez logrado un nivel de consenso mínimo, se debe hacer la divulgación necesaria para involucrar a los demás actores y a la opinión pública en general
- Este consenso mínimo debe traducirse en una Ley Estatutaria que establezca límites razonables al derecho a la salud, y que garantice la protección de un mínimo que sea justiciable para todos por igual.

REFERENCIAS

- Aaron H (2005). Health care rationing: what it means. The Brookings Institution. Policy Brief # 147.
- ALAMES (2005). Derecho a la salud: situación en países de América Latina. Disponible en: http://www.plataforma-colombiana.org/biblioteca_pag/derechosalud.pdf
- Arango R (2005). Experiencia colombiana sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ponencia presentada en agosto de 2005 en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Tlateloco, DF. México.
- Aramburu A (2005). El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ponencia presentada en agosto de 2005 en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Tlateloco, DF. México.
- Arbeláez M (2002). Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1991-2001). Borrador.
- Baltussen R (2005). Priority setting for health spending in developing countries: do not try to do everything for everybody. *Health Policy*. En prensa.
- Calabresi G, Bobbitt (1978). Tragic choices. WW Norton & Co.
- Castaño RA (2000). Medicina, ética y reformas a la salud. ECOE Ediciones.
- Chinitz D, Israeli A (1997). Health reform and rationing in Israel. *Health Affairs*. 16(5):205-210.
- Constitutional Court of South Africa. Case CCT 32/97, Soobramoney vs Minister of Health.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 478/95.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-111 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016-99.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-671 de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 264/03.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-859/03.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-654/04.

Coulter A, Ham C (2000). *The Global Challenge of Health Care Rationing*, editado por Angela Coulter y Chris Ham. Open University Press.

Daniels N (2004). How to achieve fair distribution of ARTs in 3 by 5: fair process and legitimacy in patient selection. WHO/UNAIDS.

Daniels N, Sabin J (1997). Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation, and the legitimacy problem for insurers. *Philosophy and Public Affairs*. 26(4):303-502.

Daniels N, Sabin J (1998). The ethics of accountability in managed care reform. *Health Affairs*. 17(5):50-64.

Daniels N, Sabin J (2002). *Setting limits fairly: Can we learn to share medical resources?* Oxford University Press.

De Roux G, Ramírez J (2004). Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. Serie Estudios y Perspectivas, #4. CEPAL.

Defensoría del Pueblo de Colombia (2004). *La Tutela y el derecho a la salud: Causas de la Tutela en salud*.

Goddard M, Preker A, Smith PC (2006). Priority setting in health – a political economy perspective. *Health Economics, Policy and Law*. 1(1):79-90.

Hadorn D (1991). Setting health priorities in Oregon. Cost-effectiveness meets the rule of rescue. *Journal of the American Medical Association*. 265:2218-25.

Ham C, Coulter A (2000). Introduction: international experience of rationing (or priority setting). En: *The Global Challenge of Health Care Rationing*, editado por Angela Coulter y Chris Ham. Open University Press.

Hauck K, Smith PC, Goddard M (2003). The economics of priority setting for health care: a literature review. HNP Discussion Paper. The World Bank.

Holm S (2000). Developments in the nordic countries: Goodbye to simple solutions. En: *The Global Challenge of Health Care Rationing*, editado por Angela Coulter y Chris Ham. Open University Press.

King D, Maynard A (1999). Public opinion and rationing in the United Kingdom. *Health Policy*. 50:39-53.

Kinney ED, Clark BA (2004). Provisions for health and health care in the constitutions of the countries of the world. *Cornell International Law Journal*. 37:285-355.

Klein R, Williams A (2000). Setting priorities: what is holding us back –inadequate information or inadequate institutions? En: *The global challenge of health care rationing*, editado por Angela Coulter y Chris Ham. Open University Press.

- Nozick R (1974). *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell.
- Oberlander J, Marmor T, Jacobs L (2001). Rationing medical care: rhetoric and reality in the Oregon Health Plan. *Canadian Medical Association Journal*. 164(11): 1583-1587.
- OMS (2001). *Macroeconomía y salud: invertir en salud en pro del desarrollo económico*. Comisión de Macro-Economía y Salud. Ginebra.
- Parra O (2003). *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo de Colombia.
- Periódico El Tiempo (2005). *Denuncian que muchas tutelas de salud son inducidas para generar más ingresos a laboratorios y EPS*. Octubre 17 de 2005.
- Rawls J (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Richardson J, Mackie J (sin fecha). *The rule of rescue*. Center for Health Program Evaluation. Working paper. 112.
- Sen A (2000) *Development as Freedom*. Alfred A Knopf, New York.
- Shani S, Siebzeiner MI, Luxenburg O, Shemer J (2000). Setting priorities for the adoption of health technologies on a national level –The Israeli experience. *Health Policy*. 54:169-185.
- Torres R, Bellagio R, Roa R, Cochlar O, San Martín M (2004). *El financiamiento de la salud en la Seguridad Social en Argentina*. En: III Premio OISS 50 Aniversario. OISS Madrid.
- Van der Grinten TED, Kasdorp JP (1999). Choices in Dutch health care: mixing strategies and responsibilities. *Health Policy*. 50:105-122.
- Vizard P (2005). *The contributions of Professor Amartya Sen in the field of human rights*. Centre for Analysis of Social Exclusion, London School of Economics. Paper # 91.