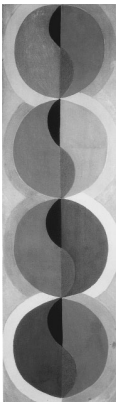
reseñas

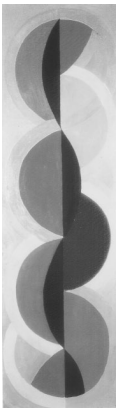
Los muertos de la Ley 100

Gañán Echavarría J. L. Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: Una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; 2013.

Por: María Inés Jara-Navarro

La libertad y la salud se asemejan: su verdadero valor se conoce cuando nos faltan.
Henri Becque





Desde una mirada crítica y a partir del derecho a la salud y de los derechos económicos, sociales y culturales, esta publicación constituye un interesante análisis de los alcances y limitaciones de la normatividad vigente en Colombia. En el contexto de la permanente violación al derecho a la salud, el autor aborda dos preguntas fundamentales: i) ¿Prevalece el derecho a la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud en el caso del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)?; y ii) en caso positivo, ¿implicaría dicha prevalencia que el derecho a la salud no se garantice realmente o se garantice solo en parte por las EPS o IPS, y, por tanto, que el derecho fundamental a la salud sea ineficaz? A estos interesantes problemas, el autor suma la hipótesis de trabajo que guiará el camino de desarrollo de su trabajo: la protección del derecho a la salud es ineficaz por las restricciones que para su satisfacción derivan de la realización de la libertad económica en su dimensión de libertad de empresa (1).

A fin de resolver estos dos interrogantes y sustentar la hipótesis, en primera instancia, el autor desarrolla el análisis desde el punto de vista jurídico, de la evolución del concepto de salud y del derecho a la salud y los derechos de libertad económica. En efecto, en este apartado Gañán se detiene en el análisis de los conceptos jurídicos y de la jurisprudencia que sobre la salud, el derecho a la salud y de su iusfundamentalidad o no, ha estructurado la Corte Constitucional en sus sentencias de constitucionalidad, de unificación y de revisión de tutela en lo corrido desde 1992 hasta 2008 (1).

Gañán señala la importancia de que la salud sea concebida de forma

integral, garantizada y protegida por el Estado, así como por las diferentes entidades e instituciones que por delegación de este se encuentren comprometidas con su protección y con la prestación de los servicios de salud. Luego de un juicioso análisis crítico de lo que por derecho a la salud se ha entendido, es concluyente al afirmar que "no existe aún una línea jurisprudencial unánime acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud en la Corte Constitucional" (1).

En este sentido y de manera sugestiva, el autor hacer ver cómo la Corte Constitucional no ha tenido mayores avances, como en el caso de la fundamentalidad por conexión del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, exponiendo que no existe una línea jurisprudencial consolidada en relación con la iusfundamentalidad del derecho a la salud en la propia Corte Constitucional: "La Corte Constitucional parece haber arribado nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental, (concepto de las sentencias de 1992), noción de la cual no debió haberse apartado; al contrario, debe consolidarse en clave de Estado social, por ende, en clave de Dignidad Humana" (1).

Al final del capítulo, en relación con el derecho a la libertad económica, Gañán hace ver que si bien según el artículo 333 de la Constitución, *la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades*, también lo es que las distintas sentencias hacen ver "que los derechos a la libertad de empresa y a la libertad económica de las empresas particulares prestadoras del servicio público de salud no son absolutos; por el contrario, encuentran claras limitaciones en la protección del interés general y la eficacia del derecho fundamental a la salud" (1). Sin lugar a duda, el autor llevó a cabo un interesante ejercicio de compilación de fuentes para desarrollar de manera seria y juiciosa una crítica en relación con el concepto de salud y el derecho al que tenemos todos. Las conclusiones de este primer capítulo dejan al lector perplejo, habida cuenta de las graves confusiones existentes a la hora de comprender el derecho a la salud, el cual a juicio del autor no es lo que comúnmente hemos entendido.

Para ahondar en este terreno, Gañan desarrolló un análisis crítico del SGSSS, desde una premisa fundamental: este no es equivalente al derecho fundamental a la salud (1). Siendo así, hace ver que el derecho a la salud es universal, en contraposición con el SGSSS, que no lo es. Pues bien, partiendo de dicha premisa el autor procede a una breve descripción del SGSSS, con el objetivo de indicar cómo desde las mismas normas que lo rigen y desde su propia estructura funcional, se encuentra inserta la tensión natural entre el derecho fundamental a la salud y el derecho de libertad de económica, toda vez que según el autor, permite la concurrencia de particulares en la administración y prestación del servicio esencial de salud.

A través de un exhaustivo análisis, Gañán se compromete a responder cómo se encuentra estructurado el actual SGSSS colombiano y cómo en este se hace presente la tensión entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica (1). En una de sus primeras conclusiones, deja claro que el SGSSS es constitucional, por cuanto se ajusta y está acorde con los preceptos constitucionales y responde a los propósitos y objetivos constitucionales, por cuanto pretende el logro de los más altos niveles de universalidad, solidaridad y eficiencia y se encuentra organizado en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

Sin embargo, este hecho se constituye para el autor en fuente de nuevos interrogantes,

pues si bien el sistema es constitucional, no cabe duda que en su marco se presentan colisiones fundamentales entre los derechos. El término colisiones, es utilizado por el autor para sustentar el choque que se ha dado entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica.

El inicio del análisis de estas colisiones está enmarcado por varias preocupaciones enunciadas por el autor: ¿Cuáles son las colisiones que se presentan en forma más frecuente entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica en Colombia?, ¿en las colisiones entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica ha prevalecido el de la libertad económica sobre el de salud? En caso de que el derecho a la libertad económica haya prevalecido sobre el derecho fundamental de salud, en las colisiones entre ambos derechos, ¿es esta una razón para que la protección del derecho fundamental de la salud haya sido ineficaz? (1). A juicio hipotético del autor, parece ser que la libertad económica ha prevalecido sobre el propio derecho fundamental a la salud y es posible que tal prevalencia sea una importante razón para que la protección del derecho fundamental a la salud se torne ineficaz (1).

A fin de sustentar dicha premisa, Gañán sostiene que los choques se generan por: i) la necesidad de las personas de acceder a servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POSC); (ii) no obstante estar incluidos en el POSC, son requeridos sin el cumplimiento previo de las semanas de cotización establecido para la atención de alta complejidad terapéutica; (iii) aun cumpliendo los requisitos de semanas de cotización para las enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas, o para el caso de las enfermedades generales, el usuario no tiene cómo pagar las sumas correspondientes a las cuotas moderadoras o a los respectivos copagos; (iv) es posible que por mora, por parte del empleador o del propio afiliado independiente, en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al Sistema a través de la respectiva Empresa Promotora de Salud (EPS), no sea atendido o no se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad no profesional que se le haya prescrito.

También es posible (v) que por mora, por parte del empleador o de la propia afiliada independiente, en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al sistema a través de la respectiva EPS, no se haya reconocido ni pagado la respectiva licencia por maternidad; (vi) así mismo, se ha presentado colisión cuando los servicios, actividades o procedimientos han sido prescritos por médicos no adscritos a la EPS; (vii) de otra parte, ha existido frecuente conflicto entre las empresas oferentes de planes voluntarios de salud (PVS), en especial, de las relacionadas con los planes de medicina prepagada, en lo concerniente a la estipulación contractual de las preexistencias. En el nivel macro del SGSSS se ha presentado colisión entre la posibilidad empresarial de contratar por parte de las EPS con sus propias Instituciones Promotoras de Salud (IPS) y la limitación legal, precisamente a la llamada integración vertical patrimonial (1).

Acto seguido, el autor pasa al análisis de tales escenarios de confrontación, la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y criterios básicos de análisis: i) sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones; ii) integración vertical patrimonial; iii) independencia técnica y administrativa; iv) contenido del Plan Obligatorio de Salud; v) cuotas moderadoras y copagos; vi) períodos mínimos de cotización; vii) mora en el pago de aportes y cotizaciones;

viii) reconocimiento y pago de licencias de maternidad; ix) planes adicionales de salud-preexistencias, y x) la posición de las EPS e IPS.

Presentados y analizados los choques, Gañan procede desde la norma y las jurisprudencias a analizar por qué se han desarrollado o restringido el derecho a la libertad económica, el derecho a la libre competencia y el derecho a la libre empresa en lo relacionado con las EPS y las IPS del Régimen Contributivo, a partir de la sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones, la integración vertical, la independencia técnica y administrativa, los contenido del POS, la cuotas moderadoras y copagos, los periodos mínimos de cotización, la mora en el pago de aportes y cotizaciones, el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, el reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional y preexistencias (1).

Finalizado tan exhaustivo análisis, Gañan confirma su hipótesis en cuanto a que ha prevalecido la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud, por cuanto son recurrentes y reiteradas las negativas de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del POSC, de forma que en dichas desaprobaciones ha prevalecido la racionalidad económica de las EPS involucradas sobre la racionalidad social que apareja su participación en el SGSSS, el ánimo de lucro sobre la salud y, en muchas ocasiones, sobre la vida digna y con calidad. Según el autor, ello ha violentado los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, eficiencia social y participación, e inclusive el propio principio de estabilidad financiera del sistema. Siendo así, y considerando que el Estado colombiano es garante del derecho fundamental a la salud de toda su población, subsidiada o contributiva, según el autor es este quien vulnera el derecho fundamental a la salud y el respeto a los derechos de esencia social, trayendo consigo la muerte de muchos pacientes.

El texto se cierra con una interesante sección de propuestas para superar lo que el autor denomina como los *muertos de la Ley 100*, que a mi modo de ver se ajustan a una ética de la protección (2), por cuanto el Estado es quien debe proteger a la población, en un compromiso práctico, sometido a alguna forma de exigencia social, con lo cual la protección se vuelve un principio moral irrevocable.

Referencias bibliográficas

1. Gañan Echavarría, G. Los muertos de la Ley 100. Universidad de Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; 2013.
2. Schramm F, Kottow M. Principios bioéticos en salud pública: Limitaciones y propuestas. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro. 2001 jul.-ago.; 17 (4):949-956.