

La judicialización del derecho a la salud: lecciones a extraer de Colombia para América Latina



NACIONES UNIDAS

Ana Soja



Exposición en Taller "Equidad en salud y judicialización del derecho a la salud en Colombia: balance de dos décadas, y perspectivas ante la reforma en marcha", organizado por la CEPAL con auspicio de la GIZ, Santa Fe de Bogotá, agosto 2013.

¿Qué está hoy en juego?: algunas variables clave de los sistemas de protección social

- Las reglas y criterios que determinan la elegibilidad y el beneficio: quién recibe qué
- Qué tipo de beneficios se proveen
- Los mecanismos de financiamiento: quién paga y cómo
- La organización y gestión del esquema: quién decide y quién administra

(Ferrera, 1998; Bonolli y Pallier, 1998)

¿Fatiga de las reformas?

- La estrategia de universalización no puede estar centrada en el incremento de recursos, sino en la morfología de la protección social: cambio institucional como *locus* de la innovación
- Debilidades regulatorias
- Descreme del mercado
- Hipertrofia de la intermediación financiera y aseguradora; altos costos de transacción; debilidades de sistemas de pago prospectivo
- Subsidios cruzados al sector privado
- Turbulencias del financiamiento: ajustes fiscales y competencia por recursos entre sectores (pensiones, salud y PTCs)
- Integración débil de niveles de atención y de sistemas de referencia
- En la crisis y por la racionalidad del lucro, ganancias empresariales y pérdidas de los cotizantes

Trade-off entre redistribución y privatización del aseguramiento en salud, Chile: papel del loading fee (van de Ven, 2013)

Chile: rentabilidad promedio sistema ISAPRES (2004 - 2012)	
Promedio sistema	
	Enero - Diciembre
	%
2004	66,2
2005	77,8
2006	65,4
2007	31,3
2008	37,2
2009	23,6
2010	40,9
2011	53,6
2012	40,4
Promedio del Periodo	48,5
(*) Resultado del ejercicio sobre capital y reservas	

Fuente: elaboración propia , con datos Superintendencia de ISAPRES

Capacidad regulatoria

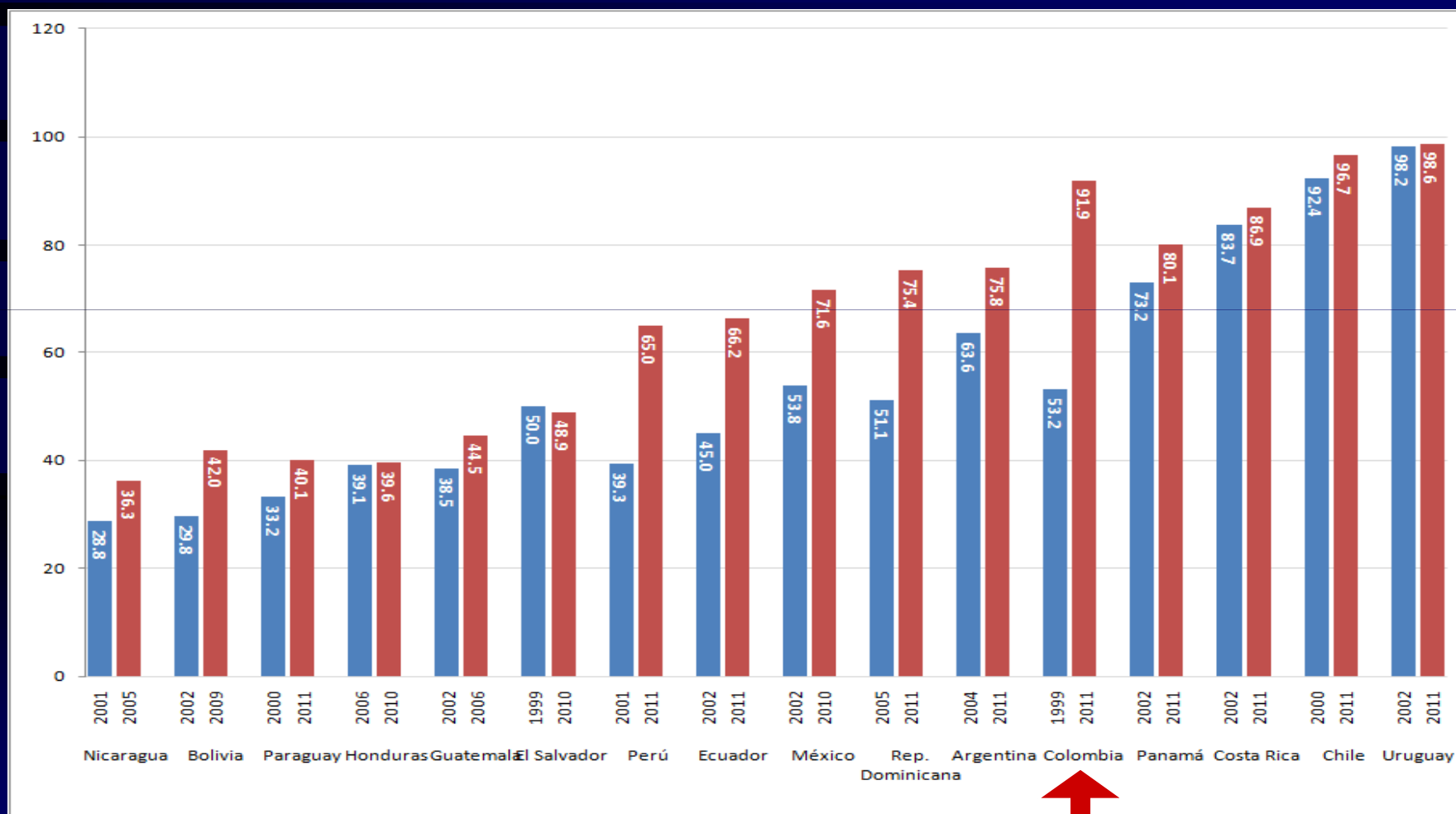
- Acontece en economías abiertas y shocks (riesgos financieros)
- Ante un mercado omnímodo y combinaciones público privadas cada vez más complejas, no puede haber una regulación postrada respecto de:
 - la eficiencia y eficacia
 - la sostenibilidad financiera
 - los subsidios cruzados
 - el descreme del mercado
 - la protección de los derechos de los beneficiarios
 - fijación y supervisión de tarifas y comisiones
 - la supervisión de la calidad servicios y productos
 - la seguridad del usuario
 - la corrupción

Derechos sociales: definiciones pendientes

- relaciones entre sujetos titulares de derechos
- alcances de los derechos
- obligaciones que emanan de los derechos
- sujetos deudores de estos derechos
- establecimiento prioridades
- instrumentos de garantía o de protección

(Courtis, 2006)

El extraordinario salto de Colombia: afiliación a salud % asalariados 15+, 16 países



Fuente: CEPAL, Panorama Social 2013, en elaboración

Los derechos sociales : garantías y límites de la judicialización



- debe aspirarse a la menor “judicialización” del disfrute de los derechos, sean estos garantizados o no
- expresa tensiones y conflictos entre demandas individuales de sujetos de derecho y los umbrales de prestaciones fijados por el Estado
- dinámica judicial es problemática en tanto “sustitutiva” de la política: juegos de suma cero; menor complejidad y parcialidad resoluciones (Abramovich y Courtis), sustento técnico en juego
- desigualdad en la distribución socioeconómica y costos financieros del litigio en Colombia, Brasil, la Argentina
- cabe considerar los beneficios individuales del litigio como sus efectos agregados (Uprimny y Durán)
- fortalecer sistemas de salud vigorosos, más equitativos y eficientes y capaces de responder mejor a las demandas ciudadanas

Situaciones muy diversas en la región

- Aún en Chile, país con una judicialización muy restringida, el Tribunal constitucional declaró inconstitucional que las tablas de factores que determinan el costo de los planes de salud de las ISAPRES sean definidas mediante normas administrativas
- La judicialización está relacionada con la institucionalidad del sistema. En Colombia: la especialización de regímenes que no llegaron a converger, la desarticulación de servicios provista por las IPS, las asimetrías de capacidad de negociación con las EPS, la ausencia de estándares de acreditación y supervisión, el laberinto financiero de las cuentas de salud, la demanda inducida por la industria farmacéutica, problemas de corrupción en sobrepuestos
- La articulación en el territorio del sistema de salud, un administrador único de recursos con capacidad de sanción, un fortalecimiento de la atención primaria se han revelado como aspectos fundamentales para el acceso adecuado a los servicios que reduzca la judicialización del derecho

Aspectos negativos que pueden emerger en el litigio

- Desigualdad socioeconómica de su ejercicio
- Conductas de riesgo moral: ¿qué papel han jugado las empresas medicamentos ?
- Recobros por prestaciones de poco valor, que involucran altos costos de transacción. El costo de la acción jurídica puede ser mayor que el de la prestación
- Se genera congestión judicial
- Pertinencia dudosa de algunas resoluciones, en contexto de recursos escasos y de gran desigualdad
- Endeble conocimiento de la condición socioeconómica del litigante: el criterio de incapacidad económica, sujeta a escrutinio, debe ser más utilizado (Uprimny y Durán, 2013)

Patrón de litigio y arquitectura del sistema de salud: desafíos

- El patrón de litigio (frecuencia, modalidades) se relaciona estrechamente con el diseño del sistema de salud (no contribuyó a la convergencia de los subsistemas POS y no POS), y con mecanismos administrativos que no canalizan adecuadamente conflictos que surgen en la prestación de los servicios de salud
- Las soluciones colectivas o estructurales tienen más potencial para atacar desigualdades de la protección al derecho que las individualizadas
- Para los jueces, ello plantea el desafío de visualizar la racionalidad sistémica que emerge de los casos individuales para actuar sobre sus efectos agregados, mediante sentencias que consoliden la modificación de elementos pertinentes.
- Para los organismos competentes del sistema de salud, mejorar la arquitectura del sistema y establecer mejores políticas
- En ambos casos, la búsqueda de soluciones estructurales

(Uprimny y Durán, 2013)

Inclusiones y exclusiones: disputa medular

- Se litigan prestaciones curativas que claramente están cubiertas y que no son negadas por las EPS, como las citas médicas, pero que son demoradas o están sujetas a barreras administrativas
- En el caso de prestaciones no cubiertas, el patrón del litigio tiene una relación estrecha con el establecimiento de prioridades. Por tanto, las altera
- Se advierte la necesidad de articular y profundizar el fundamento técnico y de costo efectividad que subyace tras las exclusiones, teniendo presente la protección del derecho a la salud, sus límites y la manera en que se imponen
- La necesidad de explicitar los criterios sustantivos y procedimentales con que se define la cobertura
- La rigidez de cobertura parece incentivar el litigio (especificación concreta de concentraciones y fórmulas farmacéuticas de medicamentos)

(Uprimny y Durán, 2013)

Complejidades de la priorización

- Se evidencia una “limitada capacidad para un diseño justo y sólido de paquetes de beneficios” Cubillos, Escobar, Pavlovic y lunes (2012): establecimiento de prioridades
- La adopción de planes de beneficios priorizados y explícitos por sí sola no implica necesariamente que el financiamiento público desaparezca o disminuya para atenciones no consideradas prioritarias.
- Se han analizado cambios del consumo de las prestaciones garantizadas en los distintos planes de beneficios, pero muy poco lo que acontece con el gasto, el acceso y consumo de prestaciones de salud excluidas de las listas priorizadas. Es crucial conocer la proporción de gasto dirigida a atenciones priorizadas y no priorizadas; sus respectivos efectos tanto respecto de prestaciones priorizadas (cuyo acceso estaba restringido por límites en la oferta pública) como de prestaciones no priorizadas.
- Deben analizarse sus efectos globales en la equidad del acceso a las prestaciones (horizontal y vertical)

El contexto jurídico global y la porosidad de las barreras infranqueables

- Restricciones de las reformas para encarar el litigio, dado que está en juego la jurisprudencia constitucional
- La imposición mediante normas de barreras infranqueables puede resultar inocua ante la judicialización
- Es importante elevar la legitimidad democrática de excluir servicios, por parte del legislador estatutario. Como los “listados de servicios” pueden conducir a la litigación, deben abordarse expresamente en la ley ordinaria y estatutaria
- Deben preverse mecanismos para financiar prestaciones a las que se tiene acceso por litigio

(Uprimny y Durán, 2013)

Judicialización y políticas que remiten a otros ámbitos de las políticas públicas o de la protección social

- El litigio puede abarcar prestaciones que no involucran únicamente al sector salud. Por ejemplo, las relativas al transporte; o bien las que evidencian conflictos relacionados con la falta de un sistema público de cuidado (acceso a enfermería domiciliaria , que actualmente alcanza cifras muy altas)

(Uprimny y Durán, 2013)

¿Qué se desea asegurar?: la temática del cuidado

- imprevisibilidad de niveles de dependencia; carácter fortuito de algunos eventos que pueden exacerbarla, determinantes socioeconómicos
- incertidumbre de la probabilidad de necesitar de cuidado y de la distribución de diferentes duraciones e intensidad de los episodios en que se necesite (Barr, 2009, pp. 6-8).
- la prestación de cuidado acarrea costos inciertos
- de allí (y para diferenciar riesgos) que sea recomendable el financiamiento compulsivo y la necesidad involucra incluir gente joven en el aseguramiento (Ib., p.8) : solidaridad intergeneracional y nivelación de consumo de las personas a lo largo de su vida
- combinar formas de aseguramiento con provisión de servicios

El cuidado como "framing" de políticas de protección social

- Dar un salto en el desarrollo de las destrezas y capacidades infantiles mediante intervenciones tempranas críticas para el desarrollo cognitivo y que pueden disminuir las desigualdades sociales;
- Velar por el bienestar de las personas adultas mayores y con discapacidad vulnerables y dependientes mediante una gama de intervenciones que provean cuidado y promuevan su actividad y autonomía y actúen contra su aislamiento social;
- Potenciar las opciones vitales de los familiares a cargo del cuidado;
- Estrechar las brechas de oportunidades entre mujeres y hombres; contribuir a ampliar las posibilidades de empleo de las mujeres y con ello a generar externalidades positivas para la creación de empleo y la capacidad productiva;
- Disminuir la pobreza y la vulnerabilidad de los hogares a caer en la pobreza, al incrementar la capacidad de las mujeres de menores ingresos para buscar trabajo de mejor calidad;
- Coadyuvar a lograr un rejuvenecimiento de la población que refleje el libre ejercicio del derecho a la maternidad y la paternidad de las personas, al allanar obstáculos que impiden conciliar la vida familiar y laboral;
- Favorecer la sustentabilidad del financiamiento de la protección social.

(Sojo, 2011)