

Tercer panel: las perspectivas del litigio en salud ante la propuesta de reforma a la salud, analizadas desde diversas ópticas

Óptica de las organizaciones sociales que han dado seguimiento al litigio y participado ante la Corte Constitucional.

Se trata de analizar cómo las exigencias y las perspectivas de la jurisprudencia constitucional en salud se han incorporado en la reforma propuesta recientemente por el gobierno.

Las preguntas clave son: ¿se adoptan medidas que permitan resolver los problemas que han sido resaltados en la jurisprudencia constitucional y particularmente en la sentencia T-760?: ¿puede tener un impacto en la reducción de las tutelas?

ASPECTOS DE LA REFORMA EN SALUD QUE RESUELVEN LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA SENTENCIA T-760/08

- 1. El derecho a la salud comprende el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad.**

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos, cuando no autoriza a una persona un servicio que requiere y el cual aleja no poder costearse por sí misma, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud?

Reforma: La Ley Estatutaria plantea en su *Artículo 15. Prestaciones de salud* que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas; lo anterior contenido en un plan de beneficios implícito con exclusiones explícitas. En el proyecto de ley ordinaria también se define este aspecto, estableciendo además en el *Parágrafo 2 del Artículo 21. Criterios para definir exclusiones* que bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.

Respecto a las exclusiones, establece la posibilidad de que los pacientes que se puedan ver afectados por esta decisión de exclusión accedan a instancias consultivas como expertos independientes de alto nivel, asociaciones de profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes ante cualquier negación.

Sin embargo, frente a este punto la ciudadanía plantea inquietudes respecto al plan de beneficios contemplado en la reforma y que tiene implicaciones en la garantía del derecho a la salud como por ejemplo que la atención debe estar definida por patología más no por la lista de medicamentos POS y No POS. Es necesario especificar muy bien que está excluido y que está incluido, para que haya claridad entre todos los actores del sistema. También plantean que es necesario aclarar y definir para la ley que es “suntuario”. Además no queda claro la garantía del

acceso oportuno y eficiente a los servicios y tecnologías de acuerdo a los requerimientos de las patologías.

Dado todo lo anterior, sí hay claridad frente a los aspectos que tienen que ver con exclusiones, y siempre y cuando estas limitaciones dentro del plan de beneficios no pongan en riesgo la vida, salud e integridad de las personas, puede tener un impacto en la reducción de la interposición de la acción de tutela como mecanismo para garantizar el derecho a la salud.

2. Los pagos moderadores no pueden ser una barrera que dificulte, postergue o impida el acceso a los servicios de salud que se requieran.

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud de una persona la entidad que no le autoriza el acceso a un servicio de salud que aquella requiere, hasta tanto no cancele el pago moderador que corresponda reglamentariamente, incluso si la persona carece de la capacidad económica para sufragarlo?

Reforma: La Ley Estatutaria en el *Artículo 10. Derechos y deberes de las personas*, relacionados con la prestación del servicio de salud, numeral i) establece que dentro de los deberes de las personas esta el contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demanda la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago. Sin embargo establece en el *Parágrafo 1* de dicho artículo *que en ningún caso el incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos con necesidad*. A su vez el proyecto de Ley Ordinaria en el *Artículo 26. Prestadores de servicios de salud*, *Parágrafo 2* establece *que queda prohibido el cobro de copagos y cuotas moderadoras a usuarios del régimen subsidiado, y a los del contributivo cuando se trate de atención en medicina general y en los programas de promoción, prevención y protección específica* definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. En los servicios de salud complementarios, *el Ministerio de Salud y Protección Social regulará el cobro de copagos y de cuotas moderadoras, de acuerdo con la capacidad del pago del usuario, lo cual no será barrera o límite para su debida atención*.

Ante esto la ciudadanía plantea que en ese sentido es preocupante que continúen las barreras de acceso a la salud a partir de cobros como copagos y cuotas moderadoras lo cual requiere un análisis más profundo, ya que el sistema debe ser gratuito para toda la población de acuerdo al principio de derecho a la salud, el cual no debe estar limitado por la capacidad de pago. En caso tal de que estos copagos y cuotas moderadoras se mantengan es necesario definir muy bien como se van a establecer.

En tal sentido, si bien tanto la el articulado contempla la prohibición de la negación de los servicios por el no pago de copagos y cuotas moderadoras, y, en particular la ley ordinaria establece algunas situaciones que excluyen de estos pagos, debe hacerse más explícito cuales serán los mecanismos para garantizar que frente a la falta de capacidad económica para realizar estos pagos por parte de las personas, no haya negación de los servicios y se generen barreras para esta atención en salud, para así tener un impacto en la disminución del total de tutelas interpuestas por esta causa.

3. Protección especial del derecho a acceder a los servicios de salud de las niñas y los niños.

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos, cuando no la autoriza a un niño o una niña un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud o porque la vida o la integridad personal del menor no dependen de la prestación del servicio?

Reforma: Tanto la Ley Estatutaria como el proyecto de Ley Ordinaria establecen en su Artículo 5. Obligaciones del Estado, numeral f) Prevalencia de derechos contempla que el Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los siete (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. Además hacen el reconocimiento de este grupo como *Sujetos de especial protección*: la atención de niños, niñas y adolescentes, entre otros grupos de especial protección por parte del Estado, *por lo cual su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.*

En el proyecto de Ley Ordinaria en el Artículo 74. Sanciones establece que la afectación del derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, entre otros grupos de protección especial será causal de agravación de las sanciones.

Por tanto la garantía del derecho fundamental a la salud de este grupo poblacional siempre estará por encima de cualquier consideración de tipo económico o de prestación del servicio que pueda limitar el goce efectivo del derecho reconocido en la ley.

4. Una entidad encargada de garantizar el derecho a la salud sólo puede desconocer el concepto de un médico reconocido que no está adscrito a su red de prestadores, cuando su posición se funda en razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión.

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio requerido, cuando éste fue ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, pero es especialista en la materia?

Reforma: Tal y como lo reconoce la Sentencia T-760/08 [...]cuando (i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, en estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle

oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva[...].

Sin embargo, al revisar la Ley Estatutaria y el proyecto de Ley Ordinaria, no hay claridad puntual frente a esta situación, lo que dejaría un vacío frente a la resolución de este problema jurídico identificado por la Corte Constitucional.

- 5. El derecho de acceder a los servicios incluidos en el plan obligatorio, no puede ser obstaculizado alegándose incumplimiento en ciertos pagos, cuando la entidad se allana a la mora, al recibir nuevos pagos.**

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, la entidad encargada de garantizarle el acceso a una prestación social derivada de su estado de salud (incapacidades laborales), cuando se niega a autorizarlo porque en el pasado no se cumplió con la obligación de cancelar los aportes a salud dentro del plazo establecido para ello?

Reforma: Ni la Ley Estatutaria, ni el proyecto de Ley Ordinaria plantean acciones para atender este problema. Sin embargo y por la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana, tal y como lo reconoce la Corte Constitucional se hace necesario reconsiderar el Artículo 21: Reconocimiento y pago de licencias del Decreto 1804 de 1999, que regula este tema. Debe prevalecer siempre el derecho a la salud antes que cualquier otra consideración.

Lo único que hace referencia al respecto, es el Artículo 17 del proyecto de Ley Ordinaria: destinación de los recursos administrados por Salud-Mía, numeral b) el pago por licencias de maternidad o paternidad o incapacidades por enfermedad general de los afiliados cotizantes al SGSSS, pero no establece mecanismos para la garantía del pago de estas prestaciones.

- 6. El acceso a los servicios de salud que se requieran, está especialmente garantizado a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo.**

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud de una persona, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, al interrumpir el suministro de los mismos porque ya transcurrió un mes luego del momento en que la persona dejó de cotizar, en razón a que ahora es desempleado?

Reforma: No está claro ni en la Ley Estatutaria, ni en el proyecto de Ley Ordinaria como se garantizará el derecho a la salud a las personas desempleadas, a pesar de que en términos generales se reconoce la garantía del derecho a la salud sin que medie la capacidad de pago haciendo explícita la prohibición de la negación de prestación de servicios. Entonces la condición de desempleado no puede ser una limitante para el acceso a los servicios de salud.

Sin embargo la ciudadanía manifiesta que con la Ley Estatutaria se retrocedió en derechos adquiridos en salud, puesto que define la salud como derecho fundamental, pero la manda a ser vendida como un derecho público a través de pólizas. Si se es pobre el estado la subsidia,

si tiene trabajo, el trabajador y el empleador la financian; pero si es independiente tiene que comprar póliza de salud, y si no lo compra no tiene derecho fundamental, y si se atrasa en el pago de la póliza paga intereses de mora, los más altos del mercado. No hay claridad sobre qué pasa con las personas mayores de 18 años que no son estudiantes y no tienen vínculo laboral. Entonces, el derecho a la salud va ligado a condiciones de edad, ahorro, estudios, trabajo.

- 7. La limitación a la libertad de afiliación de las personas que padecen enfermedades catastróficas no debe impedir que la persona pueda acceder a los servicios de salud que requiere, con calidad, oportuna e idóneamente.**

Problema planteado: ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad que se niega a afiliar a una persona, a pesar de haberse cumplido el tiempo necesario para poder trasladarse, por el hecho de que dentro de su grupo familiar existe una persona (su hijo, un niño) que padece una enfermedad catastrófica y, por tanto, debería esperar más tiempo para poder trasladarse?

Reforma: Tanto la Ley Estatutaria en su Artículo 6 numeral h y el proyecto de Ley Ordinaria en su Artículo 5 numeral m la libre escogencia, *donde el Sistema permite que los afiliados tengan la libertad de elegir sus Gestores de Servicios de Salud dentro de la oferta disponible*, la cual podrá ser definida por la autoridad estatal competente, con base en razones atinentes a la seguridad, calidad y eficiencia del servicio. En todo caso, los cambios no podrán disminuir la calidad o afectar la continuidad en la prestación del servicio y deberán contemplar mecanismos de transición para evitar una afectación de la salud del usuario. Dicho cambio no podrá eliminar alternativas reales de escogencia donde haya disponibilidad.

- 8. Un órgano del Estado viola el derecho de petición cuando no responde con congruencia y de fondo la solicitud de una entidad o institución del sector, en especial si la petición va orientada a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del sistema de salud.**

Problema planteado: ¿Viola un órgano del Estado, el derecho de petición de una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud y el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios al sistema de protección, al negarse a responder de fondo una petición para remover un obstáculo en uno de los trámites necesarios para asegurar el adecuado flujo de los recursos y, por tanto, el goce efectivo del derecho a la salud, en razón a que el órgano estatal respectivo se considera incompetente?

Reforma: Aunque ni la Ley Estatutaria ni el proyecto de Ley Ordinaria toca puntualmente este tema, la jurisprudencia, tal y como lo cita la Corte Constitucional [...]“es violatorio del derecho fundamental de petición que una autoridad pública se niegue a recibir, tramitar y dar respuesta de fondo a una petición”. Sin embargo esto no debe convertirse en obstáculo para el acceso a los servicios de salud, ya que prevalece el derecho, como se ha mencionado anteriormente.

Por otra parte, al definir tanto el manejo de los recursos a partir de la creación de Salud-Mía y el giro directo de recursos a los prestadores, tal y como está planteado en la reforma, se esperaba se eliminen barreras administrativas al eliminar la intermediación que generan las actuales Empresas Promotoras de Salud.

9. Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas.

Problema planteado: ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no incluidos expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela?

Reforma: Como se menciono anteriormente, al definir un plan de beneficios implícito con exclusiones explícitas, *el sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud*, que incluya promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (Art. 15. Ley Estatutaria). Además el Artículo 8 de la misma contempla la integralidad, donde los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

Los medicamentos, tratamientos y servicios de salud que queden en la lista de exclusiones serán los que no se encuentren aprobados para su uso en el país. Así se eliminan las zonas grises que se generaban con la definición de POS-No POS.