



Transparencia e información en la construcción dialógica del derecho a la salud

Transparency and information access in the dialogical construction of the right to health

Diana Patricia Quintero Mosquera¹

Departamento de Estudios Jurídicos
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Universidad Icesi
Cali, Colombia

Orcid : 0000-0002-6294-417

dipaquin@icesi.edu.co

URL : <https://www.unilim.fr/trahs/2565>

DOI : 10.25965/trahs.2565

Licence : CC BY-NC-ND 4.0 International

Este artículo es resultado de una investigación cuyo objetivo fue reconstruir las dinámicas dialógicas entre jueces y gobierno, en torno al componente de acceso a la información del derecho a la salud en Colombia, a fin de determinar su contribución al ideal democrático de igual protección del derecho. Se sostiene que el contenido del derecho a la salud se ha construido dialógicamente en reacción a las falencias de transparencia del sistema. Es un estudio de caso, propio de la dogmática jurídica, en el que se sistematizan 84 Autos de la Corte Constitucional de seguimiento a una sentencia estructural sobre el sistema de salud, y se analizan desde la perspectiva de derechos humanos. Los resultados muestran un éxito parcial del diálogo: aunque el gobierno produce normas administrativas tendientes a acatar las órdenes judiciales específicas, solo ha logrado imponer la entrega a los pacientes de una carta de derechos. El reporte de aseguradoras y prestadoras a las autoridades de control de las razones de la negación de servicios, y la elaboración gubernamental de un ranking sobre su desempeño, permanece como obligaciones incumplidas. Se concluye que el sistema requiere de excesivo control judicial para realizar sus fines declarados, incluso en los componentes liberales del derecho, los que no requieren de disponibilidad de grandes recursos económicos. La Corte logra sacudir la inacción gubernamental, en favor de la igual protección del derecho a la salud, pero no logra resolver las tensiones ideológicas de la legislación que sirven al ocultamiento de la corrupción en el sistema.

Palabras clave: acceso a la información, activismo judicial, corrupción, derecho, derechos sociales y salud

¹ Magistrada Suplente y conjuez del Tribunal para la Paz, JEP. Abogada, Magister en Filosofía y Doctora en Derecho. Ha sido perito ante la Corte en el proceso de seguimiento de la sentencia estructural sobre salud. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali desde 2001, Becaria Fulbright Hubert H. Humphrey 2012-2013, Universidad de Minnesota (UMN). Coordinadora de proyecto del programa de derechos humanos de la UMN (2013-2014).

Cet article est le résultat d'une enquête dont l'objectif était de reconstruire la dynamique des dialogues entre les juges et le gouvernement, autour de la composante d'accès à l'information du droit à la santé en Colombie, afin de déterminer sa contribution à l'idéal démocratique de protection égale du droit. Nous faisons valoir que le contenu du droit à la santé a été construit de manière dialogique en réaction au manque de transparence du système. Il s'agit d'une étude de cas, typique de la dogmatique juridique, dans laquelle 84 ordonnances de la Cour constitutionnelle sont systématisées et analysées du point de vue des droits de l'homme, pour donner suite à une décision structurelle sur le système de santé. Les résultats montrent un succès partiel du dialogue : bien que le gouvernement produise des règlements administratifs visant à se conformer à des ordonnances judiciaires spécifiques, il n'a réussi qu'à imposer la délivrance d'une charte des droits aux patients. Le rapport des assureurs et des prestataires aux autorités de contrôle sur les raisons du refus de services et l'élaboration gouvernementale d'un classement de leurs performances n'est pas suivi d'effet. On en conclut que le système nécessite un contrôle judiciaire extrême pour atteindre les objectifs déclarés, même dans les composantes libérales de la loi, qui n'ont pas besoin de ressources économiques importantes. La Cour parvient à ébranler l'inaction du gouvernement en faveur d'une égale protection du droit à la santé, mais elle ne parvient pas à résoudre les tensions idéologiques de la législation qui servent à dissimuler la corruption dans le système.

Mots-clés : accès à l'information, activisme judiciaire, corruption, droit, droits sociaux et santé

Este artigo é o resultado de uma investigação cujo objetivo foi reconstruir a dinâmica dialógica entre juízes e governo, em torno do componente de acesso à informação sobre o direito à saúde na Colômbia, a fim de determinar sua contribuição ao ideal democrático de proteção igualitária do direito. Argumenta-se que o conteúdo do direito à saúde vem sendo construído dialogicamente em reação à falta de transparência do sistema. Trata-se de um estudo de caso, típico da dogmática jurídica, em que 84 despachos do Tribunal Constitucional são sistematizados para dar seguimento a uma norma estrutural sobre o sistema de saúde e analisados na perspectiva dos direitos humanos. Os resultados mostram um sucesso parcial do diálogo: embora o governo produza normas administrativas destinadas a cumprir ordens judiciais específicas, só conseguiu impor a entrega de uma declaração de direitos aos pacientes. O relatório das seguradoras e prestadoras às autoridades de controle das razões da recusa de serviços e a elaboração governamental de um ranking de seu desempenho permanecem como obrigações não cumpridas. Conclui-se que o sistema exige excessivo controle judicial para cumprir seus propósitos declarados, mesmo nos componentes liberais da lei, que dispensam a disponibilidade de grandes recursos econômicos. O Tribunal consegue abalar a inação do governo, em prol da proteção igualitária do direito à saúde, mas não consegue resolver as tensões ideológicas da legislação que servem para ocultar a corrupção no sistema.

Palavras-chave: acesso à informação, ativismo judicial, corrupção, direito, direitos sociais e saúde

This article is the result of an investigation whose objective was to reconstruct the dialogical dynamics between judges and the government around the component of access to information from the right to health in Colombia. Its goal was to determine the contribution of the dialogue to the democratic ideal of equal protection of that right. It is argued that the content of the right to health has been constructed dialogically in reaction to the lack of transparency in the health system. It is a case study, typical of legal dogmatic, in which 84 Orders of the Constitutional Court are

systematized to follow up on a structural ruling on the health system, and they are analyzed from a human rights perspective. The results show a partial success of the dialogue: although the government produces administrative regulations aimed at complying with specific court orders, it has only managed to impose the delivery of a bill of rights to patients. The report from insurers and providers to the control authorities of the reasons for the denial of services, and the governmental elaboration of a ranking of their performance, remain as unfulfilled obligations. It is concluded that the system requires excessive judicial control to carry out its declared purposes even in the liberal components of the right, which do not require the availability of large economic resources. The Court manages to shake off government inaction in favor of equal protection of the right to health, but it does not manage to resolve the ideological tensions within regulation that serves to hide corruption in the health system.

Keywords: access to information, judicial activism, social rights, health law, fundamental rights

Introducción

La salud en Colombia se ha definido desde la perspectiva institucional de manera evolutiva, aunque no lineal, como un ideal constitucional de realización progresiva; como un servicio público prestado mediante aseguramiento de tipo individual; posteriormente, como un derecho fundamental para ciertos sujetos o bajo ciertas circunstancias; y en su última etapa, como un derecho fundamental autónomo (Parra, 2004).

Este proceso ha sido resultado de tensiones ideológicas entre el gobierno y la Corte Constitucional, que se traducen en interpretaciones más o menos favorables al carácter de la salud como derecho fundamental justiciable o exigible. La pregunta orientadora de la investigación buscó determinar la forma en que las interacciones dialógicas entre la Corte y las autoridades gubernamentales han delineado el contenido del derecho a la salud, con el fin de determinar de qué manera este proceso interpretativo contribuye a su garantía igualitaria para toda la población colombiana.

El carácter dialógico de las intervenciones institucionales se inició por los usuarios, quienes se auto percibieron como sujetos de derechos, y escogieron como destinatarios de sus reclamos a los jueces constitucionales, incluso antes de la consagración de la salud como derecho fundamental, judicialmente exigible. Pero se consolidó con el seguimiento realizado por la Corte para evaluar el cumplimiento a sus órdenes correctivas de las fallas estructurales del sistema. La investigación se enfocó en el derecho a la información, como principio transversal de los derechos humanos, y condición para la garantía de diversas facetas de libertad de la salud, como la libertad de escogencia de aseguradora.

El marco temporal en que se examinan estas interpretaciones está constituido por tres momentos claves de la vida del derecho, a lo largo de los cuales se ha producido un rico e interesante diálogo interpretativo entre la Corte Constitucional y las entidades de regulación y control del sistema, sobre el significado de la salud como derecho fundamental.

El primero, la privatización de la salud en 1991 a raíz del cambio constitucional y la creación de la ley 100 de 1993 o ley general de seguridad social. El segundo corresponde a la crisis del sistema, en el que se expidieron las leyes 1122 de 2007, y 1448 y la sentencia estructural T-760 de 2008. Y el tercero, el momento de reconocimiento de la salud como derecho fundamental, mediante la ley estatutaria de salud o ley 1715 de 2015. En este marco temporal la labor judicial ha sido constante, y se puede caracterizar como de desarrollo del contenido del derecho a la salud; la Corte no se ha limitado a resolver los casos particulares, sino que ha intentado corregir las fallas estructurales del sistema. Se trata de fallas en el control gubernamental de las conductas antijurídicas de aseguradoras y prestadoras, debidas a la falta de transparencia en la circulación de la información entre estos actores.

En la primera parte se presentará el enfoque de derechos humanos, como marco teórico en que se basa la investigación, y se precisará la metodología hermenéutica constitucional utilizada para el logro del objetivo. En la segunda parte se sintetizarán los arreglos institucionales básicos del sistema, en los tres momentos arriba señalados. Dado que la interpretación judicial tiene como objeto el marco legal y reglamentario vigente, se considerará éste como el contexto institucional-sistémico. La tercera parte corresponde al contexto político social en que se ha desarrollado el derecho a la salud. Se describirán las restricciones al acceso a la información a los usuarios y el diálogo instaurado por la Corte con sentido

correctivo, a partir de la sentencia estructural T-760 de 2008. En la cuarta y última parte, a modo de discusión, se analizará la construcción dialógica del derecho, descrita desde una perspectiva de derechos, enfocada en la igualdad democrática.

En esta parte se mostrará cómo la circulación de información entre aseguradoras y prestadoras, entes reguladores y de control gubernamental, y Corte Constitucional, es un escenario privilegiado para constatar el fracaso del control y vigilancia estatal del sistema. Las restricciones a la información se encuentran en el centro mismo del derecho a la salud, al impedir el combate efectivo a la corrupción, perpetuando así las barreras al acceso a los servicios legalmente reconocidos como parte del derecho fundamental.

1. Marco analítico y metodológico

La interpretación de las disposiciones constitucionales y legales que reconocen derechos humanos no puede entenderse como una labor políticamente neutra. Esta actividad trata de construir o crear parámetros de significado, en contextos específicos. La vaguedad del derecho a la salud, o su falta de determinación, es debida a su estructura como principio o enunciado prescriptivo de textura abierta (Alexy, 2011: 1-14). En la práctica esto significa la imposibilidad de cualquier legislador o constituyente de establecer una regulación detallada, que dé cuenta con exactitud de todas las circunstancias en que se aplicará el derecho (Prieto Sanchís, L,1991).

La indeterminación se agudizó en el caso del derecho a la salud, por su carácter de derecho socio económico, concebido inicialmente como un ideal, con mero valor programático. Mientras las libertades civiles y políticas gozaron de reconocimiento como derechos fundamentales justiciables, los derechos socio-económicos se mantuvieron en una etapa incipiente de reconocimiento y desarrollo jurídico. Esta interpretación restrictiva ha sido producto de una visión jurídica tradicional, de corte liberal, que la literatura especializada en derechos ha combatido en los últimos años con especial intensidad (Yamin; Parra, 2011; Quintero, 2011).

La literatura sobre interpretación jurídica ha contribuido a esclarecer el impacto de los contextos en la labor interpretativa de cláusulas indeterminadas o vagas (Wroblewski, 2001). A partir de ésta se construyó la siguiente hipótesis explicativa del trabajo. Las falencias estructurales del sistema de la salud limitarían sistemáticamente la accesibilidad de los usuarios a los servicios, sin que los mecanismos de control legalmente establecidos funcionen de modo eficiente (contexto sistémico-jurídico). Este fenómeno habría propiciado la creación de un concepto jurisprudencial de salud² de tipo correctivo, que entra en tensión con las interpretaciones exegéticas o literales de las disposiciones vigentes (legislación), pero que se declara en favor de sus finalidades declaradas (contexto político-social).

Un supuesto de esta hipótesis, propio del enfoque de derechos humanos, es que la realización efectiva de la salud requiere el cumplimiento de los principios transversales que lo determinan. Éstos, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, son la igualdad y no discriminación; el acceso a la justicia; y el acceso a la información y la participación³.

2 La misma Corte reconoció este carácter (Sentencia T-760, acápite N. 4, pp. 50).

3 Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el protocolo de San Salvador, Washington, D.C., 12 de diciembre de 2011.

Los principios transversales han tenido gran desarrollo en la construcción del derecho judicial a la salud llevada a cabo a partir de casos individuales (acciones de tutela). Su importancia se observa en su uso por la Corte Constitucional en la Sentencia estructural T-760 de 2008, y en su reconocimiento expreso por este tribunal de su condición de elementos definitorios del derecho. En esta sentencia la Corte no solo declaró de modo implícito el Estado de cosas inconstitucional, sino que instauró un proceso de seguimiento continuo a la labor correctiva, ordenada por ella a los órganos de regulación y control gubernamentales.

El diálogo promovido por los ciudadanos instaurado por la Corte en favor de la garantía de un derecho fundamental, constituye un mecanismo propio del constitucionalismo dialógico, y una manera alternativa de ejercer control sobre los poderes políticos, en ámbitos sociales altamente conflictivos. Precisamente se considera como uno de sus requisitos la promoción de nuevas estructuras institucionales, diferentes a las propias del tradicional sistema de frenos y contrapesos entre los poderes públicos. Este diálogo es orientado hacia la promoción de una amplia conversación entre iguales (Gargarella, 2013).

Dada la magnitud de las fuentes, fue necesario clasificar y sistematizar la jurisprudencia (84 autos de seguimiento a la sentencia T 760 de 2008), desde el enfoque analítico arriba descrito. El recurso a las fuentes jurisprudenciales no ha sido exhaustivo, a modo de línea jurisprudencial, sino que se realizó una reconstrucción interpretativa desde los contextos sistémico-jurídico y político-social en que se ha construido el derecho a la salud por la Corte Constitucional.

La pregunta buscó determinar el significado del fenómeno, mediante una reconstrucción de tipo inductivo, entendiendo por inducción la reconstrucción de hechos a partir de indicios, y de leyes generales a partir de casos (Ragin, 2007). En la investigación se llevó a cabo una reconstrucción, no de hechos, sino de interpretaciones, a partir de las cuales se buscó establecer reglas generales sobre el igual acceso a la información por parte de los usuarios y las usuarias del sistema de salud.

El contexto político-social incluye los resultados de una investigación anterior, en la que se analizaron las Resoluciones de la Superintendencia Nacional de Salud, en su carácter de entidad gubernamental con funciones judiciales para tramitar quejas individuales (introducidas en la reforma legal de 2007).

2. El contexto institucional-sistémico del derecho a la salud

En las Gacetas de discusión de la Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó la Constitución vigente, se observa una hipótesis favorable a la introducción del modelo de aseguramiento individual en el sistema de salud. Este modelo fue curiosamente defendido no solo por miembros de los partidos más tradicionales, sino también por simpatizantes de izquierda.

Precisamente en la Gaceta Constitucional 51 del 16 de abril de 1991 se registró la intencionalidad de introducir la participación de particulares en la prestación de servicios públicos distintos a justicia y seguridad. Según el argumento que dio sustento a esta visión, las condiciones de competencia contribuirían a mejorar el manejo de los recursos, y por ende, la calidad de los servicios. Lo interesante de esta Gaceta es que expresa la visión de los derechos sociales (la salud incluida) como valores programáticos, realizables sólo en un futuro “cercano”, cuando las condiciones económicas, políticas y jurídicas fuesen favorables a su elevación a la categoría de normas realmente aplicables.

Es decir, se interpretaron estos derechos como ideales a ser realizados en la medida de la disponibilidad de recursos. En términos jurídicos puede decirse que la percepción de los derechos sociales y económicos como valores o ideales de realización progresiva era coherente con la perspectiva del Estado dominante en ese momento. Aunque Colombia había suscrito el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), incorporado al ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, y que en su artículo 12 reconoce a la salud como un derecho, a comienzos de la década de los 90, estos tratados internacionales tenían rango legal, no constitucional, por lo que se negaba a sus disposiciones un carácter vinculante u obligatorio. Y en la mentalidad política dominante se habían instaurado las fórmulas del llamado consenso de Washington para la reforma a los sistemas de salud y seguridad social.

La voluntad de considerar la salud como un valor y como un servicio público quedó consagrada en la Constitución de 1991, que la elevó a la categoría de derecho fundamental únicamente para los niños, en su artículo 44. La progresividad mencionada permitía anticipar la voluntad de incrementar paulatinamente los alcances de este servicio público mediante políticas focalizadas (Abramovich et al 2009), en contraposición al reconocimiento universal de los derechos de salud. Esta visión sobre la salud iba de la mano con la idea de desarrollo propia de los años 80, que lo concebía como la satisfacción de necesidades básicas, y no de empoderamiento de los individuos (Yamin, 2016:69).

La introducción de la participación privada en la prestación de los servicios de salud ya traía un elemento de difícil compatibilización con las nociones de derechos prestacionales exigibles por sujetos empoderados. Desde ese modelo de políticas, de cuño liberal, el Estado cedía su lugar como prestador de servicios públicos esenciales, para asumir un rol de regulador y controlador. Este marco institucional de la salud como un servicio público, en el que se trataba de ir cubriendo necesidades básicas de acuerdo a las condiciones políticas y socio-económicas, estaba vigente al momento de discusión del proyecto de ley 248 de 1993, posterior ley 100 del mismo año. El proyecto, centrado en salud y pensiones, se sustentaba en la necesidad de que el Estado dejase de ser proveedor de los bienes y servicios, a fin de que se dedicase a regularlos, a dar transparencia a los mercados, a asegurar la justicia y a evaluar los desempeños en el área.⁴

No era la primera vez que se intentaba el cambio de modelo. El año anterior el Gobierno liberal de Cesar Gaviria había presentado sin éxito, al Congreso, el proyecto de ley 155, tendiente a introducir medidas privatizadoras en el subsistema de pensiones. Lo extraño de la reforma finalmente aprobada es que no se atendiera esta tensión de fondo entre la salud entendida como servicio sujeto a aseguramiento privado y la salud como derecho socioeconómico directamente exigible (Abramovich; Courtis, 2004).

En un segundo momento institucional se produjeron evaluaciones estructurales y reformas legales al sistema de salud, con ánimo corrector de sus problemas más persistentes. La ley 1122 de 2007 fue expresión del deseo de ajustar los diseños institucionales a las interpelaciones más visibles formuladas al sistema. Mediante esta ley se modificaron aspectos de tipo administrativo; de cobertura; financiación;

⁴ La ley 100 de 1993, que regula el sistema de salud, creó dos regímenes separados: uno contributivo, que involucra el pago de una prima, y uno subsidiado, que incluye a los más pobres, de acuerdo con una clasificación socio-económica y en el que no se requiere el pago de una prima. Ambos se rigen por un listado de beneficios (inicialmente) y exclusiones (actualmente).

equilibrio entre los actores del sistema; mejoramiento de la prestación de los servicios y de las redes para la prestación de los mismos; así como de fortalecimiento de la vigilancia y control.

La razón de ser de esta modificación fue precisamente el reconocimiento gubernamental de las falencias del sistema creado mediante la ley 100. Cuatro años después, la ley 1438 de 2011, introdujo modificaciones adicionales con igual ánimo corrector de su deficiente funcionamiento. Esta ley dio continuidad a las reformas al aseguramiento, en lo referente al acceso, los gastos, la universalización de la cobertura; y a los problemáticos usos de los recursos destinados a la promoción y prevención, entre otros.

El Ministerio de Salud, como ente gubernamental regulador, reconocería posteriormente que ni la reforma del 2007, ni la del 2011, habrían tenido la capacidad de contribuir a la realización de las promesas de mayor eficiencia y equidad en el sistema, realizadas durante el momento de cambio constitucional. Pero, lo más grave sería el reconocimiento de la incapacidad estatal de ejercer el control o rectoría sobre las instituciones del sistema, en los términos previstos en la reforma.

Sobre este aspecto y el impacto negativo del manejo de los recursos por parte de los nuevos agentes, el Ministerio reconoció el carácter parcial de las soluciones provistas por las reformas legislativas, al dejar a las entidades de control con “una muy limitada capacidad de rectoría del sistema”. Ante la pervivencia de los problemas estructurales del sistema, el legislador intentó introducir correctivos tendientes a mejorar su transparencia.

En marzo de 2014 se produjo la expedición de la ley 1712, sobre garantía de transparencia y del derecho fundamental de acceso a información de tipo público. Se estableció el carácter excepcional de las restricciones, reduciéndolas a los casos en que la información dañase la intimidad de las personas, su derecho a la vida, su salud o a su seguridad; así como a los secretos comerciales, industriales y profesionales. Al año siguiente se produjo la expedición de la ley estatutaria de salud, o ley 1751 de 2015, en la que se incorporaron aspectos centrales del desarrollo jurisprudencial de la salud, como muestra del carácter dialógico del proceso instaurado por la Corte.

En primer lugar, la ley otorgó a la salud expresamente el rango de derecho fundamental; lo calificó de derecho irrenunciable, frente al que se debe garantizar la accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de los servicios que se prestan, en los términos señalados por la Corte Constitucional, y en armonía con la jurisprudencia internacional pertinente (Comisión Interamericana de Derechos humanos, 2008). En segundo lugar, dada la prioridad de los derechos fundamentales frente a otro tipo de consideraciones, los principios rectores de la ley buscaron desestimular las prácticas de negación sistemática de atención por parte de aseguradores y prestadores, comúnmente fundadas en argumentos administrativos y financieros.

Estas negaciones, tal como la Defensoría del Pueblo mostró, versan en su mayoría sobre prestaciones y servicios incluidos en la legislación como de obligatorio suministro, bajo la categoría de Plan de Beneficios, antes denominado Plan Obligatorio de Salud (POS). Con relación al manejo de los recursos y la rentabilidad económica, la ley opone la introducción de criterios de rentabilidad social en su artículo 24, que buscan servir como contrapeso a la centralidad dada por los operadores del sistema a la rentabilidad económica.

3. El contexto político-social: la construcción dialógica del derecho

Este contexto corresponde a la construcción judicial del derecho a la salud en sentido corrector de las fallas estructurales del sistema, arriba descritas, y que perviven en el sistema en buena medida por la falta de acceso de los usuarios a información veraz y oportuna sobre sus derechos. No solamente el gobierno y el legislador han reconocido la pervivencia de las negaciones ilegales de servicios por parte de aseguradoras y prestadoras, *Transparencia por Colombia* calificó el papel de la legislación como muy limitado, dado el impacto de la corrupción en el país, y en particular en el manejo de los recursos de la salud.⁵

El papel de los organismos de control no gubernamentales (La Procuraduría y la Defensoría del Pueblo) en esta tarea ha sido destacado. Ya desde 2008 la Procuraduría General de la Nación calificó al sistema de inspección, vigilancia y control como desarticulado, fragmentado e ineficiente (Procuraduría General de la Nación, 2008). La Defensoría del Pueblo, como resultado de su seguimiento más sistemático, señaló la pérdida de legitimidad del sistema entre los ciudadanos; lo que se evidenciaría en el creciente número de peticiones y quejas presentadas por violaciones a su derecho fundamental a la salud. (Defensoría del Pueblo, 2014:15).

Según esta entidad, la participación de las acciones de tutela en salud, en el total de tutelas por violaciones a derechos, es históricamente alta, 29% según el último reporte, a pesar de las reformas correctivas mencionadas (Defensoría del Pueblo, 2012). Pero la pérdida de legitimidad del sistema se derivaría principalmente de la poca voluntad de las entidades aseguradoras y prestadoras de brindar información clara y oportuna a los usuarios y a las autoridades como la Corte.

También el ente gubernamental de control, la Superintendencia Nacional de Salud, en su persecución a las prácticas anti concurrenciales o contrarias a la libre competencia económica, identificó y sancionó un acuerdo ilegal promovido por el gremio de aseguradoras, ACEMI (Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral), que involucró a 14 de estas Entidades Promotoras de Salud (EPS), a las que investigó bajo tres cargos. En la investigación se hallaron méritos para sancionarlas en atención a su impacto negativo en los niveles de provisión de los servicios de salud. Según la Superintendencia, se trató de un intento de fijar indirectamente los precios de los seguros de salud, y la realización de acuerdo sobre la interpretación más restrictiva de las disposiciones legales, a fin de negar sistemáticamente bienes y servicios a los usuarios.⁶

Durante la primera crisis hubo una gran cantidad de quejas y peticiones individuales contra aseguradoras y prestadoras, tramitadas ante los jueces constitucionales (tutelas) y ante la Superintendencia (quejas). En una investigación previa en la que se recopilaban Resoluciones (disposiciones administrativas) expedidas por esta entidad, se logró determinar la falta de transparencia en la circulación de la información en las relaciones entre entidades del gobierno, agentes del sistema, y usuarios de los servicios de salud.⁷

5 Corporación Transparencia por Colombia, Implementación de las leyes anticorrupción: Colombia. Informe de la CNUCC por la sociedad civil, 2013. Tomado de <https://issuu.com/transparenciaporcolombia/docs/full-report-colombia-uncac>, pp. 7 -9; 23.

6 Resolución 46111 de 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

7 En la investigación se analizaron 47 Resoluciones de la Superintendencia de Salud producidas durante el período 2008 a 2010. Los co investigadores fueron Mauricio Lenis

La revisión de estas Resoluciones arrojó resultados sobre las siguientes prácticas i. Omisión de información valiosa a usuarios, o entrega de información errónea sobre los servicios requeridos, tendiente a ocultar su negación ilegal (Res 039/08, Res 286/09, Res 318/09). ii. Interpretaciones restrictivas del contenido del derecho, que desconocen la jurisprudencia constitucional, para negar los servicios y en desarrollo del acuerdo ilegal antes descrito (Res 283/09, Res 321/09, Res 013/010. Res 364/010, Res 375/10) iii. Afiliación o traslado inconsulto de los usuarios de una aseguradora a otra, a quienes se ocultó además las razones de dichos traslados (Res 139/08, Res 338 de 2010, Res 354/010). iv. Falta de vigilancia de compañías aseguradoras por parte de la autoridad gubernamental local competente, fundada en la ausencia de información sobre las compañías bajo su control (Res 036/08, Res 000342/10); v. Falta de acceso de la Superintendencia Nacional a información, ocasionada por la prohibición de acceso a la oficina gubernamental sujeta a vigilancia (Res. 140/08). Todas estas prácticas constituyen una clara violación de las leyes vigentes sobre la materia, al tiempo que contribuyeron a perpetuar y/o ocultar violaciones previas del derecho a la salud de los usuarios.

El carácter reiterado de las quejas y peticiones individuales llevó en 2008 a la Corte a instaurar un sistema de seguimiento del cumplimiento de sus propias órdenes, en respuesta a la identificación de deficiencias estructurales del sistema, aún en casos particulares. Así, mediante Auto 172 de 2011 evaluó el cumplimiento de la sentencia de tutela o amparo T-388 de 2009 en la que se ordenó a organismos gubernamentales y autoridades de control pertinentes diseñar y ejecutar campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos, que informasen sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo (C-355 de 2006). En 2010 ya se había requerido a las entidades gubernamentales y de control ante la persistencia del vacío de política, y la insuficiencia de la información reportada sobre las campañas (Autos 210 de 2010 y 327 de 2010).

Pero, fue la sentencia estructural T- 760 de 2008 la que marcó un hito en la situación del derecho a la salud en Colombia. En ésta se diagnosticaron y visibilizaron las dificultades o barreras enfrentadas por los usuarios en el acceso al sistema, debidas a su diseño, su regulación y funcionamiento. La sentencia fue el resultado del agrupamiento de 22 peticiones individuales, y constituyó el punto de partida de un proceso de interacción constante entre la Corte y las autoridades regulatorias y de control del sistema de salud.

Ésta pertenece a lo que se ha llamado decisiones estructurales (Rodríguez C, 2010) porque se impartieron 16 órdenes complejas a las autoridades de regulación y control, imponiéndoles los deberes de tomar medidas correctivas en temas centrales del sistema, y de reportar anualmente los progresos a la Corte. En materia de acceso a la información, las órdenes se encaminaron a lograr la introducción de mecanismos para garantizar a los usuarios el acceso a la información, y la participación de la comunidad médica y de usuarios en el proceso de formulación de políticas. Al menos 3 órdenes específicas se relacionan de modo directo con el principio transversal de la información: la 19va, la 20ava, y la 28ava.

En la 19ª orden la Corte encargó al Ministerio de Salud la tarea de asegurar el reporte trimestral de las compañías aseguradoras a los órganos de control, sobre las negaciones de los servicios, a fin de identificar las barreras ilegalmente impuestas al acceso. Bajo esta orden la Corte ha dictado 24 autos (jurisprudencia), cuyo primer resultado ha sido la expedición de disposiciones administrativas o Resoluciones del

(Magistrado Corte Suprema de Justicia), Carmen Garcés (Abogada litigante), Diana Solano (Profesora U. Icesi), Juan Urriago (Abogado Alcaldía de Cali).

Ministerio (v.gr. Resolución 744 de 2012) tendientes a establecer los sistemas más adecuados para la recolección de la información de las aseguradoras. La Corte consideró que los instrumentos diseñados y reportados por el Ministerio fueron insuficientes y erróneos. De igual modo calificó la información entregada por las aseguradoras de caótica e incompleta (Auto 13/O7 de 2009). En su análisis concluyó que las fallas en el flujo de información desde las aseguradoras son derivadas, en buena parte, de los errores en los formatos diseñados por el Ministerio (Auto 043 de 2012).

En varios autos manifestó que las aseguradoras continúan presentando falencias en el reporte de las razones para negar servicios legalmente cubiertos, en desconocimiento de sus deberes legales y jurisprudenciales (Auto 411 de 2015). Después de calificar como bajo el nivel de cumplimiento de la orden, ordenó al Ministerio la expedición de otra Resolución correctiva de las falencias en el sistema de reporte de las negaciones de servicios (Auto 122 de 2019).

La orden 20va impuso al Ministerio y a la Superintendencia el deber de llevar a cabo todo lo necesario para identificar y categorizar en un ranking a aquellas compañías que rehusaran servicios oportunos a sus usuarios. Este ranking se consideró como condición para la libertad de escoger, a la que calificó como una garantía fundamental, mediante la cual las personas pueden desvincularse de entidades que no garantizan su derecho a la salud (Auto 044 de 2012, Auto 260 de 2012, Auto 249 de 2013, Sentencia C-313 de 2014, Auto 412 de 2015).

Adicionalmente, la Corte impuso a aseguradoras y prestadoras la obligación de presentar reportes sobre esto a los entes de control y a la misma Corte. A la fecha de la investigación se habían producido 34 Autos con relación a esta orden. En su seguimiento la Corte calificó los indicadores usados por los entes gubernamentales obligados como ineficientes y poco confiables, frente a lo que ordenó cambios en la metodología de evaluación, tendientes a garantizar el acceso de los usuarios a información sencilla y oportuna sobre las conductas de las aseguradoras.

La Corte misma evaluó estas conductas, y ordenó al Ministerio y a la Superintendencia la realización de un ranking periódico, basado en el desempeño de los aseguradores, que suministrara información clara y fidedigna (Auto 044 de 2012). En Auto posterior la Corte consideró que el ranking creado no garantizaba la libertad de escoger, por lo que se instó a la creación de un nuevo ranking, basado en criterios definidos en el Auto 044, antes mencionado (Auto 260 de 2012). En su última evaluación declaró un cumplimiento medio en cuanto al ranking de aseguradoras, y un cumplimiento bajo en cuanto al ranking de prestadoras. También ordenó cambios en la metodología de evaluación, a fin de garantizar la identificación fácil y oportuna de aquellas entidades que persisten en prácticas violatorias del derecho a la salud. (Auto 591 de 2016).

La orden 28va dada al Ministerio estableció el deber de realizar todo lo necesario para que las aseguradoras del contributivo y del subsidiado entregasen a sus usuarios, al momento de la afiliación, una carta de derechos del paciente, y una carta de desempeño de la entidad; con el fin de asegurar la libertad de elección y el derecho a la información. En el seguimiento de esta orden se han producido 26 autos. En el Auto 264 de 2012 se ordenó nuevamente a las aseguradoras la entrega de las cartas de derechos, y al Ministerio la expedición de la regulación adecuada sobre incluir el ranking en la carta de desempeño.

Tanto al Ministerio como a la Superintendencia se les ordenó la verificación constante del cumplimiento de la orden, y la imposición de las sanciones respectivas por su desconocimiento. En el auto más reciente se declaró el cumplimiento total de

la Orden, dado que la mayoría de aseguradoras implementaron la entrega de las cartas a sus usuarios, y el fin del seguimiento en la materia (Auto 549 de 2018).

4. Discusión: posibilidades y límites del diálogo para lograr la transparencia en el sistema

El llamado activismo judicial en salud se ha venido incrementando dramáticamente en Colombia desde 1993 (Lamprea, 2015). El tema se ha tornado atractivo para la academia internacional dedicada al estudio del rol de las cortes en la realización efectiva de los derechos socio económicos (Yamin y Gloppen, 2011).

Se destacan en este ámbito los estudios comparados, que bajo la forma de estudios de caso (Yamin, et al., 2013: 179-216.) brindan marcos analíticos valiosos para la comprensión de la judicialización de la salud, casi siempre en lo que llaman el sur global (Andia, and Lamprea, 2017; Clérico, and Vita 2017). Su pretensión general es mostrar los elementos propios del activismo judicial dialógico, que son independientes de los contextos en que se verifica la existencia de este fenómeno. Algunos trabajos brindan sistematizaciones del proceso de protección judicial de la salud, en todos sus componentes, a nivel nacional (Lamprea, E, 2015).

La literatura dogmática jurídica sobre los fallos estructurales en Colombia es en buena medida descriptiva de su contenido y evaluativa de sus efectos (Rodríguez 2010), tanto en materia de equidad (Uprimny y Durán, 2013) como de realización efectiva del derecho a la salud (Yamin y Parra, 2013). El presente artículo formaría parte de este último grupo, en tanto es un estudio de caso, descriptivo y analítico, que comparte su enfoque de derechos y sus finalidades garantistas. Comparte con la literatura dogmática el propósito sistematizador, en atención a la alta complejidad del sistema normativo sobre salud, pero brinda adicionalmente un contexto político para su mejor comprensión. Se ubica en un nivel más concreto de análisis, a partir del cual se producen conclusiones generales sobre una faceta específica del derecho a la salud.

La literatura disponible exhibe vacíos significativos en los niveles más específicos sobre el trabajo de la Corte en facetas específicas del derecho a la salud, como la información y la libertad de escogencia. En concreto, la descripción y análisis del proceso dialógico Cortes-gobierno, tendiente a incrementar la transparencia en las interacciones entre los distintos actores del sistema de salud, contribuye a una lectura menos optimista de este diálogo, al mostrar sus limitaciones en contextos jurídicos y políticos cargados de tensiones ideológicas.

Estas tensiones serían esperables con relación a los contenidos o facetas más prestacionales del derecho, aquellos que implican la necesaria disponibilidad de recursos económicos significativos. Sin embargo, al referirse a sus facetas de libertad, ilustran la gravedad de las contradicciones de la nueva repartición de funciones llevada a cabo por la legislación, que reduce la tarea estatal principal a labores de regulación y control de las entidades del sistema, en detrimento de las funciones prestadoras de servicios.

Desde la perspectiva constitucionalista el diálogo busca “facilitar una amplia comunicación entre iguales” (Gargarella, 2013). También se espera que la regulación permita alcanzar una justa igualdad de oportunidades en materia de satisfacción de las necesidades de atención médica (Daniel, 2008: 30). El diálogo descrito entre la Corte y el gobierno, en torno a la salud, no parece haber revestido en todo momento este carácter igualitario; aunque una lectura menos detallada del proceso pudiese llevar a interpretarlo de esta manera. Es cierto que la Corte, tanto en su perspectiva individual o atomizada, como en la estructural, ha obrado a instancia de los usuarios,

quienes mediante sus acciones la han presionado para tomar una postura más activa en la corrección de las fallas del sistema. También la Superintendencia Nacional de Salud ha participado en este enfoque atomizado, mediante la recepción y trámite de quejas individuales.

El Ministerio, y en menor medida la Superintendencia, vienen expidiendo diversas reglamentaciones con ánimo corrector de las falencias del sistema, en respuesta a las 3 órdenes específicas de la Corte en materia de acceso a la información. Es posible afirmar entonces que hay sintonía entre los órganos estudiados y que la reglamentación gubernamental estaría orientada, en principio, a la eliminación de los obstáculos al acceso a la salud (Abadía y Oviedo, 2009)⁸.

En no pocas ocasiones la intervención gubernamental, como se mostró líneas arriba, se produce en respuesta a los requerimientos de la Corte. La preparación de informes para la Corte, en el marco del seguimiento a la sentencia estructural, sería otra prueba de este cumplimiento a lo ordenado por la alta Corte. El análisis realizado de los Autos muestra sin embargo que la Superintendencia y el Ministerio fallan en la tarea de establecer un sistema adecuado para la recolección de datos que posibiliten a los usuarios la libre escogencia del sistema de afiliación.

Aunque estos entes responden a las órdenes con medidas de tipo normativo, tanto la reforma como la creación de disposiciones jurídicas relativas a salud pueden orientarse hacia la negación del acceso a las prestaciones reconocidas por el sistema. Y pueden servir igualmente a la intención de ocultar, de forma poco transparente, las razones que subyacen a las negaciones contrarias a los fines de protección universal del derecho a la salud. Parecería entonces que un diálogo entre la Corte y el gobierno en condiciones de igualdad es imposible, dados los conflictos en la interpretación de las obligaciones o deberes correlativos del derecho a la salud, en contextos de falta de transparencia de los actores responsables del aseguramiento y la prestación de los servicios.

A partir de este marco, en el caso estudiado tiene sentido preguntarse si el proceso de seguimiento periódico al cumplimiento de las ordenes de la sentencia T-760 de 2008, mediante la expedición de autos evaluativos de su cumplimiento, al no ser un diálogo entre iguales, es una forma de control al gobierno propia del tradicional sistema de frenos y contrapesos. De hecho, es común la queja entre los críticos del activismo sobre la falta de legitimidad de la Corte en la materia, ya que, sin ser elegida por votación popular, toma decisiones que crearían verdaderas políticas públicas de alcance nacional.

En un nivel más general, la literatura sobre activismo judicial en derechos socio económicos discute en torno a la legitimidad democrática de este fenómeno (Abramovich y Curtis, 2004), brindando respuestas favorables a la legitimidad de las Cortes en la materia.

El hecho de que los Autos de la Corte continúen calificando como insuficientes e inadecuados sus esfuerzos, decretando el incumplimiento de sus órdenes en 2 de los 3 casos estudiados, pondría de manifiesto el desgaste del proceso, y el carácter de promesa de la ley del control estatal sobre los entes del sistema (Office of the United Nations , 2005:35). El trabajo de interpretación en salud ha estado, y continúa estando orientado por la necesidad de tomar decisiones en un marco de una tensión permanente entre dos modelos institucionales; uno democrático y otro excluyente

8 En este trabajo presentan resultados de un estudio cuantitativo y cualitativo sobre las barreras en el acceso a los servicios de salud, y las categorizan en administrativas, económicas, institucionales, contractuales e indeterminadas.

(Rodríguez Garavito, 2010). A pesar de esto, se tiende a aceptar acríticamente su carácter democrático, por ser un modelo establecido y/o perpetuado mediante procedimientos formalmente democráticos como la ley.

El proceso descrito permite concluir que en Colombia las reformas legales y administrativas muestran un déficit de participación ciudadana en su proceso de creación, que la Corte intenta subsanar mediante la vinculación de asociaciones de pacientes, centros de investigación universitarios y defensores de derechos, al proceso de seguimiento. Las órdenes, más que coacción o diálogo entre iguales, serían una forma de destrabar la inacción de los entes gubernamentales en la corrección de las fallas estructurales del sistema.

La satisfacción igualitaria de las necesidades de atención en materia de salud sería una tarea pendiente. El trabajo ilustró la importancia de contar un sistema transparente de información, que permita la corrección efectiva de las prácticas ilegales entre los actores relevantes. Pero los resultados positivos con relación al acceso a la información solo se han visto reflejado en la carta de derechos a los pacientes, mientras que 2 fenómenos problemáticos del sistema siguen sin corregirse. Si bien esto es consecuencia directa de la omisión y la acción de las entidades aseguradoras y prestadoras, las fallas gubernamentales en la tarea de establecer un sistema adecuado para la recolección de datos precisos, completos y oportunos, se traducen en fracaso de la labor de control del Estado.

Las limitaciones del proceso dialógico pueden servir de argumento para la creación de un órgano de participación permanente encargado de evaluar la aplicación de las reformas legales y administrativas en el sistema de salud (Yamin y Parra, 2011). Un cuerpo de este tipo podría señalar lagunas y contradicciones en la regulación, corregir los déficits de representación pública en la toma de decisiones, los déficits de eficiencia de las autoridades de vigilancia y eliminar la corrupción, en favor de la garantía igualitaria del derecho fundamental a la salud, en todos sus componentes.

Referencias

- Abadía, C and Oviedo, D. (2009). "Bureaucratic Itineraries in Colombia. A Theoretical and Methodological Tool to Assess Managed-Care Health Care Systems". Boston: Social Science Medicine, 1153-60
- Abramovich, V y Pautassi L. (2009). "El Enfoque de Derecho y la Institucionalidad de las Políticas Sociales". En: Abramovich, V y Pautassi L. (eds.). *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales, Estudio de Casos*. Buenos Aires: *Editores del Puerto*, 279-336
- Abramovich, V. y Curtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: *Ed. Trotta*
- Alexy, R. (2011). "La construcción de los derechos fundamentales". En : *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. Granada : *Editorial Comares*, 1-14
- Andia, T. y Lamprea E. (2017). "Is the judicialization of health care bad for equity? A scoping review". New York: *International Journal for Equity in Health*, 18-61
- Atria, F. (2004). "¿Existen derechos sociales?" En: Pablo Navarro (ed), *Revista Discusiones, Año IV Numero 4 Derechos Sociales*. Buenos Aires: *Ed. U. Nacional del Sur*, 15-59
- Clérico, L y Vita L. (2017). "The Case Law on the Right to Health as an Example and as a Problem. The Distortive Effects of Litigation Reconsidered Chapter". In: Klotz,

- S., Bielefeldt, H., Schmidhuber, M. and Frewer, A. (Eds.). *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*. Transcript Verlag, Bielefelds, 365 – 391
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y Culturales*. Colombia
- Daniels, N. (2008). *Just Health, Meeting health needs fairly*. New York: Cambridge University Press, 30
- Defensoría del Pueblo (2012). *La Tutela y el Derecho a la Salud, Periodo 2011*. Bogotá
- Defensoría del Pueblo (2014). *La tutela y los derechos a la salud y a la Seguridad Social*, Bogotá: 2013-2014
- Gargarella, R. (2013). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Bogotá: Siglo XXI Ed., 1-32
- Lamprea, E. (2015). *Derechos en la Práctica: Jueces, Litigantes y Operadores de Políticas de Salud en Colombia (1991-2014)*. Bogotá: Editores Uniandes
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2005). *Economic, Social and Cultural Rights, Handbook for National Human Rights Institutions*. New York: United Nations Publication, 35
- Parra, O. (2004). « El derecho a la salud: Apuntes a la reforma de la acción de tutela respecto al derecho a la salud ». (eds). *Revista de Economía Colombiana, Contraloría General de la República*. Bogotá: Edición 303, 71 - 83
- Prieto, L. (1991). “Notas sobre la interpretación constitucional”. (eds) Madrid: *Editorial Tecnos Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9.,175 - 198
- Procuraduría General de la Nación (2008). “El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud”. Bogotá: 140- 142; 192-194
- Quintero, D. (2011). “*La Salud como derecho, estudio comparado sobre grupos vulnerables*”. Bogotá: *Siglo del Hombre Editores*, 70-78
- Rabossi, E. (1995). “Los derechos humanos económicos. Crítica a ciertos argumentos liberales”. En: Carlos B. Gutiérrez. (ed). *El trabajo filosófico de hoy en el Continente. Memorias del XIII Congreso Interamericano de Filosofía*. Bogotá: Editorial ABC.
- Ragin, Ch. (2007). “*La construcción de la investigación social.*” En: *¿Qué es la investigación social?* Bogotá: Hombre Editores, capítulo 1
- Rodríguez, C. (2011). *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Texas : Ed. Law Review, 1669-1698
- Rodríguez C. (2010). *Cortes y cambios sociales. Cómo la Corte transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, 55-57
- Uprimny, R y Durán, J. (2013). *La Equidad y Protección Judicial del Derecho a la Salud en Colombia*. Chile: Editorial CEPAL
- Wroblewski, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho. Doctrina Jurídica Contemporánea*. México: Editorial Fontamara, Volumen 9
- Yamin, A, Parra, O y Gianella, C. (2011). “Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?” In: Yamin A.E. and Glopén. (Eds). *Litigating Health Rights:*

Can Courts Bring More Justice to Health? Cambridge : MA, *Harvard University Press*.
103 - 131

Yamin A. y Parra O. (2013). *Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica*. En: Abeledo Perrot, *Tratado del derecho a la salud*. 2591 - 2649

Yamin A. (2016). *Power, Suffering, and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*. Philadelphia: *University of Pennsylvania Press*, 74-76

Young K. y Julieta L. (2013). "The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa". New York: *Edt. Springer, Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, no.1, 179-216