Globethics Repository



Derechos fundamentales (Derecho a la Salud) y Negocio [Fundamental Rights (right to health) and Business]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Gañan, Jaime
Publisher	UFJF - Universidade Federal de Juiz de Fora
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-10-30 20:28:17
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/234215

É: Revista
Ética e
Filosofia Política

Número XVII – Volume II – dezembro de 2014
www.ufjf.br/eticaefilosofia

FUNDAMENTAL RIGHTS (DERECHO A LA SALUD) Y BUSINESS. CASO COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA[1]

Jaime Gañan

RESUMO: A tensão entre sistemas únicos de saúde e planos de saúde são uma realidade em quase toda América Latina, destacadamente em países como a Colômbia. Uma tensão quase permanente entre o direito fundamental à saúde e os planos de saúde privados. Os sistemas únicos de saúde são baseados na visão de direitos irrenunciáveis, inalienáveis, universais e inerentes àpessoa humana, com grande ênfase na saúde coletiva e pública; e os planos de saúde são baseados nas premissas de mercado, de custo-benefício, de coberturas "universais", de planos limitados de serviços, de exclusões, de exigencia de acréscimos para o fornecimento de determinado serviço, cotas moderadoras e cotas de recuperação, de lógicas afinadas com os planos de saúde privados e na capacidade de pagamento das pessoas e logicamente de barreiras de todo tipo de acesso com a finalidade de ganância e de fazer mais rentável os negocios de saúde.

RESUMEN: La tensión entre Sistema Únicos de Salud y sistemas de aseguramiento son una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciable, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia de la salud colectiva y pública; y los otros basados en premisas de mercado, de costo beneficio, de coberturas "universales", de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadores y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

[1] Este artículo es un producto derivado de la investigación registrada en el CODI con el título: Seguridad Social: Reconstruyendo Conceptos.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud en un verdadero derecho. No es caridad, ni es beneficencia. No es una mera expectativa o promesa vacía. Tampoco es igual a un Sistema, ni tampoco es solo un servicio. La salud es un derecho fundamental garantizado por los estados, que además de sus características como un verdadero derecho, también presenta una dimensión prestacional en su carácter de servicio público esencial.

Como derecho, normalmente se encuentra consagrado en las diferentes constituciones de los países latinoamericanos. En Colombia en la Constitución de 1991. En Brasil en la Constitución de 1988 y en Chile en la de 2005. No obstante ello, también se encuentra determinado en múltiples instrumentos jurídicos internacionales, que hoy hacen parte, en la mayoría de los países de su normativa interna por vía del llamado bloque de constitucionalidad.

No obstante la hoy pacifica concepción del Derecho a la Salud como un Derecho Fundamental directo, autónomo y *per se*[2], la tendencia en casi toda Latinoamérica parece ser la del aseguramiento de la salud. Por ello, la dicotomía lo es entre los sistemas únicos de salud basados en el derecho y los sistemas de cobertura basados en el aseguramiento. En ese marco de ideas, el negocio y el mercado de la salud han ido adquiriendo fuerza como actores importantes en los sistemas de salud actuales, en los cuales los agentes privados, como en el caso de Colombia, parecen haber cooptado el poder de gobernanza, y aun de control del Estado en bien de sus propios intereses y no del beneficio general de las personas, de su dignidad y de la aplicación del Principio Pro Homine.

[2] En Colombia, por ejemplo, se acaba de reconocer el derecho a la salud como un derecho fundamental directo y autónomo a través de una Ley Estatutaria. Véase el Comunicado 021 de la Corte Constitucional en relación a la sentencia C-314 de 2014.

1. **Derecho a la salud como Derecho Seriamente Fundamental autónomo, directo *per se*.**

Precisamente por su relación directa con la dignidad, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos en las normas internacionales y en aquellas de cada Estado, y no sólo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela o de otro tipo de protección especial.

En consecuencia, el Derecho Fundamental a la Salud emerge como un derecho integral e integrador. Integral por el objeto que garantiza: la salud, e integrador por su relación sistémica e íntima con la mayoría de los derechos constitucionales, en especial con el derecho a la dignidad humana, al igual que con deberes y libertades. Derecho que debe ser garantizado por el Estado en su universalización: Cobertura y acceso real y efectivo para todas las personas. A través de los instrumentos jurídicos internacionales y de los convenios internacionales en seguridad social se expande el concepto de derecho a la salud desde su concepción individual a una de tipo colectivo[3].

El Derecho a la salud como derecho fundamental directo, autónomo y *per se* lógicamente no es ilimitado, pero si debe responder a claros criterios de concertación de políticas públicas, de normativas, de evidencias que permitan una estructuración a largo plazo de su contenido esencial

[3]A través de múltiples instrumentos internacionales de tipo general, como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los instrumentos específicos referidos a la salud de una población en especial, como: Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, Declaración de los Derechos del Niño, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Pero también a través de tratados y convenios entre países.

como asunto de Estado y no solo como un asunto de gobiernos, estructural y no solo de reformas coyunturales. Debe responder a la teoría de que los derechos fundamentales son principios o mandatos de optimización[4], y en ese sentido deben responder, también, a la efectivizar principios tan importantes como los de progresividad y prohibición de reversibilidad[5]. Principios que se bien son en principio referidos a los derechos sociales, en la actualidad deben ser leídos con relación a todos los derechos en función del mejoramiento continuo de la calidad de vida de todas las personas y comunidades, y por supuesto de la búsqueda continua de la calidad de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales en torno de la concepción de servicios públicos esenciales.

Precisamente, en cuanto la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, y especialmente en lo relacionado con el Derecho a la Salud es importante resaltar los elementos esenciales que a la luz del Bloque de Constitucionalidad deben tener los servicios esenciales para que se materialice en forma real el supuesto que subyace de vida digna en cada uno de tales derechos.

En tal contexto, los elementos esenciales del derecho a la salud se encuentran, según la Observación General 14, dentro del contenido normativo del artículo 12 del PIDESC[6] y constituyen el marco de condiciones fácticas que propenden por la eficacia real del derecho a la salud[7]. En tal sentido la Observación General 14 determina como elementos esenciales la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. La existencia real de las condiciones de los elementos esenciales referidos debe invitar, en palabras de la OMS y de la propia Observación 14, al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente a cada individuo.

[4] Véase Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Pág. 67.
[5] Confróntese con la Observaciones 3 y 14 de Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
[6] Véanse también las medidas, que según el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los Estados deben adoptar para garantizar el derecho a la salud en él contemplado y reconocido como un bien público en tal instrumento.
[7]Se interrelacionan en procura de hacer efectivo tal derecho, de acuerdo con las condiciones prevalecientes de cada país, sin que ello implique que estas, en un momento determinado, busquen la inactividad total o permanente de dicho Estado.

Complementario a los elementos esenciales definidos por la Observación 14 están los definidos por la Observación General 3[8], de los cuales se resaltan para este análisis la no discriminación, la equidad, la progresividad, la irreversibilidad, la gratuidad y la participación.

En resumen, los Estados partes tienen con base en lo consagrado en la Observación General 14 unas determinadas obligaciones con respecto al derecho fundamental a la salud, a saber: las de respetar, proteger y cumplir[9].

Teniendo en cuenta todo lo arriba expresado, es determinante que siendo el derecho a la salud un derecho fundamental autónomo, debe compartir con los demás derechos fundamentales la esfera de garantía y de protección que ella les otorga a nivel internacional y local. En el caso de Colombia, los otorgados por la Constitución de 1991. Esto es: vincula a todos los poderes públicos[10], debe ser un derecho de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos[11], debe estar dotado de la garantía de la reserva de ley[12] y ser un derecho protegido aun frente al poder constituyente secundario, en Colombia[13], debe gozar de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional[14] y no podrá ser suspendido durante los estados de excepción[15].

2. Derecho vs Aseguramiento (Sistemas Únicos de Salud vs. Sistemas de Aseguramiento Universal en Salud)

[8] Referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1º del artículo 2º del Pacto), 1990. Aplicable a todos los compromisos y derechos estipulados en el Pacto.
[9]II. *Obligaciones de los estados partes*. Observación General 14.
[10] Artículo 4º de la Constitución de 1991.
[11]Artículo 85 de la Constitución de 1991.
[12] Por lo cual requeriría que su regulación legislativa sea por medio de ley estatutaria –artículo 152 de la Constitución de 1991–
[13] Debe someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a tal derecho y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Artículo 377 de la Constitución de 1991.
[14] Por ejemplo por medio de la acción de tutela. Artículo 86 de la Constitución de 1991.
[15] Artículo 214, numeral 2º de la Constitución de 1991.

Históricamente los países han optado por dos tipos de modelos para organizar la salud de sus países. De una parte, por los Sistemas Nacionales de Salud o Sistemas Únicos de Salud (SUS), basados en la universalidad del tal derecho, en el cual la financiación de los servicios de salud es totalmente a cargo del Estado. Este modelo ha sido liderado por países como Inglaterra. De otra parte, por los sistemas basados en la tradicional lógica del seguro social obligatorio o de Seguridad Social o de Aseguramiento Universal de la Salud (AUS), precisamente bajo el esquema del aseguramiento universal, en el cual la financiación, o bien es tripartita, Estado, empleador, trabajador, actualmente por los asegurados, o bien, es por aportes privados. No obstante, podríamos afirmar que en la actualidad los países no presentan modelos puros sino que se encuentran enmarcados en sistemas mixtos con prevalencia de lo público o por el contrario de lo privado.

Las tendencias generales en Latinoamérica desde 1986 con el Consenso de Washington, y a veces, bajo la presión directa o indirecta de organismos e instituciones internacionales o multilaterales, ha sido en el sentido de la creación de sistemas de salud bajo el esquema del aseguramiento universal con una alta participación de agentes privados, ya sea en la prestación de los servicios de salud y/o en la administración de algunos esquemas o regímenes de salud creados en tal contexto. También parece ser una tendencia, la estructuración de Planes o Beneficios de salud de tipo cerrado, taxativos o de listado. Ejemplo el Plan Obligatorio de Salud colombiano, conocido más comúnmente como POS. El mismo que ha sido muy regulado y en forma frecuente actualizado o reformado.

En muchos casos, en especial en el de Colombia, el Sistema ha operado bajo el control casi total del aseguramiento privado y bajo la lógica del mercado, esto es bajo las concepciones doctrinales del Pluralismo Estructurado y el de la Competencia Regulada[16]. Este esquema ha determinado que en no múltiples ocasiones el Sistema niegue el derecho en aras de comunes barreras de acceso de

[16] Véase Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.

todo tipo: económicas, administrativas y legales. Barreras que han implicado fenómenos adversos a la población conocidos como los "paseos de la muerte" o "Los muertos de Ley 100"[17].

En ese orden de ideas, no solo por la estructuración de los Sistemas con estructuras claramente de corte comercial y basadas en la libertad económica, más que en el derecho fundamental a la salud, sino por los reiterados comportamientos de los agentes privados de aseguramiento en la negación de servicios, medicamentos y otros, es que en países como Colombia, los jueces, en especial la Corte Constitucional, hayan tenido que tutelar en forma especial el derecho a la salud sobre el propio Sistema General de Seguridad Social en Salud. Según el último informe de la Defensoría del Pueblo en Colombia cada 5 minutos se interpone una acción de tutela en el tema de salud y según tal Organismo la mayoría lo son por servicios o medicamentos que se encuentran efectivamente detallados en la lista del POS.

Tal como se refiere, un alto número de acciones de tutela fueron interpuestas, entre otras razones, por los aplazamientos y dilaciones que las EPS e IPS han puesto al acceso efectivo de los servicios esenciales de salud y que se han constituido en barreras administrativas, económicas y materiales para la garantía del derecho fundamental a la salud, en especial para las poblaciones especialmente vulnerables y vulneradas.

Tal ejemplo, evidencia las profundas diferencias de tipo conceptual y estructural entre los dos modelos citados. En voz de la Dra. Asa Cristina Laurel[18], y a manera de resumen, podemos citar que mientras en él SUS la responsabilidad social deriva de la garantía constitucional de los Estados con relación al Derecho fundamental a la Salud, en el modelo de aseguramiento su base conceptual deriva de los Consensos de Washington que basan su concepción en la lógica del aseguramiento privado y en las teorías de la economía neoclásica. Así mismo, basados en la competencia entre actores y en la teoría de que el Estado solo será un regulador.

[17] Véase Los Muertos de Ley 100. Prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental a la Salud. Caso del POSC. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC. 2013. Editorial Universidad de Antioquia.
[18] Véase Presentación: SUS vs AUS.

3. Innovación, Negocios, Libertad económica.

Quizás a nivel general en el tema de la salud, la innovación tiene un especial componente en lo que se refiere a la invención de medicamentos y en el desarrollo de nuevas tecnologías para la prestación de los servicios de salud, ya sea en su fase de promoción y prevención, diagnostico, tratamiento o rehabilitación.

En cuanto a los medicamentos podrá afirmarse, en un comienzo, que el acceso a ellos es un derecho fundamental de cada persona humana y un derecho fundamental colectivo de todas las poblaciones. Un bien público. No obstante, el tema de los medicamentos a nivel mundial ha suscitado grandes conflictos y se ha demostrado una preocupante y constante tensión entre el derecho fundamental a la salud, la salud pública y la protección de la libertad económica, los negocios y lógicamente la protección a la propiedad intelectual. Igual podría afirmarse de las nuevas y especializadas tecnologías médicas.

La innovación e investigación en medicamentos se encuentra regulada básicamente por medio del Acuerdo sobre los ADPIC que considera la "generalización del sistema de patentes, de una duración mínima de veinte años, es indispensable para permitir que las empresas farmacéuticas privadas sigan investigando."[19] En concepto del Dr. Velásquez, el argumento es el siguiente: "la investigación es costos, pero será financiada por las patentes que, al garantizar a las empresas farmacéuticas un monopolio, les permite mantener precios elevados, para poder continuar la investigación y el desarrollo de nuevos productos"

Si bien la innovación en el tema específico de los medicamentos es necesaria y debe ser objeto de protección, también es cierta la afirmación que por su importancia para el desarrollo de la salud pública de los estados, tal innovación e investigación debería ser orientada en procura del bienestar general de los pueblos y de la posibilidad real de asequibilidad a dichos medicamentos[20].

[19] Véase Acceso a Medicamentos. Germán Velásquez. Editorial Universidad de Caldas.
[20] En caso contrario y tal como lo determina la Declaración de Doha: "El Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública" Por tanto que los Estados puedan hacer uso de las "flexibilidades" contenidas en tal Declaración en favor de la salud pública de sus países cuando la

Si retomamos el esquema de modelos de salud, también se podría colegir que es en el modelo de aseguramiento universal en el cual podría haber un especial campo de desarrollo de la libertad económica y de los negocios en favor de las grandes farmacéuticas y en disfavor de la salud pública y del Derecho Fundamental a la Salud.

En el caso de Colombia, parte de la crisis de la salud ha sido motivada por el tema de los medicamentos. No solo por tener prácticamente los medicamentos más costosos del mundo[21] sino por la negación reiterada de los medicamentos "requeridos con necesidad"[22].

4. Caso Colombia.

Sin duda Colombia ha sido un caso paradigmático y *sui generis* en el tema del Derecho a la Salud y en el proceso de estructuración y desarrollo del Sistema General de Seguridad Social Salud. Quizás para algunos, un modelo a seguir, quizás para otros, un modelo para aprender de los efectos negativos que se pueden desprender de esquemas liderados por el sector privado, por la libertad económica, por el ánimo de lucro y por la falta de gobernanza, inspección, vigilancia y control fuerte por parte del Estado.

mercantilización y ánimo de lucro de la empresas farmacéuticas desborden la posibilidad de acceder a sus invenciones en bien de la comunidad en general.

[21] Como ejemplo, en un estudio realizado por laHealth Action International (HAI) en 93 países se encontró que en Colombia se pagan los más altos precios por los medicamentos, en algunos casos hasta doscientas veces. El estudio referido en la página web http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092, relata, entre otros casos, que :" En la Drogaria Minas-Brasil, por ejemplo, una caja de Aprovel (150 MG con 28 comprimidos) de Sanofi-aventis, que se utiliza para tratar pacientes con tensión arterial alta, cuesta 78,97 reales, más o menos $85.000, mientras en Drogas la Rebaja se consigue en $169.900. Es decir que los colombianos pagamos $84.900 más que los brasileros, monto que alcanzarían para comprar otra caja."

[22] Termino utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para referir a las prescripciones médicas remitidas por el médico tratante y que son esenciales para conservar la vida y la salud integral de los pacientes. Véanse en especial la Sentencia T-760 de 2008.

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en Colombia en los artículos 44[23] y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Este derecho fue reglamentado por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral[24] colombiano. Este sistema está compuesto por tres subsistemas, entre ellos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS.

A pesar de estos desarrollos jurídicos, con frecuencia, el derecho a la salud no satisface todavía a sus titulares, por parte de las Entidades Promotoras de Salud[25] o EPS o por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud[26] o IPS.
Un indicador de esta falta de satisfacción del derecho a la salud es el ingente número de sentencias de revisión de acciones de tutela que por más de quince años dan cuenta de los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se presentan en la aplicación del SGSSS con respecto al POS.

No en vano se ha acuñado el término despectivo "muertos de Ley 100"[27], para designar a las muertes o el agravamiento de pacientes que por innumerables factores de tipo normativo o fáctico no recibieron en forma oportuna o eficiente los servicios de salud o de atención en salud correspondientes, por parte de las entidades responsables de administrar, financiar[28] o de prestar tales servicios.

[23] Este artículo se refiere a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolecentes, dentro de ellos consagra expresamente el de la salud.
[24] Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993.
[25] De acuerdo con el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las EPS son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados.
[26] El artículo 185 de la Ley 100 de 1993 determina que las IPS tienen como función prestar los servicios de salud en su nivel correspondiente a los afiliados y beneficiarios. Según el numeral 3 del artículo 155 de la citada ley, las IPS pueden ser públicas, privadas o mixtas.
[27] Término utilizado por el autor de este *paper* en su tesis doctoral: Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la Libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. 2011. De manera análoga la Contraloría General de Medellín utiliza el término "tren de la muerte" para referirse al registro de 502 pacientes fallecidos en el año 2007 y primer semestre del 2008 por la no ubicación oportuna de dichas personas para la atención pertinente en otras IPS especializadas. De tal número el 68.13% de los casos corresponde al grupo de población mayor de 60 años. Véase *El Auditor*, medio informativo de la Contraloría General de Medellín. 2009, p. 6.
[28] De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, las EPS y las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud son organismos de administración y financiación del SGSSS.

Efectivamente, el SGSSS, creado en el marco de las reformas neoclásicas, materializadas en la Ley 100 de 1993, se basa en un modelo de mercado con competencia regulada[29], el cual tiene como supuesto básico que el mercado operará y producirá mejores servicios a mejor precio, en condiciones controladas por un Estado optimizador de los beneficios[30]. En ese marco de competencia regulada y de pluralismo estructurado, el SGSSS tiene como base el modelo de aseguramiento y concurrencia de particulares en función de articuladores, denominados como patrocinadores en la teoría original de la competencia administrada, en específico en su calidad de EPS o de prestadores del servicio en su calidad de IPS[31]. Particulares, que fundamentados en la libertad económica, en la libertad de empresa y de libre competencia lógicamente, *prima facie* actúan en aras de los principios económicos propios de la empresa privada: eficiencia y ánimo de lucro[32].

En ese contexto, desafortunadamente, la eficiencia para el logro de mayor equidad se convirtió en la eficiencia bajo los parámetros de la libertad económica, la mercantilización de la salud y el ánimo de lucro desbordado y en muchas veces injusto. En efecto, las múltiples barreras de acceso real y efectivo por parte de, principalmente, de las entidades articuladoras, en su papel de administradoras del los diferentes regímenes, se convirtieron en barreras de decisión de vida o muerte para las personas que estaban "afiliadas" a ellas. Barreras y problemáticas que han sido de gran espectro y

[29] Acosta Ramírez, señala: "Con la reforma de 1993, Colombia adopta un nuevo sistema de salud. Este modelo conlleva cambios organizacionales como la creación de aseguradoras y la instauración del modelo de atención gerenciada (*managed care*) para la intermediación en la prestación de servicios. Adicionalmente, se instaura un mercado de competencia regulado en el aseguramiento y prestación de servicios (*managed competition*)." *Reforma colombiana de salud basada en el mercado: una experiencia de "Managed care y managed competition*". Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

[30] El Estado básicamente actúa como regulador de servicios.

[31]Según Ramírez Rodríguez, este modelo de salud simula un mercado competitivo regulado a través de la fijación del precio y del producto. El producto es el POS y el precio la UPC que cubre el costo promedio del producto y de la administración. La oferta la realiza las EPS y la demanda los afiliados de los regímenes existentes y de los "vinculados. El funcionamiento del mercado depende de la interacción del producto, la oferta y la demanda. El mediador en la interacción de la oferta y el producto es el Gobierno a través del Fosyga. Confróntese Ramírez Rodríguez, Carolina. *Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop*. Bogotá: Universidad Externado. 2005.

[32] Según Ramírez Rodríguez, la organización industrial que caracteriza al mercado de salud es el oligopolio.

que no en pocas ocasiones han estructurado continuas colisiones entre el Derecho Fundamental a la Salud y el derecho a la libertad económica. Confrontaciones que generalmente ha tenido que resolver la Corte Constitucional de Colombia en aplicación, generalmente, de la ponderación entre derechos y del principio de proporcionalidad al estar enfrentados dos derechos de rango constitucional.

Con relación a los principales temas de confrontación se puede afirmar que han sido en forma principal sobre: sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones, integración vertical patrimonial, independencia técnica y administrativa, contenido del POSC, cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización, mora en el pago de aportes y cotizaciones, reconocimiento y pago de licencias de maternidad, reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional, y planes adicionales de salud-preexistencias.
A manera de ejemplo se exponen los siguientes casos reales de conflicto. En estos han muerto o se han agravado las personas por la negativa de las entidades administradoras o de las prestadoras de servicio por medio de barreras de acceso real y efectivo[33].

Caso 1. T- 107 de 2007.

Niño. Jhon Alejandro Angel Roncancio (q.e.p.d). (Tres meses y medio)
Tipo de Barrera. De acceso. Económica. No POS. "…Fallecimiento de bebé como consecuencia de vacunas que no le fueron aplicadas y que requería con urgencia para su enfermedad
Patología. *"BRONQUIOLITIS*
Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. DECLARAR la carencia actual de objeto, comoquiera que el beneficiario de la acción de tutela, el menor Jhon Alejandro Angel Roncancio, falleció durante el trámite de la misma.

Caso 2. T-756 de 2006.

[33] Estas acciones de Tutela fueron revisadas por la Corte Constitucional de Colombia.

Adulto mayor. Pablo Emilio Arias Echeverry (q.e.p.d). (83 años)

Tipo de Barrera. Administrativa. Dilación del procedimiento. "…dilatado injustificadamente la atención médica que requería con urgencia, visto el crecimiento acelerado de una masa tumoral en su rostro la cual debía ser operada con prontitud…"

Patología. Tumor cancerígeno en Cara.

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. "…el **paciente falleció** el pasado 16 de mayo de 2006 esperando la realización de la mencionada intervención quirúrgica…" (Resalto fuera de texto)

5. Casos Brasil y Chile.

Latinoamérica, como antes se refirió, no ha sido ajena a las tendencias y presiones mundiales de tratar la salud en el marco de la teoría de los mercados. Por ende, de la mercantilización de la salud como un bien privado y las invenciones como productos de mercado de libre oferta y demanda. Presiones que normalmente son de origen extranjero, ya sea por medio de Organismos de la banca internacional o de grandes empresas farmacéuticas o de tecnología en salud como antes se había enunciado.

Pese a que las presiones y la tendencia han sido generalizadas, la participación de actores privados no ha sido igual en todos los países de la Latinoamérica. En unos se observa mayor empoderamiento del concepto de derecho y una regulación fuerte estatal, y en otros una participación más decidida de los agentes privados bajo la concepción del aseguramiento de la salud, algunos más controlados y otros más desbordados.

En tal sentido los casos referidos a Brasil y Chile son bastante interesantes por sus diferencias conceptuales y por la estructura de sus sistemas.

Brasil por ejemplo, presenta un sistema Universal denominado como él SUS, que es un sistema tripartito basado en un modelo de atención familiar. Participa el Estado, las federaciones y los

Municipios, Financian y gobiernan. Existe gran regulación y control. La participación de los actores privados está concebida de manera complementaria. De su parte Chile presenta un esquema más afincado en lo privado. No obstante ello, en la actualidad existe una importante gobernanza de tipo gubernamental y un especial control a los particulares en tal país.

Con relación a Brasil, puede decirse que es un caso paradigmático de los sistemas únicos de salud con universalidad fundamentada en el Derecho[34] y no solo en la cobertura. No obstante ello, desde la creación del SUS, parece existir una fuerte tensión con los agentes privados desde la estructuración del Sistema de Atención Médica Suplementaria (SAMS)[35].

El SUS como modelo de salud en el mundo es considerado como un sistema público de salud, nacional y de carácter universal con una fuerte gobernanza, inspección, vigilancia y control, y con amplia participación de la ciudadanía en la gestión y control social del Sistema.

Precisamente La Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud en Brasil, define varios principios básicos del derecho a la salud, tales como: derecho al acceso ordenado y organizado al sistema de salud; derecho a un tratamiento adecuado; respeto a la persona, sus valores y sus derechos; responsabilidades del ciudadano, y compromiso de todos los gestores de la salud..

De su parte, el derecho a la protección de la salud en Chile[36] se encuentra determinado como un derecho, por tanto, con la estructura típica de un derecho a algo; está catalogado en el artículo 19,

[34] Véase El Art. 196 de la Constitución Federal de Brasil que define: "La salud es derecho de todos ydeber del Estado...". Aquí se define de manera clara la universalidad de la cobertura delSistema Único de Salud."
[35] Según Víctor Becerril Montekio y otros, en el artículo Sistema de Salud en Brasil: "El sector privado complementa la asistencia de losservicios públicos. El SAMS es un sistema de esquemasde aseguramiento que comprende la medicina de grupocon planes de salud para empresas y familias, lascooperativas médicas, los Planes Autoadministrados osistemas de aseguramiento de las empresas, y los planesprivados individuales."
[36] A diferencia de Colombia, Chile no tiene un solo sistema de seguridad social, tiene alrededor de 15 programas destinados a la seguridad social, y estos hacen parte del sistema de protección chileno.

numeral 9 de su Constitución de 1980, actualizada en 2005[37]. El Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005 regula el "nuevo sistema de salud chileno"[38].

El sistema público de salud chileno es mixto tanto en el financiamiento como en la prestación[39]. En el financiamiento combina un esquema de seguridad social con un sistema de seguros de carácter competitivo.

En Chile existe el denominado Plan AUGE que instruye los sistemas de salud público y privado, para dar atención prioritaria a un grupo de patologías específicas[40], determinadas por su alto y frecuente impacto en la salud del pueblo chileno. Estos beneficios corresponden a las GES (Garantías Explicitas de Salud) que aseguran, respecto a tales patologías, el acceso a la atención médica, como también a un máximo de copago por parte del beneficiario.

Es de anotar que en Chile con la entrada del sistema democrático de gobierno se fortalece el equilibrio entre lo privado y lo público respecto al tema de la salud y se pasa de una prevalencia del aseguramiento privado a una participación mayor de lo público en beneficio de la salud colectiva. Por ello, podría afirmarse que teniendo en cuenta los indicadores de gasto y de resultados sanitarios Chile hoy presenta unos muy buenos niveles de salud pública e individual.

Brevemente, en cuanto a otros países de la región es de resaltar el caso de México como ejemplo actual de la aplicación de las teorías del aseguramiento universal vía competencia de mercado, el

[37] Precisamente se encuentra consagrado en el marco del capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, sin que se haga ninguna distinción entre los derechos allí establecidos.
[38] De acuerdo con el artículo 131 del DFL 1 de 2005, el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.
[39] Véase Documento Perfil del Sistema de Salud en Chile. Programa de organización y gestión de sistemas y servicios de salud. División de desarrollo de sistemas y servicios de salud. OPS. 2002.
[40] Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Ley 19.966 de 2003. El Plan AUGE se puso en marcha en Chile el 1 de abril de 2005 como proyecto piloto. Hoy cuenta con 56 patologías.

de Perú en tal sentido y el de Ecuador que ha migrado desde su Constitución a los Sistema Únicos de Salud basados en la salud como derecho al buen vivir.

REFLEXIONES

La tensión entre Sistema Únicos de Salud y sistemas de aseguramiento son una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciable, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia de la salud colectiva y pública y con prevalencia de los conceptos de promoción de la salud y prevención de la enfermedad como un compromiso real, publico y social de cada Estado ; y los otros basados en premisas de mercado, de costo beneficio, de coberturas "universales", de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadores y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

Una visión integral y sistémica de los conceptos de seguridad social y de salud, una concepción jurídica del derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental, un sistema normativo acorde a tal concepción, claro, preciso y coherente, una jurisdicción especializada en el tema de la seguridad social y la salud, unos actores en función de la eficacia del derecho fundamental a la salud antes que en función de meros intereses económicos, unos afiliados y beneficiarios conocedores de sus derechos y deberes y unos órganos de dirección y control actuantes en función del derecho fundamental a la salud en el marco de un Estado Social, son los fundamentos, entre otros, para que el derecho fundamental a la salud sea protegido y respetado por los diferentes Estados en procura del bienestar, la vida digna y con calidad de todas la personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

ALEXY, Robert.*Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

COSTAS, Douzinas. *El fin de los derechos humanos*. Universidad de Antioquia. Medellín: Ed. Legis, 2008.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid. Trotta. 2001.

GAÑÁN, Jaime León. *Derecho Fundamental a la Salud. Una visión desde el Sistema de Fuentes de Derecho. Personería de Medellín y Universidad de Antioquia. Experiencias de un Observatorio de Salud en Colombia.* Observatorio de Salud, Medellín: La Carreta. 2011.

GANÁN ECHAVARRÍA, Jaime León. *Los muertos de Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC. 2013.* Universidad de Antioquia. 2013.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". n.º37. Bogotá: 1997.

VELÁSQUEZ, Germán, *Acceso a Medicamentos*. Editorial Universidad de Caldas. 2010.

Normativa

- Instrumentos Jurídicos Internacionales y Declaraciones.
- Constituciones Políticas de Colombia, Brasil y Chile.
- Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007 y decretos reglamentarios. Ley 1438 de 2011.
- Sentencias de Tutela: T-062 de 2003, T-756 de 2006, T-107 de 2007 yT-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Documentos:

- La Salud como Derecho, MarcoNacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, nº 3, Provea, Caracas, 1998,
- Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003.
- Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop. Bogotá: Universidad Externado. 2005. Ramírez Rodríguez, Carolina.
- Informe La Tutela y el Derecho a la Salud. 2012. Defensoría del Pueblo.
- Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.
- Sistema de Salud en Brasil. Víctor Becerril Montekio y otros. 2011.

- Otros:

- Presentación: SUS vs AUS. Asa Cristina Laurel. 2014.

- Revista Cubana de Salud Pública. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.

-http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092