

Camila Gianella-Malca, MSc, es estudiante de Doctorado en el CMI Noruega.

Oscar Parra-Vera es abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

Alicia Ely Yamin, JD, MPH, es becaria del Joseph H. Flom Global Health and Human Rights en la Escuela de Derecho de Harvard. Asesora especial de Amnistía Internacional para la campaña global sobre la pobreza y los derechos sociales, Exige Dignidad.

Mauricio Torres-Tovar es médico, miembro del Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social de Colombia y coordinador para la Región Andina de la Asociación Latinoamericana de Medicina Social — ALAMES.

Please address correspondence to Mauricio Torres-Tovar at mhtorrest@unal.edu.co.

Competing interests: None declared.

¿DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA O MERCADEO SOCIAL? LOS DILEMAS DE LA DEFINICIÓN PÚBLICA EN SALUD EN EL CONTEXTO DEL SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008

Camila Gianella-Malca, Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin, y Mauricio Torres-Tovar

EXECUTIVE SUMMARY [ENGLISH]

Democratic deliberation or social marketing? The dilemmas of a public definition of health in the context of the implementation of Judgment T-760/08

In July 2008, the Colombian Constitutional Court (the Court) issued a decision in which it called upon the Colombian government to adopt a series of measures to progressively realize the right to health. The decision called for a significant restructuring of the country's health system, in part as a response to the tens of thousands of cases that had flooded the courts in recent years with complaints regarding the system.

For many years, the Court had demonstrated that social rights, including the right to health, are indeed susceptible to judicial enforcement under certain circumstances. In T-760/08 (hereafter referred to as T-760), the Court reiterated this jurisprudence but also affirmed more forcefully that the right to health is itself an enforceable, fundamental right under the Colombian Constitution, which the Court interpreted in light of international human rights law. The Court clarified that progressive realization calls for the development of public policies, together with evidence of implementation, and processes for public participation that permit the greatest possible degree of accountability.

In T-760, the Court analyzed the implications of recognizing the right to health as a fundamental right. Although the Court did not declare the health system to be in an “unconstitutional state of affairs,” as many activists and analysts had recommended, it did issue a series of far-reaching orders. The judgment ordered the benefit plans for the contributory and subsidized insurance regimes to be comprehensively updated and unified, initially for children (by October 1, 2009) and later for adults, in the latter case progressively and taking into account financial sustainability, as well as the epidemiological profile of the population. The Court also called upon the government to guarantee timely and adequate funding of services and treatments, to take measures to reduce recourse to litigation, and to adopt deliberate steps to progressively realize universal coverage by January 2010. The Court further called for adequate information regarding the institutional performance of different insurance companies.

The decision emphasized that the reform and updating of the benefits plans (Plan Obligatorio de Salud, or POS) were to include the direct and effective participation of the scientific community and users of the

Copyright © 2009 Gianella-Malca, Parra-Vera, Yamin, and Torres-Tovar. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/>), which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

health system, in particular those who would be most affected by policy changes. The Court underscored that the process of creating, implementing, and evaluating public policies should include democratic participation and that processes that do not create opportunities for democratic participation across these different stages and those that do not take into account public opinion are unacceptable. Further, according to the Court, participation should create an environment of trust and security, facilitating public engagement and thereby the implementation of new public policies.

Based on official reports from the Colombian Ministry of Social Protection (MSP), materials produced by a wide range of civil society organizations and extensive interviews with key informants, this article describes the implementation process of the T-760/08 decision one year after the judgment, focusing on the updating and unification of the benefits plans. In particular, the article examines the degree of compliance with five specific orders of the Court relating to direct citizen participation in the process to define those plans (orders 17, 20, 21, 22, and 28).

After detailing what participation has consisted of with respect to each of the Court's orders and the processes created by the MSP, the article concludes that although references have been made to the importance of human rights and, in turn, of participation with a human rights framework, the MSP has not achieved a truly participatory process.

The article highlights deficiencies with respect to the following:

- access to information about fora for participation, including lack of internet access among almost half the population;
- access to public consultations organized by the MSP;
- access to information about the principles and methodology that are being used to guide the reforms;
- basic transparency in the process, including the fact that since March the government has stated that “it is not possible to unify the two regimes at an equal level” as it would imply an expense of 6 trillion Colombian pesos — if this decision has already been made, can it really be modified through citizen participation?
- access to information regarding the results of the citizen consultations;
- access to mechanisms for the review or appeal of decisions and for accountability; and
- access to information about investigations launched into insurance companies and mechanisms for accountability.

On August 2, 2009, Diego Palacio, the Minister of Social Protection, suggested on a national television program that carrying out a genuinely participatory process in relation to the reforms would require 15 to 20 months and that any deficiencies in the process of participation resulted from the timeline established by the Court. What he failed to mention was that at no time had the Government sought an extension of the timelines from the Court based on the urgency of a robust democratic participation, despite that option being available.

In the end, many of the failings in the process of implementation of T-760 are attributable to two contrasting visions of health systems. The MSP has promoted a narrow understanding of participation based on a model of consumers in a market, where health care is just another product. On the other hand, the Court envisioned a much broader notion of a health system as a fundamental social institution, decisions about which relate to basic questions about what people owe each other in a democratic society.

Consequently, there is now a serious risk that the Colombian public will not support the reforms and that, as a result, the financial sustainability of the entire health system may be in jeopardy. That is, if the Colombian public does not understand the criteria used to include and exclude certain treatments in the new POS, and if the criteria for these decisions are not clear, people may very well continue to seek redress in massive numbers through court orders (tutelas), as the only mechanism through which to defend their right to health. It is therefore essential that the Court itself intensifies its scrutiny of the implementation of its own orders under T-760 and its scrutiny of the degree to which the participation it envisioned has been met.

Note: This article is forthcoming in Cuadernos del Doctorado 10 (2009), in the series published by the interfaculty group in public health (Doctorado Interfacultades en Salud Pública) at the Universidad Nacional de Colombia. Advance publication here is with the permission of the Cuadernos del Doctorado de la Universidad Nacional de Colombia.

ABSTRACTO

El presente artículo es un ejercicio de seguimiento a una decisión jurídica en materia de garantía del derecho a la salud, hecha por la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia T-760 de julio de 2008, la cual estableció un conjunto de órdenes al Ministerio de la Protección Social. Este análisis se centra en 5 de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional (números 17, 20, 21, 22, y 28) que implican participación directa de la sociedad civil. Para describir el nivel de cumplimiento el análisis tomó en cuenta el cronograma establecido por la sentencia T-760. El ejercicio de seguimiento se apoyó en documentos producidos por el Ministerio de la Protección Social, informes realizados por organizaciones de la sociedad civil y por la Defensoría del Pueblo y entrevistas a actores clave. Para describir el

nivel de cumplimiento, el análisis tomará en cuenta el cronograma establecido en la sentencia T-760.

ANTECEDENTES

En Julio del 2008 la Corte Constitucional de Colombia profirió la sentencia T-760 en la que se ordena al Gobierno adoptar una serie de medidas para el cumplimiento progresivo del derecho a la salud.

Esta sentencia constituye un hecho jurídico de gran valor, pues reconoce de manera explícita la salud como un derecho humano fundamental en Colombia y evidencia problemas críticos para su garantía producto de un conjunto de barreras existentes en el Sistema de Seguridad Social en Salud, que tienen como expresión máxima una gran cantidad de interposición de acciones de Tutelas en salud.

Durante muchos años, diversos críticos han señalado que el derecho a la salud, así como los demás derechos sociales, no son derechos fundamentales susceptibles de protección judicial a través de la tutela. Desde sus primeras sentencias la Corte hizo caso omiso de estas críticas y protegió este derecho, en términos generales: (i) frente a prestaciones no incluidas en el POS, a partir del criterio de conexidad del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, particularmente con la vida y la integridad personal, (ii) respecto a grupos de especial protección (adultos mayores, niños, personas con VIH, etc) y (iii) en relación con prestaciones incluidas en el POS y demás prestaciones traducibles en derechos subjetivos según la legislación nacional y el bloque de constitucionalidad.

La sentencia T-760 reitera los precedentes que ya habían reconocido el derecho a la salud como directamente fundamental respecto a esas garantías subjetivas derivadas de la legislación y del bloque de constitucionalidad. Además, complementa este enfoque con el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.¹

Asimismo, la T-760 reitera jurisprudencia reciente según la cual no es necesario utilizar un criterio de conexidad para que sea procedente el amparo. La sentencia enfatiza en la noción de mínimo vital manejada por la Corte. Según esta noción la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los

que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de “un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal”. La Corte reconoce que las consideraciones en torno a mínimo vital y vida digna permitieron entender que prestaciones no incluidas en el POS hacían parte del núcleo esencial del derecho.

Al respecto, la T-760 intenta armonizar dos estándares de protección judicial del derecho a la salud: la evaluación de restricciones a partir de un juicio de proporcionalidad y la protección del núcleo esencial del derecho. La Corte resalta que “reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables” toda vez que “los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional”. La constitucionalidad de esas restricciones deben ser analizadas a través de un juicio de proporcionalidad que analice hasta que punto las medidas de restricción son idóneas para alcanzar un fin constitucional admisible sin sacrificar excesivamente otros bienes constitucionales. De otra parte, la sentencia alude a un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas. Si bien es cierto que en la doctrina se discute los alcances de esta noción, lo cierto es que la Corte reafirma la tesis según la cuál existen unos mínimos en salud que no pueden ser restringidos por una regla de mayoría en el Congreso o bajo alegatos de escasez de recursos. La discusión sobre un nuevo Plan Obligatorio de Salud (POS) involucra un debate en torno a esos mínimos, así como del concepto de la progresividad del derecho a la salud y de todos los derechos sociales.

Además, la jurisprudencia efectúa precisiones muy importantes respecto a las dimensiones prestacionales del derecho a la salud, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes. La T-760 resalta que es un “error categorial” hablar de “derechos prestacionales” toda vez que todos los derechos tienen facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien

sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico)” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–)”.

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, se reitera el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”. Al respecto, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos tres asuntos:

- La existencia de una política pública;
- Que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”; y
- Que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) *‘que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan’,* o (ii) *‘que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.’*

Asimismo, la Corte ha aclarado que la progresividad de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la

salud, implica que no puede haber medidas regresivas en cuanto a prestaciones.

La posición de la Corte sobre la naturaleza jurídica del derecho a la salud es pues de vital importancia para impulsar su exigibilidad. De una parte, la Corte armoniza criterios que en determinados momentos habían generado contradicciones o confusiones entre diversos fallos, y por otra enfatiza elementos que permiten un control judicial de la política pública, con énfasis en la rendición de cuentas.

Las Órdenes de la Sentencia T-760

En la Sentencia T-760, la Corte analizó las implicaciones que se derivan de reconocer el derecho a la salud como un derecho humano fundamental, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección. En ese marco, la sentencia fijó un conjunto de órdenes y un calendario para su cumplimiento entre el 2008 y el 2010 en aspectos relacionados con:

- La reforma, actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios de Salud – POS. En el caso de los planes de beneficios para los niños y las niñas la unificación deberá hacerse a octubre 1 de 2009.
- Garantizar el financiamiento oportuno y adecuado de actividades para garantizar el cumplimiento progresivo del derecho a la salud a junio 30 de 2009.
- Adopción de medidas dirigidas a alcanzar de forma progresiva la cobertura universal a enero de 2010.
- Transparencia en la determinación del contenido de los Planes de Beneficios de Salud — POS, así como información respecto al desempeño institucional de las empresas aseguradoras que permitan mantener informados a los usuarios, a junio 1 de 2009.

La decisión establece que el proceso de revisión y actualización de los POS (Contributivo y Subsidiado) debe garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad científica y los usuarios de los servicios de salud, especialmente de aquellos que se verían afectados por los cambios en la política. Para la Corte Constitucional, el proceso de elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas debe permitir la participación democrática. Los procesos que no crean oportunidades de participación en sus diferentes etapas o que crean opciones intrascendent-

es (opiniones que no son tomadas en cuenta por los que hacen las políticas) son inaceptables. La participación debe además crear un ambiente de confianza y seguridad, facilitando el compromiso público, y como consecuencia la implementación de las nuevas políticas y programas.

Un año después de la Sentencia T-760-2008, es necesario realizar una evaluación de su proceso de implementación, así como describir el grado de cumplimiento de las órdenes por parte de las autoridades, esto con el fin de detectar fortalezas y debilidades en el proceso, que puedan afectar la implementación de lo establecido por la Corte Constitucional.

METODOLOGÍA

Como ya se ha mencionado, el presente artículo se centra en el análisis de 5 de las órdenes (17, 20, 21, 22, y 28) que implican participación directa de la sociedad civil:

- Orden decimoséptima (17): Actualización del Plan Obligatorio de Salud;
- Orden vigésima (20): medidas adoptadas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad;
- Orden vigésima primera (21): Unificación de los planes de beneficios para niños y niñas;
- Orden Vigésima segunda (22): Unificación de planes de beneficios;
- Orden vigésimo octava (28): adopción de medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información: (i) Una carta con los derechos del paciente, (ii) Una carta de desempeño.

Dado que alguna de las órdenes están relacionadas con asuntos similares, para facilitar la lectura de resultados, éstas han sido clasificadas en dos grupos:

- Órdenes referentes a actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios: órdenes 17, 21, y 22
- Órdenes referidas al control de compañías de seguros y derechos de los usuarios: órdenes 20 y 28

El análisis está basado en documentos producidos y distribuidos por el Ministerio de Protección Social, informes realizados por organizaciones de la sociedad civil, informe hecho por la Defensoría del Pueblo y entrevistas a actores clave. Para describir el nivel de cumplimiento, el análisis tomará en cuenta el cronograma establecido en la sentencia T-760.

RESULTADOS

En relación a los aspectos referidos al ajuste del POS y al control a las aseguradoras y los derechos de los usuarios, las indagaciones nos permitieron encontrar los siguientes hallazgos.

Actualización, adaptación y unificación de los Planes de Beneficios

Las tres órdenes analizadas en este componente fueron las 17, 21, y 22.

El 30 de Junio del 2009 el Ministerio de la Protección Social envió a la Corte Constitucional dos documentos referentes a las órdenes decimoséptima y vigésima segunda. Los documentos describen un Plan General para la unificación integral y actualización del Plan de Beneficios — POS. De acuerdo con estos documentos, el proceso involucrará una metodología técnica única basada en los objetivos de salud, grupos poblacionales y tomará en cuenta las fuentes de financiamiento actuales.²

Para la actualización del POS, el Gobierno propone hacerlo a través de dos procesos. El primer proceso pretende clarificar aspectos sobre la tecnología incluida en el POS, que se identifican como potenciales desviadores de gastos en salud, por cambios en su frecuencia de uso o costo. Complementario a este proceso el Gobierno propone la creación de una unidad técnica (nacional o regional) que debería trabajar como una entidad de resolución de conflictos independiente pero complementario a la actualización regular y sistemática de los contenidos del POS. La unidad técnica debería ser el canal por el cual los ciudadanos presenten sus dudas sobre el proceso, ó para que pidan la revisión de decisiones de inclusión o exclusión realizadas por el POS.

De acuerdo al cronograma incluido en el documento, hacia mediados del primer semestre del 2009, esta unidad técnica se debió implementar con el apoyo

de cooperación internacional (National Institute for Health and Clinical Excellence — NICE y Norman Daniels de la Universidad de Harvard). Al momento de realizar este análisis no se pudo encontrar información sobre este punto pues no existe información al respecto en las páginas web del POS ni del Ministerio de la Protección Social.

Sobre la Unificación del Plan de Beneficios - POS, el Gobierno propone un proceso con etapas diferenciadas. La primera etapa será de elaboración de “Guías Clínicas” (en base a los principios mencionados antes) y luego, después de la definición de los objetivos del nuevo POS, se definirán los grupos poblacionales, prioridades de intervención (grupos de problemas e intervenciones). De acuerdo a esta propuesta, el ajuste de prioridades estará basado en un proceso deliberativo dividido en etapas con participación representativa y calificada. Sin embargo, no se especifica los criterios de inclusión o selección de los participantes en los procesos deliberativos, ni cómo se van a incluir las opiniones o resolver los conflictos entre las diferentes posiciones que se podrían presentar. Es decir, no se establecen de manera clara y transparente las “reglas del juego,” ni se abre la posibilidad para discutir sobre éstas.

La propuesta del Ministerio de Protección Social señala además la importancia de desarrollar estrategias de comunicación y participación, para apoyar el proceso, y que permitan la participación de grupos más amplio de actores (diferentes a lo usual) y darle legitimidad al proceso. El documento elaborado con las estrategias de participación y comunicación describe algunas actividades planificadas pero no existe información de cómo serán desarrolladas, ni cómo serán incluidos los aportes que se den en estos espacios en el proceso.

El medio principal para la estrategia de comunicación y participación es el Internet.³ Para las autoridades la elección de este medio se justifica en que de acuerdo a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de Colombia, a marzo del 2009, se estima que un 40.52% de la población colombiana cuenta con servicio de acceso fijo a Internet. Sin embargo, de acuerdo a los datos de esta misma organización, la distribución de acceso no es homogénea en todo el país, Bogotá, Medellín y Cali concentran el 54.31%

Consulta Ciudadana Virtual Nuevo POS		
Criterio Corte Constitucional	¿Se Cumple?	Observaciones
Garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad científica y los usuarios de los servicios de salud, especialmente de aquellos que se verían afectados por los cambios en la política	No	<p>No se especifica si se están implementando otras medidas para recoger las opiniones de los grupos más vulnerables o de personas sin acceso a internet. Esto es muy importante pues algunas preguntas están dirigidas a recoger opiniones sobre acceso a servicios por parte de grupos vulnerables como: niños y niñas, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad que necesitan prótesis, personas con enfermedades huérfanas.</p> <p>Los resultados preliminares de la consulta (al 27 de julio del 2009) muestran que el 29% de las 1252 encuestas, fueron contestadas en Bogotá, el 70% de las personas que respondieron tienen entre 31 y 60 años y el 92% están en el régimen contributivo.</p> <p>No hay información de cómo este proceso complementa los procesos de consulta ciudadana presencial.</p>
Crear oportunidades de participación en diferentes etapas	No	<p>No existe información sobre por qué se eligió esta herramienta, quiénes participaron en el diseño de las preguntas, qué se va a hacer con los resultados.</p> <p>No se garantiza la participación informada. La encuesta no orienta al ciudadano sobre los conceptos que se están evaluando: por ejemplo qué significa/incluye: “diagnóstico temprano”, “tratamiento oportuno”, “rehabilitación”, “enfermedades de mayor severidad que causan muerte temprana”, “servicios y medicamentos que el país puede pagar y mantener con los recursos humanos, tecnológicos y económicos disponibles para la salud”, entre otros.</p>
Crear un ambiente de confianza	No	<p>No se brinda información sobre cómo se han seleccionado y elaborado las preguntas.</p> <p>No se brinda información sobre cómo se van a utilizar los resultados, ni qué medidas se van a tomar si es que los resultados muestran que sólo se ha recogido información de un sector de la sociedad (¿qué tan representativos son los resultados?)</p> <p>No brinda información sobre qué se va hacer si se dan conflictos entre los compromisos del Estado ya asumidos (por ejemplo garantizar la salud de niños y niñas, maternidad segura) y las respuestas a la consulta.</p>

de los suscriptores de acceso dedicado⁴. Lo que no incluye la propuesta es cómo se va a llegar a más de la mitad de la población colombiana que no cuenta con Internet, y qué estrategias se van a desarrollar en las zonas en las que el acceso es más limitado.

Pese a estas graves limitaciones en el acceso de Internet en el país, el Ministerio de la Protección Social ha impulsado procesos como el de “Consulta Ciudadana Virtual” a través de Internet.⁵ Esta consulta tiene como objetivo lograr que el Plan Obligatorio de Salud se construya entre “todos los colombianos”. Sin embargo, el mecanismo muestra algunas de las debilidades de los procesos participativos implementados desde el Ministerio de la Protección que no están logrando responder a los criterios establecidos por la Corte sobre la participación ciudadana.

Desde un marco de derechos humanos, el sistema de salud es definido no meramente como un prestador de bienes y servicios, sino como una institución social fundamental, así como el sistema de justicia. Como tal puede promover o ayudar a mantener las inequidades en una sociedad, ó a generar más equidad y espacios democráticos. En este sentido, la Sentencia T-760 al señalar la necesidad de que su implementación considere la participación de la ciudadanía, abría la posibilidad de crear un proceso deliberativo democrático, en el que la sociedad colombiana pudiera discutir sobre qué tipo de sociedad se quiere y como estos ideales se reflejan en el sistema de salud. Este tipo de procesos van más allá de la consulta sobre la inclusión de algunos servicios y medicamentos (como lo que se presenta en la “Consulta Ciudadana Virtual”), pues permiten discutir sobre las bases del sistema.

En cuanto al acceso a la información, no toda la información es accesible para toda la población. Algunos documentos sobre reuniones de expertos, e información relativa a experiencias internacionales que se han discutido para desarrollar el nuevo POS, son publicados en la página Web oficial en inglés y sin traducción al español.⁶

Con relación al nivel de información de las organizaciones de la sociedad civil sobre el proceso, en marzo del 2009 los miembros de algunas organizaciones de la sociedad civil entrevistados (sindicatos, ONG que trabajan en derecho a la salud, miembros de la academia), no tenían información sobre la página

web del POS, sobre los documentos oficiales con la propuesta para la unificación integral de los planes de beneficios (presentado el 30 de enero), ni acerca de las estrategias de participación y comunicación. Algunas de estas organizaciones se mostraron interesadas en participar activamente en el monitoreo de la implementación de la sentencia, pero no sabían como hacerlo.

Esta falta de información es también consecuencia del escepticismo sobre la sentencia de la Corte. Para algunas organizaciones de la sociedad civil, el Sistema de Salud Colombiano necesita una reforma profunda, un nuevo modelo y la sentencia T-760 de alguna manera apoya el actual modelo, debido a que reclama cambios al interior de éste, pero no declara el estado de cosas inconstitucional en salud, como había sido sugerido en un informe reciente elaborado por la Procuraduría General de la Nación y el Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad — DeJusticia.⁷

Además, es necesario tener en cuenta la complejidad del contexto colombiano. Desde hace varios años, dirigentes de sindicatos de trabajadores de salud, así como líderes comunales están bajo amenaza y sufren de acoso, ataques y muertes de varios de ellos⁸. Algunos de estos dirigentes lucharon por los derechos de trabajadores que fueron despedidos después de la reforma del sector salud, o en contra de procesos de liquidación agresivos de los servicios públicos de salud. La reforma implementada mediante la Ley 100 incluyó mecanismos de participación y canales para la revisión de la decisión muy débiles con poca posibilidad de incidencia real desde los sectores sociales, creando desconfianza entre los actores y la polarización de los diferentes sectores. Es mas, según Thomas Bossert y otros expertos internacionales, las anteriores reformas al sistema de salud en Colombia se han caracterizado por ser controlados por “equipos de tecnócratas”.

Sin embargo, como ya ha sido mencionado, existen algunas organizaciones interesadas en monitorear y participar en el proceso de la implementación de la sentencia, muchas de las cuales no han sido tomadas en cuenta por las autoridades. Un ejemplo de esto es la consulta “presencial de usuarios” organizada por el Ministerio de la Protección Social el 23 de julio de 2009, a la que fueron convocadas 67 organizaciones de usuarios y de pacientes. La reunión de un día de duración, contó tan sólo con la participación de 25

personas de diferentes asociaciones de usuarios y de organizaciones privadas de pacientes (tres de estas de fuera de Bogotá).⁹

Al indagar con participantes a esta reunión, mencionaron que a la reunión fueron invitadas principalmente personas de las Asociaciones de Usuarios de Enfermedades de Alto Costo. La participación fue escasa y contó con sólo un participante en representación del régimen subsidiado. Sobre la metodología de trabajo (consulta), expresaron que esta se centró en contestar el cuestionario elaborado por la CRES y el Ministerio de la Protección Social, dando poco tiempo para opinar y participar críticamente. Para las personas entrevistadas, a la reunión no se invitó a muchas asociaciones principalmente las más representativas.¹⁰

No queda claro el criterio de selección de las organizaciones, sin embargo resulta preocupante que organizaciones interesadas, que han participado en foros de discusión sobre la implementación de la Sentencia no recibieron información o invitación para participar en esta consulta, lo que constituye una barrera real para su participación en este proceso.¹¹

Para la elaboración de la Evaluación Económica y de los Componentes para las Prácticas Clínicas de la Guía Clínica, el Gobierno llamó a un proceso de consulta. Este fue publicitado en la página Web del POS,¹² y brindó la oportunidad a gente interesada en enviar comentarios y sugerencias a una dirección electrónica. Aun cuando este proceso de consulta fue abierto, durante las entrevistas realizadas a fines de marzo del 2009 a representantes de organizaciones de la sociedad civil, instituciones de investigación y academia, ninguno de los entrevistados mencionó este proceso de consulta. Cuando les preguntamos sobre qué había sido implementado por el Ministerio de la Protección Social para promover la participación de un número más amplio de actores clave, la respuesta fue “nada” o “nosotros no tenemos información”.

Control de compañías de seguros y derechos de los usuarios

Las dos órdenes analizadas en este punto fueron la vigésima y vigésima octava.

De acuerdo a los informes preparados por el miembro del comité de la sociedad civil a cargo de la supervisión de la implementación de la decisión¹³ (Así Vamos en Salud)¹⁴ y la Defensoría del Pueblo,

aún cuando el Gobierno (a través del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud) cumplió con enviar un reporte con información sobre las EPS que con mayor frecuencia rechazan proveer servicios de salud incluidos en el POS; las dos instituciones a cargo no lograron preparar un informe que consolide la información, los resultados de los informes difieren (las EPS identificadas no son las mismas), y el informe carece de precisión acerca de los datos reportados, así como información sobre cómo se hace el seguimiento de las sanciones impuestas.

Con relación a la orden vigésima octava, el Ministerio de la Protección Social elaboró la Resolución 1817 de 2009 la cual define los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud en los regímenes contributivo y subsidiado. El informe enviado a la Corte Constitucional el 1 de junio de 2009 incluye estos textos, pero no señala si desde el Ministerio se han implementando acciones para garantizar que los documentos sean efectivamente entregados a los usuarios, y si el contenido de estos es completo, pertinente, confiable y comprensible, lo cual ha sido señalado por la Corte, en sus autos de seguimiento. Para la Corte si bien la elaboración de los lineamientos es un paso importante, no garantiza que se respete el derecho a acceso a la información de los usuarios.

CONCLUSIONES

Quizás el más importante impacto que ha tenido la sentencia T-760 de 2008 ha sido el de motivar nuevamente la discusión sobre el derecho a la salud y el sistema de salud en Colombia. Por ejemplo en junio del 2009, la Comisión Séptima del Senado de la República organizó el Foro “FOSYGA: La Hora de las Cuentas Claras”.¹⁵ Así mismo, algunos congresistas han utilizado la sentencia como referencia para impulsar control político al Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Salud¹⁶ como en el caso del Foro “La Sentencia T 760 y el Futuro de la Salud en Colombia”, organizado el 18 de mayo de 2009 por el Senador Jorge Enrique Robledo. Desde la sociedad civil, el gremio de las empresas aseguradoras ha organizado algunos seminarios para discutir la sentencia,¹⁷ y las organizaciones de la sociedad civil, las universidades y usuarios han organizado algunas mesas de discusión.¹⁸

Pese a estas iniciativas, no se puede decir que el proceso de toma de decisiones para la elaboración del nuevo POS ha respetado lo establecido por la Corte sobre la participación ciudadana.

Desde un marco de Derechos Humanos como en el que se enmarca la Sentencia T-760 la participación debe incluir: (i) mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar, (ii) construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación, (iii) mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso (desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación), (iv) mecanismos de rendición de cuentas y revisión.¹⁹

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población, la participación es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir.²⁰

En el caso del proceso de implementación de la Sentencia T-760, si bien esta hace referencia a la importancia de los derechos humanos y señala ciertos principios para asegurar que en su implementación se garantice la participación de diferentes sectores de la sociedad (comunidad científica, organizaciones de usuarios, grupos vulnerables), el proceso de implementación dirigido por el Ministerio de la Protección Social no ha logrado crear un verdadero proceso participativo, lo cual vulnera el derecho a la participación señalado en la Sentencia T-760, y pone en riesgo la legitimidad de los resultados del proceso, así como el apoyo de parte de la sociedad a la reforma.

El tipo de mecanismos de consulta que ha propuesto el Ministerio de la Protección Social para este proceso, profundiza la manera como en el marco de la Ley 100 se desarrolla la participación ciudadana, entendida fundamentalmente como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud y no de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de esos “clientes” tiene más peso que la deliberación colectiva y crítica que hace la ciudadanía a través de diversas formas organizativas.

Como ya ha sido señalado, existen problemas con relación al:

- Acceso a la información sobre espacios de participación.
- Acceso a los procesos de consulta impulsados desde el Ministerio de la Protección Social.
- Acceso a la información sobre los principios, metodología que se está siguiendo para la implementación de la reforma.
- Transparencia sobre el proceso. Desde marzo se habla que “no es posible igualar los POS”, que esto significaría un gasto de 6 billones de pesos colombianos. Si esto ya era una decisión tomada, ¿pueden realmente los ciudadanos modificar esta decisión?
- Acceso a información sobre los alcances de las consultas ciudadanas.
- Acceso a mecanismos para la revisión de las decisiones y rendición de cuentas.

Además, si bien se han impulsado algunas investigaciones contra algunas EPS, no es todavía claro el resultado de las mismas.²¹ En términos generales, el Estado Colombiano no ha logrado crear mecanismos de vigilancia y control que aseguren que las empresas proveedoras de servicios de salud cumplan con respetar los derechos de los usuarios.

Las iniciativas promovidas desde el Ministerio de la Protección Social se basan en la confianza de que los usuarios como consumidores tienen el poder para regular a los proveedores, y de esta manera asegurar la calidad de los servicios. Sin embargo, este modelo de “mercado de salud” fue criticado hasta por los expertos internacionales consultados por el Gobierno colombiano para apoyar el proceso de reforma del POS porque no toma en consideración que la salud no es como otros bienes que se pueden ofrecer en el mercado, ni el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, en el que el proveedor suele tener el poder del conocimiento, y por ello mayor poder en la toma de decisiones.²²

En el fondo, las fallas en el proceso de participación reflejan el desencuentro entre el concepto de sistema de salud promovido desde el Ministerio de la Protección Social, que se concentra en la relación individual/privada entre un proveedor y un cliente, y la postura que presenta la Corte en la Sentencia que concibe al sistema de salud como una institución

social, que implica que las decisiones que se toman sobre el sistema de salud, no se refieren únicamente a relaciones individuales proveedor – usuario/consumidor, sino más bien al desarrollo de políticas públicas que afectan a la sociedad en su conjunto.

Es decir, del concepto de la salud como un producto del mercado surge una “participación” que funciona más como una especie de mercadeo social y menos como una herramienta de construir ciudadanías. Proceso que a su vez profundiza la manera como en Colombia se han venido tomando las decisiones en salud, que dan el mayor peso a las opiniones y orientaciones tecnocráticas, de expertos nacionales e internacionales; marginando la opinión y la posibilidad de incidencia de la ciudadanía tanto individual como colectiva. Hecho que se profundiza con la puesta en operación de la Comisión Reguladora de Salud — CRES, instancia soportada en cinco técnicos, y la debilitación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, resulta preocupante la falta de capacidad autocrítica por parte de las autoridades de salud sobre la falta de planificación del proceso participativo. El 2 de agosto del 2009, en una entrevista televisiva, el Ministro de la Protección Social señaló que el cronograma establecido por la Corte no permite un proceso participativo, lo cual va en contra de las indicaciones dadas por los expertos internacionales invitados por el Gobierno colombiano que recomiendan un proceso participativo, y que para lograr esto se requiere entre 15 y 20 meses.²³ Sin embargo, lo que le faltó indicar al Ministro fue que la idea del proceso participativo está como un pre requisito en la Sentencia T-760, que esta no es una “creación” de los expertos internacionales; y que si bien el Gobierno solicitó a la Corte en enero del 2009 una prórroga para la implementación de la Sentencia, esta solicitud no señalaba la necesidad de contar con mayor tiempo para garantizar la participación de la ciudadanía en el proceso de reforma del POS.

El objetivo de la Sentencia T-760 de 2008 es el de proteger el derecho a la salud en Colombia, a través de la implementación de reformas del sistema de salud. Esto debería traer como consecuencia directa la disminución de las tutelas, proteger la sostenibilidad del sistema de salud colombiano y cumplir con el precepto de progresividad del derecho a la salud. Lamentablemente la falta de transparencia y limitaciones para el acceso a la información y participación

le quitan legitimidad al proceso. Estas condiciones no han ayudado a crear un ambiente de confianza, por el contrario, ponen en riesgo el apoyo de la ciudadanía a la reforma, y con ello la sostenibilidad del sistema de salud colombiano, pues si las y los colombianos no comprenden cuáles han sido los principios y criterios utilizados para incluir o excluir ciertos tratamientos en el nuevo POS, y si no quedan claros los mecanismos para su revisión y actualización, no se puede descartar que sigan acudiendo a la tutela como su única herramienta para defender su derecho a la salud. El hecho de que sea una discusión sobre lo mínimo que debe garantizarse en salud exige que la participación sea la más cualificada posible. Esperamos que, en atención a todo lo expuesto, la Corte Constitucional desarrolle el control judicial más estricto sobre la forma como se está desarrollando la participación en esta materia.

CITATION / CITA

This article may be cited as / Este artículo se puede citar de la siguiente forma: Camila Gianella-Malca, Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin, y Mauricio Torres-Tovar, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008,” *Health and Human Rights: An International Journal* 11/1 (2009), Perspectives, <http://hhrjournal.org/blog/wp-content/uploads/2009/08/gianella-malca.pdf>.

REFERENCIAS

1. Ver en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 10) y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.
2. Ministerio de Protección Social, *Informe con destino a la honorable Corte Constitucional Unificación Gradual y Sostenible de los Planes Obligatorios de Salud – POS*. Disponible en http://www.pos.gov.co/respuestaSC/Documentos%20Sentencia/Orden_22_300109_1500.pdf.
3. Ministerio de la Protección Social- Dirección de la Demanda de Salud, *Informe a la Comisión de Regulación en Salud – CRES. Documento para la garantía y protección del derecho a la salud de los*

colombianos. Disponible en <http://www.pos.gov.co/Documents/Anexo%20tecnico.pdf>.

4. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, *Informe Trimestral de Conectividad*. Mayo 2009 – No 15. Disponible en http://www.crt.gov.co/images/stories/crt-documents/BibliotecaVirtual/InformeInternet/Informe_Internet_marzo%202009.pdf.
5. Consulta abierta de 23 de julio al 23 de Agosto, convocada por el CRES y el Ministerio de la Protección Social complementaria a la consulta presencial. Disponible en <http://www.pos.gov.co/consulta/>.
6. Por ejemplo: las presentaciones de William Hsiao, Norman Daniels, Thomas Bossert, disponible en <http://www.pos.gov.co/Paginas/guiaMetodologica.aspx> ; presentaciones de Francis Ruiz, Norman Daniel, Michael Rawlins, Kalipso Chalkidou, disponible en <http://www.pos.gov.co/Paginas/jornadasdeintercambiotecnicointernacional.aspx>.
7. Procuraduría General de la Nación y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, *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, 2008.
8. Varios informes del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Trabajadores Hospitalarios de Colombia (ANTHOC) denuncian los asesinatos cometidos durante la última década de miembros de esta organización. Ver: http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=216 y http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1295.
9. Ministerio de la Protección Social- Dirección de la Demanda de Salud, Informe a la Comisión de Regulación en Salud – CRES. Documento para la garantía y protección del derecho a la salud de los colombianos. Disponible en <http://www.pos.gov.co/Documents/Anexo%20tecnico.pdf>.
10. Conversación sostenida con la señora Leticia Tafur, presidenta de la Asociación de Usuarios del Instituto Nacional de Salud; y comunicación emitida por Néstor Álvarez, representante de los pacientes de alto costo de la Nueva EPS. Ninguno de los dos fue convocado por los organizadores, fueron informados de la reunión por sus compañeros.

11. Por ejemplo: el Movimiento Nacional por la Salud y la Seguridad Social, Salud al Derecho, Centro de Investigación y Salud Popular -CINEP, Corporación Grupo Guillermo Fergusson, Asociación de Pacientes Osteomizados, Asociación de Usuarios de la Nueva EPS, Espíritu del 91, DeJusticia.

12. Ver: <http://www.pos.gov.co/Paginas/guiaMetodologica.aspx>.

13. Así Vamos en Salud presentó a la Corte su interés por acompañar el cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, solicitó su reconocimiento como grupo de seguimiento, petición que la Corte aceptó el 09 de diciembre del 2008. Acá es importante decir que es necesario que se incluya en el proceso de seguimiento a otras expresiones de la sociedad civil que también se han organizado para impulsar rendición de cuentas sobre las órdenes emitidas por la Corte y para pronunciarse ante la sociedad.

14. ML La Torre, *Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008*. Disponible en http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_remository&Itemid=0&func=startdown&id=77.

15. Organizado el 08 de Junio del 2009, información disponible en <http://www.comisionseptimasenado.gov.co/actualidad%204.html>.

16. Según la orden del día para la sesión ordinaria del 30 de septiembre de 2008, los senadores Germán Antonio Aguirre Muñoz, Griselda Janeth Restrepo Gallego y Carlos Julio González Villa solicitaron la citación al Ministro de la Protección Social, al Presidente de la Nueva EPS y al Superintendente de Salud para absolver un largo cuestionario relativo a las inconsistencias en el funcionamiento del aseguramiento y la atención en salud en el marco de la ley 100 de 1993. Entre las preguntas se encontraban: “¿Cuál es la posición del gobierno con respecto a las obligaciones contenidas en la Sentencia T-760 de 2008?, ¿Qué mecanismos se está implementando para dar cumplimiento a ésta?”

17. Por ejemplo: XVI Foro Internacional Farmacéutico, 10 al 12 de junio de 2009 en Cartagena convocado por la ANDI, VII Congreso GESTARSALUD a realizarse del 29 al 31 de octubre en Cartagena.

18. Por ejemplo: Foro organizado el 29 de mayo del 2009 por Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquía en alianza con

el Programa Así Vamos en Salud: “*Análisis de Alternativas para el Cumplimiento de los Mandatos de la Sentencia 760 de 2008 emitida por la Corte Constitucional*”; Foro “La Sentencia T-760: alcances y limitaciones”, impulsado por el Doctorado de Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia; los Talleres por redes locales y foros distritales organizados durante el segundo semestre de 2008 y el primer semestre de 2009 por parte de la Dirección de Participación Social y Servicio al Ciudadano de la Secretaría Distrital de Salud.

19. H. Potts, *Participation and the Right to Highest attainable standard of health* (University of Essex: Human Rights Centre, 2008). Disponible en http://www2.essex.ac.uk/human_rights_centre/rth/docs/Participation.pdf.

20. Alicia Ely Yamin, Suffering and Powerlessness: The Significance of Participation in rights-based approaches to health, *Health and Human Rights: An International Journal* 11/1 (2009). Disponible en www.hhrjournal.org.

21. Por ejemplo, la Superintendencia le ordenó a las EPS Saludcoop y Comfaboy que redujeran a la mitad el volumen de contratación de servicios de atención de sus afiliados con sus propias clínicas y centros de salud, por incumplir los toques establecidos en la Ley 1122 de 2007. Ver: “A la Supersalud le llegó la hora de ajustar a las Clínicas de EPS”, *El Tiempo*, 27 de abril de 2009. Sobre Saludcoop, un informe preliminar de la Superintendencia de Salud le ordenó abstenerse de destinar los recursos que le gira el Fosyga para la prestación de servicios de salud a sus afiliados a usos diferentes a este. Ver: “Cuestionan a Saludcoop por uso de recursos” en *Portafolio*, 7 de julio de 2009. Asimismo, según información de prensa, la Superintendencia de Industria y Comercio estaba investigando a 15 EPS y a ACEMI por estar presuntamente realizando acuerdos dirigidos a restringir la libre competencia en el mercado del aseguramiento de la salud y llegar a acuerdos para negar servicios de salud a los usuarios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Ver: “Quince EPS en la mira del Gobierno Nacional”, en *La Libertad*, 9 de junio de 2009.

22. Entrevista a Norman Daniels, Thomas Bossert y William Hsiao. Disponible en <http://www.semana.com/noticias-salud--seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>.

23. Entrevista televisiva a Diego Palacio, Ministro de Protección Social. Disponible en <http://www.yamidamat.com.co/Contenido/Video.asp?Mostrar=AGOSTO3.wmv>.