



---

## **El derecho a la salud en Colombia: de la superación del apartheid legal a las barreras institucionales y sociales**

**(The right to health in Colombia: Overcoming the social and institutional barriers to access health services)**

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 13, ISSUE 3 (2023), 913–935: TEORÍAS CRÍTICAS E INJUSTICIA SOCIAL: DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE DEMOCRACIAS DÉBILES Y NEOCAPITALISMOS (WITH A SPECIAL SECTION ABOUT GENDER AND JUDGING IN THE MIDDLE EAST AND AFRICA)

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1385](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1385)

RECEIVED 18 MAY 2022, ACCEPTED 12 DECEMBER 2022, VERSION OF RECORD PUBLISHED 1 JUNE 2023

ANTONIO BARBOZA\* 

JULIÁN GAVIRIA\* 

### **Resumen**

En este artículo defenderemos que la Corte Constitucional colombiana ha contribuido de manera importante a la eliminación de las barreras legales/formales al acceso a los servicios de salud, pero que su enfoque limitado a la corrección de las fallas regulatorias en el marco del modelo de sistema de salud de la Ley 100 es insuficiente para abordar las barreras sociales e institucionales al acceso, las cuales siguen siendo causa del elevado litigio en salud. Para ello partiremos de las fallas evidenciadas por el litigio posterior a 2008, a partir de los fallos de la Corte Constitucional (en especial los autos de cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008), de los informes del Ministerio de Salud que se refieren al cumplimiento de estas órdenes, los informes anuales de la Defensoría del Pueblo y la literatura especializada de los últimos años sobre el sistema de salud colombiano.

### **Palabras clave**

Derecho a la salud; litigio en salud; acceso a servicios médicos; litigio estructural; justicia constitucional

---

Este artículo es resultado del proyecto de investigación “Problemas conceptuales de la protección judicial de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional colombiana. El caso del derecho a la salud”, financiado por la Universidad EAFIT.

\* Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad EAFIT (Medellín) y miembro del Grupo de Investigación Derecho y Poder (EAFIT). Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Bloque 27, Of. 27-503C, Escuela de Derecho. Medellín (Antioquia), Colombia. Dirección de email: [abarbosa@eafit.edu.co](mailto:abarbosa@eafit.edu.co)

\* Profesor del Área de Teorías del Derecho de la Universidad EAFIT (Medellín) y miembro del Grupo de Investigación Derecho y Poder (EAFIT). Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Bloque 27, Of. 27-502B, Escuela de Derecho, Medellín (Antioquia), Colombia. Correo electrónico: [jgaviriam@eafit.edu.co](mailto:jgaviriam@eafit.edu.co)

## Abstract

In this article we will argue that the Colombian Constitutional Court has made an important contribution to the elimination of legal/formal barriers to access to health services, but its limited focus on correcting regulatory failures under the health system model of Law 100 is insufficient to address the social and institutional barriers to access, which continue to be the cause of high litigation in health. To do so, we will start from the failures evidenced by the post-2008 litigation, based on the rulings of the Constitutional Court (especially the orders of compliance with Sentence T-760 of 2008), the reports of the Ministry of Health that refer to the compliance with these orders, the annual reports of the Ombudsman's Office and the specialized literature of recent years on the Colombian health system.

## Key words

Right to health; litigation on health; access to medical services; structural litigation; constitutional justice

---

## Table of contents

1. Introducción.....	916
2. La Corte Constitucional y la protección del Derecho a la Salud antes de la Sentencia T-760 de 2008.....	917
3. Sentencia T-760 de 2008 y el enfoque estructural .....	920
4. La corrección del “apartheid legal” del sistema de salud y la mirada limitada de sus problemas. ....	924
5. Los retos actuales del sistema de salud de acuerdo con el litigio reciente.....	927
5.1. Descripción del litigio .....	928
5.2. Causas del nuevo litigio en salud.....	930
6. A modo de conclusión: Nuevas preguntas y nuevos posibles cursos de acción de la intervención judicial en salud.....	932
Referencias .....	933
Jurisprudencia .....	935

## 1. Introducción

Han pasado ya más de diez años desde que la Corte Constitucional colombiana expidiera el que fuera el fallo más importante en lo referido a la protección del derecho a la salud en Colombia: la Sentencia T-760 de 2008. Muchas cosas han pasado desde la expedición de dicho fallo. Se logró finalmente la actualización del antiguo Plan Obligatorio de Salud, hoy Plan de Beneficios en Salud, se unificó este Plan de Beneficios para el régimen contributivo y subsidiado, y se expidió la Ley Estatutaria de Salud.<sup>1</sup> Es sorprendente que todas estas cosas se hayan logrado en una medida importante gracias a un fallo de la Corte Constitucional, pero lo cierto es que la protección del derecho a la salud sigue siendo un problema en Colombia, tal como lo evidencia el inmenso número de tutelas que año a año llegan a los juzgados colombianos buscando su protección.

Según el último informe disponible sobre tutela y derecho a la salud de la Defensoría del Pueblo, en 2019 se presentaron un total de 207.734 tutelas solicitando la protección de este derecho, lo que representó el 33,43% del total de las tutelas. Si se tiene en cuenta que en el año 2008 (el peor de la serie) se presentaron 142.957 tutelas, que correspondían al 41.50% del total de las tutelas, se puede ver de qué manera el problema está lejos de estar resuelto (Defensoría del Pueblo 2020). Ante un panorama como este parece pertinente preguntarse de nuevo cuáles son los problemas que aquejan al sistema de salud y cuál es el papel, si alguno, que debe jugar la Corte Constitucional en estas nuevas circunstancias.

Para abordar esta cuestión recurriremos a los fallos de la Corte Constitucional, en especial los autos de cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008, a los informes del Ministerio de Salud que se refieren al cumplimiento de estas órdenes, a los informes anuales de la Defensoría del Pueblo sobre la tutela y el derecho a la salud y a la literatura especializada de los últimos años.

En este artículo queremos defender que la Corte ha contribuido de manera importante a la eliminación de las barreras legales/formales al acceso a los servicios de salud, pero que su enfoque limitado a la corrección de las fallas regulatorias en el marco del modelo de sistema de salud de la Ley 100 es insuficiente para abordar las barreras sociales e institucionales al acceso, las cuales siguen siendo causa del elevado litigio en salud.<sup>2</sup> Para el desarrollo de este artículo, comenzaremos por hacer un recuento de qué significó la Sentencia T-760 de 2008 y qué problemas pretendía atacar para, luego, precisar algunos logros alcanzados por el sistema en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte, para, finalmente, centrarnos en los problemas actuales del sistema de salud colombiano

---

<sup>1</sup> Usaremos la expresión POS (Plan Obligatorio de Salud) para referirnos al actual Plan de Beneficios en Salud.

<sup>2</sup> Somos conscientes de que el derecho a la salud no se agota en el acceso a los servicios médicos. De acuerdo con la Observación General No. 14 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como un “derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Esta definición ha sido, además, acogida por la Corte Constitucional. Sin embargo, en este artículo sólo analizamos la dimensión del acceso a servicios médicos individuales, dado que el litigio en salud en Colombia, al tramitarse por una vía judicial individual y expedita, se ha concentrado en este tipo de servicios.

y proponer, a modo de conclusión, posibles acciones que podría tomar la justicia constitucional.

## 2. La Corte Constitucional y la protección del Derecho a la Salud antes de la Sentencia T-760 de 2008

El litigio en salud en Colombia ha venido consolidándose desde la Constitución de 1991, en particular desde la entrada en funcionamiento de la acción de tutela.<sup>3</sup> En un primer momento –“fase inaugural” que comienza en 1992 y termina en 1997<sup>4</sup>– la Corte fija lo que será uno de los pilares de su línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud: acepta la posibilidad de resolver a través de la acción de tutela los conflictos generados en torno al derecho a la salud aplicando la tesis de la conexidad, según la cual el derecho a la salud (que en un inicio no era considerado por la Corte un derecho fundamental) podía ser protegido a través de este mecanismo cuando “su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo” (Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992).<sup>5</sup>

Esta fase inicial coincide con la expedición de la Ley 100 de 1993 a través de la cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante sistema de salud). Es necesario hacer aquí algunas aclaraciones sobre el sistema inicialmente introducido por dicha ley, para entender el papel que ha jugado la justicia constitucional en relación con el derecho a la salud. El sistema creado por la Ley 100 tenía por objeto, según dice su artículo 152, “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. Para este efecto creó dos regímenes de cubrimiento: un régimen contributivo en el cual se incluía a aquellas personas y familias cuya vinculación se hacía a través del pago de una cotización, y un régimen subsidiado para aquellas personas sin capacidad de pago. La ley creó también un grupo de instituciones de capital privado, público o mixto, responsables de la afiliación, el registro de los afiliados, el recaudo de sus cotizaciones y de garantizar la prestación de los servicios de salud: las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Además de las EPS, fueron creadas también las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que al igual que las EPS pueden ser públicas, privadas o mixtas, encargadas de la

<sup>3</sup> La Acción de Tutela (Art. 86 de la Constitución de Colombia) es un recurso que habilita a cualquier ciudadano para exigir ante un juez la protección de sus derechos fundamentales a través de un proceso preferente y sumario.

<sup>4</sup> Rodríguez Garavito habla de tres momentos por los que ha atravesado el litigio en salud en Colombia: *fase inaugural* (1992-1997), *fase de explosión* (1998-2008) y *fase de enfoque estructural* (2009-2012) (Rodríguez Garavito 2012, pp. 511–19).

<sup>5</sup> En palabras de la Corte en la T-491 de 1992, “[l]os **derechos fundamentales por conexidad** son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida” (Corte Constitucional Sentencia T-499 de 1992). En la Sentencia T-760 de 2008 la Corte pasa de la tesis de la conexidad a considerar el derecho a la salud “un derecho constitucional fundamental”. Esta posición ha sido también adoptada por el Congreso de la República a través de la Ley 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

prestación de los servicios de salud a los afiliados al sistema de salud. Las EPS garantizan la prestación de los servicios de salud establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) –que determina el régimen de beneficios de los afiliados al sistema– a través de las IPS propias o con las que hayan establecido convenios o contratos. En este modelo de “competencia regulada”, las diferentes entidades, tanto aseguradoras como prestadoras, que forman el sistema de salud compiten en la prestación del servicio de salud bajo la regulación estatal (López Medina 2008, Uprimny y Durán 2014, p. 9).

El POS determina los servicios cubiertos por el sistema; inicialmente a través de su incorporación expresa, razón por la cual aquello que no estaba expresamente establecido se entendía excluido del régimen de beneficios.<sup>6</sup> Además de esto, al existir un régimen de cobertura doble (régimen contributivo y subsidiado), se establecieron también dos POS, uno para el régimen contributivo (POS-C) y uno para el régimen subsidiado (POS-S), teniendo este último una cobertura inferior a la del primero.<sup>7</sup>

El establecimiento de este sistema creó una serie de problemas que comenzaron a llegar de manera masiva a los juzgados a través de acciones de tutela interpuestas por los usuarios del sistema de salud. En primer lugar, más de la mitad de las tutelas se debía a casos en los que las EPS negaban servicios incluidos en el POS.<sup>8</sup> El modelo de “competencia regulada” diseñado por la Ley 100 creaba “prácticas reiteradas de ‘contención de costos’ y ‘maximización de ganancias’ de los nuevos prestadores privados”, lo que conducía a “la interposición, por parte de aseguradores y prestadores privados, de barreras para el acceso a los servicios de salud” (Lamprea 2011, p. 99). A este problema se le unió el hecho de que no existieran mecanismos eficaces para la

---

<sup>6</sup> En un principio, la Ley 100 no especificó los criterios de inclusión de servicios médicos en el POS. Esta tarea fue asumida por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, en cuyos artículos 13 y 49 se “señalaban explícitamente que la prescripción y asignación de medicamentos por parte de aseguradores y prestadores debía limitarse a aquellos incluidos en el POS”, por lo que “[a]quellos pacientes que necesitaran servicios médicos excluidos del POS tenían entonces que usar sus propios recursos para adquirirlos” (Lamprea 2011, p. 123).

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo 162 de la Ley 100, el POS del régimen subsidiado inicialmente incluía “servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo” y los servicios del segundo y tercer nivel se debían incorporarse progresivamente “de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables”.

<sup>8</sup> Según datos de la Defensoría del Pueblo (2015), del total de solicitudes hechas a través de acciones de tutela entre los años 2003 y 2013, más del 60% de los casos se debía a reclamaciones por servicios incluidos en el POS, lo que indica, como lo afirma Rodríguez Garavito, “que más de la mitad de los litigios no corresponden a los casos difíciles en los que un CTC [Comité Técnico Científico] se enfrenta a solicitudes que sobrepasan lo contemplado en el POS, sino a casos de prestaciones incluidas en este que deberían ser resueltos de manera rutinaria por las EPS mediante el suministro de lo debido al paciente” (Rodríguez Garavito 2012). En estos casos, en los que los jueces cumplen una función de cobrador de lo debido, no conllevan en realidad un alto grado de activismo por parte de la Corte. En este caso, se trataría de sentencias sobre derechos sociales que implican un pago de lo debido, lo que lleva a “una intervención por parte del juez en una decisión económica sobre si un servicio o un subsidio debe otorgarse o no, pero que puede ser decidida estableciendo si el Estado ya le debe al peticionario lo que solicita en el caso”, en contraposición a aquellas sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto, es decir, “aquellos casos en los que la decisión económica que ordena el juez no resulta de verificar una obligación preexistente, sino de lo que el juez considere necesario para que esa obligación se cumpla, lo cual a menudo implica una erogación económica no preestablecida” (Saffon y García Villegas 2011, p. 93). En las sentencias del primer tipo no se plantean graves problemas desde el punto de vista de la igualdad y el hecho de que se limiten a hacer cumplir lo exigido por el legislador muestra cómo, en estos casos, la justicia constitucional no está en tensión con los procedimientos mayoritarios y no hay una afectación del principio de igual participación.

resolución de conflictos entre usuarios y prestadores del servicio, quedando la tutela como único mecanismo efectivo para la protección del derecho a la salud (Lamprea 2011, p. 120).

En segundo lugar, las entidades encargadas de la actualización del POS fallaron en sus tareas, realizando unas pocas actualizaciones que no cumplían con los requisitos establecidos por la misma ley, según la cual estos debían tener en cuenta “los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema” (art. 162). Esta omisión por parte del Gobierno Nacional dejó a un gran número de personas excluidas de servicios médicos necesarios como antirretrovirales, tratamiento de diálisis, prótesis, etc. (Lamprea 2011, pp. 123–29).

Por último, la discriminación hecha por el sistema entre usuarios del régimen subsidiado y contributivo (que en la misma redacción de la Ley 100 se establecía como temporal), y su respectiva diferenciación entre POS-S y POS-C, era también fuente de conflicto, pues dejaba a una parte de la población sin prestaciones básicas, lo cual las obligaba a acudir a la justicia constitucional para exigir la protección de sus derechos.

Finalizado el momento de estructuración del Sistema de Seguridad Social en Salud y terminada la *fase inaugural* del litigio en salud (1992–1997), comienza una segunda etapa –comprendida entre 1998 y 2008– en la cual la cantidad de asuntos resueltos por la justicia constitucional sobre el derecho a la salud sufre un fuerte incremento, tanto así que se pasa de 21.301 tutelas en 1999 (de un total de 86.313 que se interpusieron en el país, es decir, las tutelas en salud representaron el 24,68% del total) a 142.957 (de un total de 344.468, el 41,50% de las tutelas presentadas en el país) (Defensoría del Pueblo 2014, p. 226). Esto quiere decir que el litigio en salud no sólo creció más de 6 veces en el periodo 1999–2008, sino que su participación en el total de tutelas presentadas se incrementó en casi un 17%.

CUADRO 1

Año	Total de tutelas	Tutelas salud	Porcentaje de tutelas salud	Porcentaje de crecimiento anual	Porcentaje de crecimiento anual salud
1999	86.313	21.301	24,68	-	-
2000	131.764	24.843	18,85	52,66	16,63
2001	133.272	34.319	25,75	1,14	38,14
2002	143.887	42.734	29,70	7,96	24,52
2003	149.439	51.944	34,76	3,86	21,55
2004	198.125	72.033	36,36	32,58	38,67
2005	224.270	81.017	36,12	13,20	12,47
2006	256.166	96.226	37,56	14,22	18,77
2007	283.637	107.238	37,81	10,72	11,44
2008	344.468	142.957	41,50	21,45	33,31
2009	370.640	100.490	27,11	7,60	-29,71
2010	403.380	94.502	23,43	8,83	-5,96
2011	405.359	105.947	26,14	0,49	12,11

2012	424.400	114.313	26,94	4,70	7,90
2013	454.500	115.147	25,33	7,09	0,73

Cuadro 1. Participación de las tutelas de salud. Periodo 1999–2013.

Fuente: Defensoría del Pueblo 2014.

GRÁFICO 1

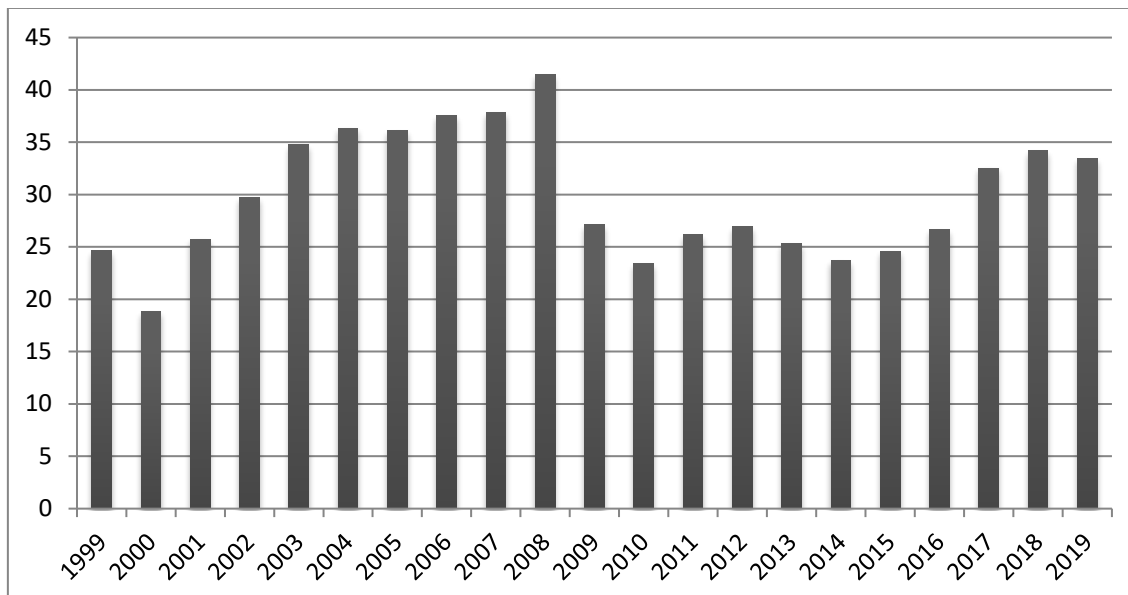


Gráfico 1. Total de tutelas y tutelas en salud. Periodo 1999–2019.

Fuente: Defensoría del Pueblo.

Como han sostenido un gran número de autores que han estudiado el sistema de salud y el litigio en Colombia, es el conjunto de problemas causados por el mal funcionamiento de la Ley 100, sumado a la existencia de un mecanismo ágil de acceso a la justicia constitucional (como lo es la acción de tutela) y una actitud receptiva por parte de los jueces, lo que llevó a este crecimiento vertiginoso del litigio (Lamprea 2011, Rodríguez Garavito 2012, Parra-Vera y Yamin 2013, Uprimny y Durán 2014). Sin embargo, no nos concentraremos en lo que ha implicado esta multitud de fallos y en los problemas que la judicialización de las reclamaciones en salud conlleva, sino que nos referiremos a la manera en que la Corte, a través de la Sentencia T-760, asumió su labor como juez constitucional.

La importancia de esta sentencia se centra en la reacción por parte de la Corte ante esta rutinización del litigio (Uprimny y Durán 2014, p. 39–41) en la que pasa de un enfoque casuístico, en el cual se afronta el problema desde una perspectiva particularista, resolviendo caso por caso y sin hacer un análisis de las consecuencias generales que la suma de fallos individuales podía causar, a un enfoque estructural en el que los casos estudiados se tomaron como representantes de un problema mucho más amplio.

### 3. Sentencia T-760 de 2008 y el enfoque estructural

Esta importante sentencia acumula varios procesos de tutela en los cuales se alegaba la vulneración del derecho a la salud, los cuales presentaban rasgos similares y tenían origen en idénticas fallas de la regulación del sistema de salud. En sus consideraciones la Corte Constitucional se refirió de esta manera a los problemas que se enfrentaban en cuestión de salud: “Se pregunta entonces la Sala si basta la protección caso por caso o si,



ante un patrón de violación de los derechos, como sucede en este caso con la salud, debe la Sala tomar decisiones que apunten a que los órganos competentes también superen las fallas en la regulación que han llevado a que se constaten los irrespetos a este derecho en repetidas ocasiones” (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008). De esta manera, consideró la Corte que “limitarse a resolver los casos concretos ha resultado insuficiente”, por lo que era necesario adoptar “además de las decisiones para resolver los casos concretos, diferentes medidas encaminadas a que los órganos encargados de regular el sistema de salud corrijan las fallas en la regulación” (Sentencia T-760).

Esta forma de hacer frente a las cuestiones que se someten a su conocimiento es lo que se ha llamado enfoque estructural, el cual tiene, por lo menos, dos efectos. Primero, logra proteger de mejor manera los derechos fundamentales, en particular el derecho a la salud, en tanto se busca la protección de los derechos de los no litigantes y, segundo, consigue este objetivo de una manera mucho más respetuosa con el principio democrático y de separación de poderes. En esta sentencia, la Corte buscó entablar un diálogo con los diferentes actores del sistema, con el objetivo de solucionar los diferentes problemas que aquejan al sistema de salud en Colombia. Luego de un análisis sobre las diferentes causas de los problemas que afectan al sistema de salud, la Corte dictó una serie de órdenes en las que instaba a los agentes del sistema a tomar decisiones sobre diferentes aspectos relativos a la regulación,<sup>9</sup> entre las cuales se destacan las siguientes.

En primer lugar, instó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) a actualizar el POS, al considerar que los cambios producidos en el mismo durante los (hasta entonces) 15 años de funcionamiento del sistema, no eran verdaderas actualizaciones que se compadecieran con los requisitos establecidos en la misma Ley 100, en la cual se indicaba que dichas actualizaciones se debían hacer teniendo en cuenta “los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema” (Art. 62 Par. 2º).

Este asunto no era para nada menor, dado que una parte importante de las tutelas relativas al sistema de salud se debe a la falta de claridad sobre la inclusión o no de ciertos servicios en el POS (las llamadas “zonas grises”), así como a la exclusión de algunos otros que ya habían sido reconocidos de manera reiterada por la jurisprudencia y que no habría, en principio, razones para su exclusión –como ocurría antes de 2006 con el examen de carga viral exigido de manera masiva por pacientes con hepatitis o VIH/SIDA y el tratamiento de antirretrovirales para estos últimos (Uprimny y Durán 2014, pp. 50–51). Asimismo, exigió que la actualización del POS se hiciera a través de mecanismos que garantizaran “la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”. De esta forma no sólo se buscaba superar uno de los principales problemas que afectan al sistema de salud, sino también hacerlo de una manera que permitiera un mayor control social y una mayor participación en las

---

<sup>9</sup> Las fallas regulatorias más importantes tratadas directamente por la Corte en la Sentencia T-760 de 2008 fueron: (i) planes de beneficios diferentes según el régimen de afiliación, (ii) la ausencia de una reglamentación para que las EPS puedan autorizar los servicios de salud no incluidos, distintos a medicamentos, (iii) la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y la falta de actualización periódica de los mismos, (iv) la falta de cobertura universal, y (v) la demora en el pago de los recobros –éstos corresponde a pagos que debe hacer el Estado a las EPS por los servicios garantizados que no están incluidos en los planes de beneficios.

decisiones por parte de aquellos que se ven afectados por las mismas (en este caso, incluyendo en el debate sobre las inclusiones en el POS a los usuarios del sistema de salud y a la comunidad médica).

Como segunda medida, ordenó la unificación del plan de servicios de los regímenes existentes. Como ya se expuso, el sistema colombiano incluye un régimen doble que cubría, por un lado, a aquellas personas que hacían cotizaciones al sistema, así como a su círculo familiar (régimen contributivo). Por otro, las personas sin capacidad de pago ingresaban en el régimen subsidiado que se nutría de los aportes de solidaridad de los cotizantes y del gobierno.<sup>10</sup> Cada uno de estos regímenes tenía su propio plan de servicios, teniendo este último una cobertura menor. La Ley 100 había previsto esta situación como temporal, estableciendo en su Artículo 162 que para el año 2001 ambos planes de servicios deberían encontrarse unificados. Quince años después, al momento de la expedición de la T-760, dicho mandato legal no había sido cumplido.

La Corte, quien en sentencias anteriores había aceptado las diferencias de cobertura teniendo en cuenta el carácter progresivo de los derechos sociales (Corte Constitucional, Sentencia C-130 de 2002), había ya advertido que “si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes del territorio colombiano debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo”.

Teniendo en cuenta el incumplimiento del mandato legal, así como la violación del derecho a la igualdad que significaba el establecimiento de un sistema segregado de salud con planes de beneficios diferenciados y que “ha implicado en la práctica la prolongación de las privaciones y limitaciones al derecho a la salud de las personas más necesitadas en el sistema”, la Corte, ante la evidencia de que “[n]o existen actualmente programas ni cronogramas que muestren un esfuerzo para avanzar en la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado”, insta “a las autoridades competentes para que, con base en las prioridades epidemiológicas, las necesidades de salud de los que pertenecen al régimen subsidiado y las consideraciones de financiación relevantes, diseñe un plan que permita de manera real alcanzar esta meta” (Sentencia T-760).

En tercer lugar, la Corte emitió órdenes relativas a los mecanismos administrativos para tramitar las solicitudes de servicios no incluidos en el POS. La ausencia de estos procedimientos es una de las grandes causas de la comentada rutinización del litigio pues, como dice la Corte, la regulación existente (o más bien su ausencia) “convierte a la acción de tutela en un *‘prerrequisito de trámite’* para acceder a un servicio de salud” (cursivas en el texto original). En este caso, la Corte ordenó a la CRES “adoptar las medidas para regular el trámite interno” y establecer como mecanismo provisional el

---

<sup>10</sup> Según los últimos datos disponibles en la página del Ministerio de Salud, para el año 2012 el 47% de los afiliados al sistema pertenecían al régimen contributivo, mientras que el 53% pertenecía al subsidiado, con una cobertura total del 91,1% de la población (<https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/R%C3%A9gimenSubsidiado.aspx>).

---

procedimiento prescrito para la autorización de medicamentos no POS (que sí estaba regulado) y que se tramitaba a través de los Comités Técnico Científicos (CTC).<sup>11</sup>

Finalmente, la Corte también ordenó avanzar hacia la cobertura universal. Aunque la realización de la cobertura universal fue uno de los principales objetivos de la Ley 100, la cual se puso como plazo para su realización el año 2000, para el 2008 aún se estaba muy lejos de alcanzarla, pues para ese momento la cobertura del aseguramiento correspondía al 82,8% de la población. Por esta razón, la Corte ordenó al Ministerio de Protección Social (actualmente Ministerio de Salud) adoptar las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible antes de enero de 2010 e informar cada seis meses a la Corte y a la Defensoría del Pueblo sobre los avances parciales que se obtengan en el proceso de cumplimiento de esa meta.<sup>12</sup>

Como puede verse en las órdenes citadas anteriormente, el método adoptado por la Corte supone hacer, en un primer momento, un análisis de la situación desde un punto de vista estructural, identificar los problemas y sus causas para, finalmente, emplazar a las entidades responsables a tomar medidas conducentes a la superación de las fallas detectadas.<sup>13</sup> Las órdenes fijaban metas basadas en los estándares de derechos humanos, y no establecían el contenido de las medidas; el gobierno debía presentar un plan de acción y los plazos dados por la Corte podían ser revisados (Lamprea 2015, p. 90).

La emisión de este fallo estructural ha estado acompañada de un proceso de seguimiento a su cumplimiento. La Corte en el año 2009 creó una sala especializada conformada por tres magistrados, encargada de verificar el grado de cumplimiento de las órdenes. Para ello la Corte ha utilizado, especialmente, las audiencias públicas, los autos de cumplimiento y la solicitud de informes periódicos. Las audiencias públicas se han caracterizado por una amplia participación de diversas organizaciones del sector salud. Con este proceso de seguimiento la Corte buscaba promover la deliberación entre funcionarios del gobierno, jueces, expertos y organizaciones de la sociedad civil (Lamprea 2015, p. 90).

De esta manera, se busca que la superación de las violaciones de derechos fundamentales detectada no se haga a costa de la anulación de las facultades reconocidas en la Constitución y en la ley a las demás entidades y también, en cierta medida, respetar el principio democrático.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Los Comités Técnico-Científicos fueron creados por la Ley 100 de 1993 (artículo 188) como órganos adscritos a las EPS para resolver “hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del sistema general de seguridad social en salud”. Con el tiempo se transformaron en órganos de resolución de conflictos sobre los servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por los médicos tratantes; inicialmente para autorizar medicamentos no POS, pero luego se amplió a todo tipo de servicio médico.

<sup>12</sup> La Ley 1151 de 2007 (art. 6, num. 3.3) había establecido un nuevo plazo para la realización del mandato constitucional de la universalización de la cobertura en salud, para el año 2010, el cual fue adoptado por la Corte.

<sup>13</sup> Otras órdenes impartidas por la Corte fueron: realizar una lista con el ranking de las EPS que niegan servicios cubiertos por el sistema, rediseñar el sistema de recobros, proporcionar a los usuarios información que les permita ejercer su libertad de elección de EPS.

<sup>14</sup> Debemos tener en cuenta aquí que nos enfrentamos a dos posibles problemas. Por un lado, tenemos que la intervención de la Corte puede afectar el principio de participación política en la medida en que su actuación signifique una limitación de los ámbitos de decisión del legislador. Por otro lado, las decisiones

#### **4. La corrección del “apartheid legal” del sistema de salud y la mirada limitada de sus problemas.**

La Sentencia T-760 de 2008 y su proceso de seguimiento contribuyeron a la eliminación del “apartheid legal” que existía en Colombia, es decir, a la superación de las desigualdades de acceso a servicios médicos autorizadas legalmente, a través de la superación de las barreras de acceso de carácter legal/formal a los servicios.<sup>15</sup> En primer lugar, vale la pena destacar el aumento de la población afiliada al sistema, la cual fue del 97,6% para el año 2015 (cifra reportada por el Ministerio de Salud). Aunque la mera afiliación no supone el acceso oportuno a los servicios, no estar afiliado en un sistema basado en el aseguramiento, sí constituye una barrera de acceso. En segundo lugar, en el año 2012 se logró la unificación de los planes de los dos regímenes mediante el Acuerdo 032 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES). En tercer lugar, el plan de beneficios ha sido actualizado integralmente por lo menos en dos ocasiones, una en el 2013 y otra en el 2015, mediante las Resoluciones 5521 y 5522 del Ministerio de Salud respectivamente. En cuarto lugar, se eliminaron los Comités Técnico-Científicos de la EPS y la decisión sobre la provisión de los servicios médicos no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios quedó en manos directamente del médico tratante, quien debe reportar su prescripción a una plataforma tecnológica gestionada por el Ministerio de Salud, llamada Mi Prescripción (MIPRES).<sup>16</sup>

Lo anterior lleva a preguntarnos si estos avances en la eliminación de las barreras legales y formales al acceso a los servicios médicos se han traducido en un acceso efectivo y oportuno. Los indicadores al respecto muestran resultados positivos y negativos. Comenzando por los primeros, tenemos que en 1993 una tercera parte de la población más pobre reportaba no haber recibido ningún tipo de atención hospitalaria en caso de enfermedad, y actualmente ese porcentaje es inferior al 2% (Gaviria 2016). Además, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Calidad de Vida en 2008, el 23,4% de los encuestados no accedieron a los servicios médicos por falta de dinero, mientras que en

---

de la Corte pueden afectar el principio de separación de poderes siempre que éstas impliquen una reducción de las competencias constitucional o legalmente reconocidas. Una violación del principio de separación de poderes puede implicar una afectación del principio de participación política cuando la limitación de las facultades reconocidas está en cabeza de órganos mayoritarios. Pero, cuando esta limitación afecta a entidades con poco o nulo carácter representativo (como la CRES o el Ministerio de Salud), el principio de igual participación se vería afectado en menor medida o no se vería afectado en absoluto. Finalmente, puede haber una afectación del principio de igual participación sin que exista una violación del principio de separación de poderes, como cuando la Corte ejerce las competencias constitucionalmente reconocidas pero que limitan el mencionado principio. Este es el típico caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes.

<sup>15</sup> En Colombia subsiste un trato diferenciado entre nacionales y migrantes en situación de irregularidad, puesto que éstos, según el Artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sólo tienen derecho a la atención de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando no tengan recursos para costear los servicios; esta atención busca preservar la vida y establecer los signos vitales del paciente. Dependiendo de las condiciones del caso, hay supuestos en que la Corte ha reconocido más de la atención de urgencias, pero en principio solo tienen derecho a esta.

<sup>16</sup> Todas estas mejoras no se deben exclusivamente a los fallos de la Corte. La voluntad política del Gobierno central es fundamental para la garantía del derecho a la salud y la disponibilidad de recursos necesaria. Sin embargo, este elemento (que no negamos) no minimiza la importancia del actuar de la Corte. Los fallos han sido (como hemos mostrado) un elemento catalizador de las reformas legales y cambios estructurales que han corregido las barreras formales al acceso. Para una discusión sobre el efecto catalizador de las intervenciones de la justicia constitucional, ver Young (2010).

2017 esta cifra fue del 5,1% (Restrepo-Zea *et al.* 2018, p. 673). En relación con los indicadores negativos, tenemos que, aunque la cobertura del aseguramiento registrado pasó del 56,9% al 90,8% entre 1997 y el 2012, el acceso a los servicios, entendido como el porcentaje de personas que utilizó los servicios médicos al momento de necesitarlos, disminuyó en el mismo período al pasar de 79,1% a 75,5%, de acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida (Ayala 2014). De acuerdo con esta misma encuesta, el porcentaje de personas que no accedieron a servicios médicos en 2008 fue de 21,5% y de 21% para 2017. Este indicador no muestra una mejora en el acceso efectivo a pesar de los avances en afiliación.

En relación con los avances en materia de actualización integral del POS y reducción de dudas sobre su contenido, algunos analistas señalan que “persiste incertidumbre o diferencias de interpretación sobre el contenido del PBS” (Restrepo-Zea *et al.* 2018, p. 672), “sigue existiendo inmensos vacíos de cobertura del plan de beneficios” (Vélez 2016, p. 34) y la actualización no consideró “las variables epidemiológicas y clínicas significativas para la población” (Vélez 2016, p. 42). De hecho, la propia Corte califica el cumplimiento de esta orden con nivel medio (Corte Constitucional, Auto 410 de 2016).<sup>17</sup> Pese a todos los retos pendientes en esta materia, es posible reconocer que el plan de beneficios actual muestra mejoras importantes con respecto al existente en 2008.

Por su parte, la unificación de los planes de beneficios para toda la población comenzó en el 2012.<sup>18</sup> Esto supuso una actualización de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del régimen subsidiado la cual pasó del 56,3% de la UPC contributiva en 2008 al 89,5% en 2018 (Restrepo-Zea *et al.* 2018, p. 674). Algunos críticos del modelo de salud de la Ley 100, aunque reconocen que esta medida constituye un gran logro en términos de equidad, sostienen que “todavía la frecuencia de uso de la población del régimen subsidiado no se equipara con la del contributivo” (Vélez 2016, p. 34).

Finalmente, el indicador negativo sobre el acceso efectivo y oportuno más preocupante es el aumento del número de acciones de tutela que buscan la protección del derecho a la salud a partir del año 2014, a pesar de su reducción durante los años siguientes al fallo estructural, de acuerdo con los informes anuales de la Defensoría del Pueblo (ver gráfico 2).<sup>19</sup> Para algunos (Vélez 2016, Restrepo-Zea *et al.* 2018), este indicador muestra que en el sistema persisten fallas que restringen el goce efectivo del derecho a la salud. Pese a ello, es posible afirmar que la Corte contribuyó a la eliminación de las barreras legales/formales al acceso.

---

<sup>17</sup> La Corte determina el grado de cumplimiento de las órdenes impartidas a partir del análisis de las gestiones, acciones o medidas adelantadas por las autoridades destinatarias de las mismas.

<sup>18</sup> En octubre de 2009 se logró la igualación de los planes de beneficios de los afiliados al régimen subsidiado con edades entre 0 y 12 años.

<sup>19</sup> En 2008 había 40 tutelas en salud por cada 10 mil afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), mientras que, en 2013, hubo 25 tutelas por cada 10 mil afiliados.

GRÁFICO 2

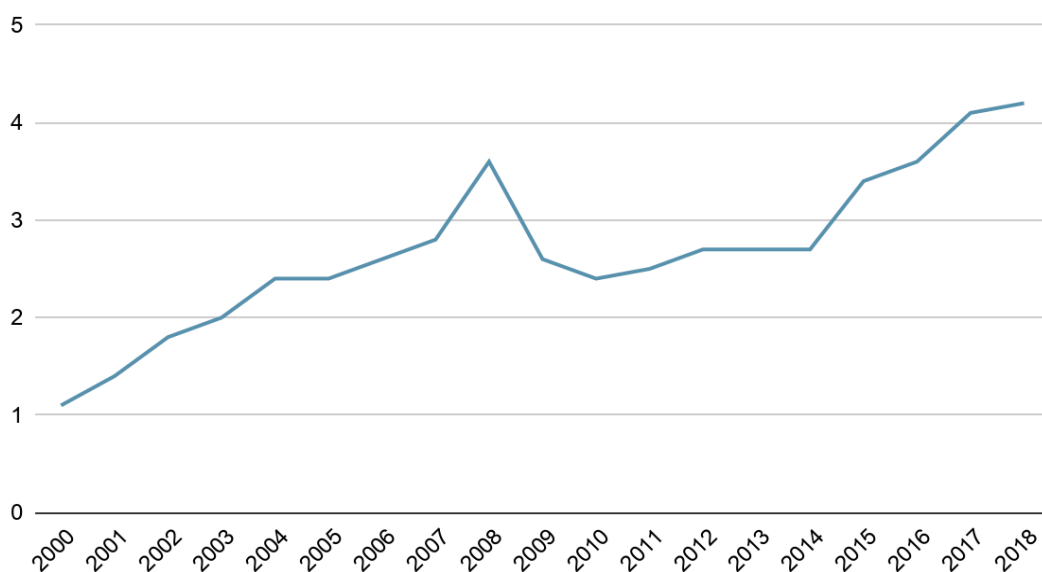


Gráfico 2. Tutelas por cada 1.000 usuarios.

Esta contribución de la Corte, importante pero limitada, se debe en parte a la forma como ella concibió los problemas del sistema de salud que causaban el litigio masivo y rutinario en salud. Este fallo estructural tuvo origen en la acumulación de 22 casos concretos (litigio individual), a partir de los cuales “se realizaron una serie de análisis fácticos que evidenciaron algunas falencias en el funcionamiento estructural y financiero del Sistema” (Corte Constitucional, Auto 590 de 2016). Para la Corte, en la Sentencia T-760, los problemas del sistema de salud colombiano que generaban el voluminoso litigio no tienen origen en el diseño del sistema mismo sino en su mala regulación.<sup>20</sup> De acuerdo con esta interpretación, las fallas son el resultado del incumplimiento de deberes legales por parte de actores burocráticos, y no como un problema relativo al marco legal que daba forma al sistema de salud. Por ello, la Corte sólo emitió órdenes a la burocracia y no al Congreso (Landau 2015).

Esta sentencia no cuestionó el papel de las EPS en el volumen del litigio de servicios médicos expresamente cubiertos por el sistema. Pareciera que para la Corte este comportamiento de las EPS se debe a las fallas en la regulación, y no a prácticas asociadas con la corrupción y el rentismo que ya figuraban en el debate público sobre la idoneidad del sistema de salud Colombiano para ese entonces. Así, por ejemplo, se ha denunciado que los médicos están sometidos a controles de costos que les imponen EPS, como consecuencia de la presión por la facturación de servicios y la producción de rendimientos económicos. Tales controles consisten en el establecimiento de cuotas para procedimientos diagnósticos y medicamentos, y de incentivos positivos y negativos para los médicos, según cumplan o no con las cuotas establecidas.<sup>21</sup> Esta afirmación se basa

<sup>20</sup> Para la Corte el problema jurídico central de la Sentencia T-760 de 2008 era si “las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo”.

<sup>21</sup> Esta práctica tiene sentido en el marco de la financiación del sistema colombiano en el cual, en términos de Carrasquilla, “(...) las fuentes de recursos disponibles para abastecer los ingresos de todas las entidades

en un estudio cualitativo que realizó entrevistas a profundidad en tres etapas distintas a 179 expertos de 96 instituciones de salud, públicas y privadas, de distinto nivel en Bogotá, Medellín, Barranquilla, Bucaramanga, Pasto y Leticia (Yepes *et al.* 2010, p. 40). Llama la atención que ninguna de las órdenes se refiriera directamente a la mejora de los sistemas de control y vigilancia de los aseguradores y prestadores.

Esta lectura limitada de los problemas del sistema de salud puede explicarse como una forma de autocontención de su activismo judicial dentro de un sistema democrático. La Corte ha señalado la amplia libertad del legislador para diseñar el sistema y ha declarado constitucional los mecanismos básicos previstos en la Ley 100 de 1993 (ver Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994; C-1489 de 2000). En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha dicho que la Ley 100 de 1993 es una de las posibles regulaciones en salud, pero que podría haber otras, como un modelo de oferta exclusivamente pública en salud o uno privado. Lo importante desde el punto de vista de la Corte radica en que cualquiera que sea el modelo de salud escogido cumpla con los estándares sustantivos y democráticos derivados del derecho humano y fundamental a la salud.

Para algunos este enfoque es inadecuado, especialmente para quienes consideran que los problemas del sistema de salud son intrínsecos a las características estructurales de un sistema basado en un mercado regulado de aseguramiento y el subsidio a la demanda de los pobres. Dado que consideran que estos problemas no son consecuencia de la mala regulación, defienden algún tipo de provisión pública tanto del aseguramiento como de la prestación de los servicios de salud.<sup>22</sup>

Todo lo anterior nos lleva a plantear la siguiente cuestión: si el enfoque de la Corte es el adecuado para abordar las persistentes problemáticas del sistema de salud que se expresan a través del creciente litigio de los últimos años.

## **5. Los retos actuales del sistema de salud de acuerdo con el litigio reciente.**

Hemos visto cuál fue el recorrido de la Corte Constitucional hasta la aparición de ese hito jurídico que fue la Sentencia T-760 de 2008. Corresponde ahora preguntarse cuáles son los retos (viejos y nuevos) planteados por el litigio individual agregado y su constante crecimiento en los últimos años, así como indagar si el enfoque que subyace a las órdenes establecidas por la Corte da cuenta de la problemática que actualmente se presenta. Una buena forma de comenzar este análisis consiste en estudiar la manera en que ha evolucionado el litigio en salud, poniendo particular atención en aquello que han solicitado los demandantes a través de la acción de tutela.

---

involucradas en la prestación del servicio de salud en Colombia son idénticas al múltiplo del número de afiliados y la UPC. Estos recursos no pueden ser arbitrariamente elevados por ninguno de los actores, ni mucho menos por una coalición de ellas, que participan en la actividad prestadora del servicio. Por esta razón, la única manera de elevar ingresos es elevando la afiliación y la única manera de elevar las utilidades (factor que preocuparía si fuera posible hacerlo abusando de la integración vertical) es bajando costos" (Carrasquilla 2008, p. 17). El texto citado fue remitido a la Corte Constitucional folios 130 a 168, cuaderno uno, expediente T-1281247) por la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), gremio que agrupa a las EPS privadas.

<sup>22</sup> Visiones críticas de la provisión privada de servicios de salud en un sistema regulado pueden encontrarse en los estudios de Homedes y Ugalde (2005) y Gañán Echavarría (2013).

Como pudimos ver hace un momento, la Corte Constitucional expidió una serie de órdenes encaminadas a superar los graves problemas estructurales que aquejaban en 2008 al sistema de salud colombiano. Dichas órdenes tenían total sentido en el momento del fallo y buscaban atacar problemas reales del sistema de salud. Sin embargo, como muestra el rápido crecimiento de las tutelas luego de dos años de disminuciones, la intervención de la Corte no logró que se superara el cuello de botella en el acceso a los servicios de salud, del cual las tutelas no son más que un síntoma.

¿A qué podemos entonces atribuir este nuevo incremento en las demandas y qué puede hacer la justicia constitucional acerca de esto? Si bien, como hemos dicho, la intervención de la Corte en 2008 estaba encaminada a atacar problemas reales del sistema de salud colombiano, es posible que debido a la urgencia que se presentaba como consecuencias de las diferencias entre POS y No-POS, la falta de actualización del Plan de Beneficios, etc., no se detectaran fallas que impedían el acceso a los servicios de salud. La literatura especializada sobre sistemas de salud muestra que el acceso efectivo no depende sólo de la eliminación de las barreras legales/formales, sino también de las barreras económicas, culturales, geográficas, lingüísticas, entre otras (Daniels 2008). La existencia de estas barreras, las cuales se traducen en desigualdades importantes en el acceso efectivo, es a lo que nos referimos como “apartheid social del sistema salud”.<sup>23</sup>

### 5.1. Descripción del litigio

Si vemos las razones por las cuales los colombianos acudieron a los jueces cuando buscaban la protección del derecho a la salud, vemos que no son muy diferentes de las razones por las cuales acudían hace una década. Esto nos conduce a preguntarnos por cuáles son las fallas que están generando el nuevo litigio (ver cuadro 2).

CUADRO 2

Solicitud	Período			Solicitud	Período
	2003–2005	2006–2008	2009		
Exámenes paraclínicos	20,10%	18,60%	3,10%	Servicios	64,30%
Cirugías	17,60%	20,80%	13,90%		
Tratamientos	12%	7,50%	22,50%		
Citas médicas	7%	10,40%	13,40%		
Procedimientos	4,60%	1,90%	2,50%		
<b>Total</b>	<b>61,30%</b>	<b>59,20%</b>	<b>55,40%</b>		<b>64,30%</b>

Cuadro 2. Servicios de salud solicitados a través de tutela.

Fuente: Informes Defensoría del Pueblo.

Según los resultados publicados por la Defensoría del Pueblo, del total de tutelas en salud en 2008 (142.957), el 49,3% correspondía a servicios incluidos en el PBS, mientras que para 2016 estas subieron al 69,7% de 163.977 tutelas y para 2019 el porcentaje llegaba

<sup>23</sup> Otro tipo de desigualdades relevantes en materia de salud son aquellas diferencias de resultados salud de mortalidad y morbilidad, entre individuos o grupos sociales, que no producidas por el acceso desigual a los servicios médicos individuales o los programas de salud pública tradicional, sino por una desigual distribución de los determinantes sociales de la salud, tales como el nivel de ingresos, el grado de escolaridad, el trabajo, etc.



al 85,32% y el número total de tutelas 207.368 (ver cuadro 3). Esta cifra es preocupante porque se trata de servicios que están financiados.

CUADRO 3

Año	% Contributivo	% Subsidiado	% General
2003	55,46	62,35	56
2004	59,73	67,43	60,4
2005	52,22	60,82	53,1
2006	67,37	39,26	60,9
2007	54,3	33,26	50,7
2008	54,85	32,71	49,3
2009	59,9	76,5	68,2
2010	54	73,8	65,4
2011	64,16	70,26	67,81
2012	65,25	75,59	70,93
2013	64,9	75,63	69,96
2014	61,7	70,24	65,74
2015	62,83	65,51	64,08
2016	70,99	68,39	69,7
2017	74,27	71,48	72,89
2018	81,73	78,84	80,12
2019	86,31	84,6	85,32

Cuadro 3. Porcentaje de tutelas PBS en cada régimen.

Fuente: Corte Constitucional. Cálculos: Defensoría del Pueblo (2019).

GRÁFICO 3

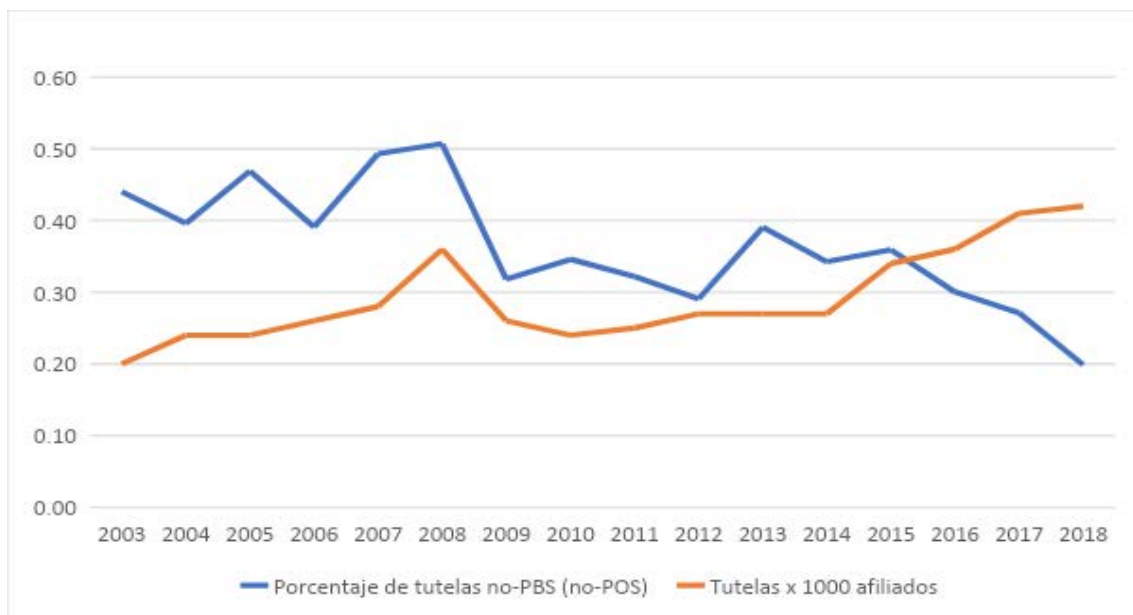


Gráfico 3. Porcentaje de tutelas que reclaman servicios no incluidos en los planes de beneficios.

En los últimos años el número de tutelas por medio de las cuales se solicitaban servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud se ha reducido notablemente. Si en el año 2008, año en el cual se expide la Sentencia T-760, el 50,7% de las tutelas se interponían

para exigir servicios considerados no-POS,<sup>24</sup> en el año 2019 era apenas del 14,68%. Esta gran reducción en el litigio no-PBS es una buena noticia, pues este tipo de litigio podía significar “el acceso privilegiado de los litigantes a servicios que no están disponibles para toda la población” (Uprimny y Durán 2014, p. 22).<sup>25</sup> Sorprende, sin embargo, que la reducción del litigio no-PBS no haya venido acompañada de una reducción del número de tutelas y que, por el contrario, el litigio en salud se haya incrementado durante estos mismos años.

En principio, podría considerarse que es normal que, con la ampliación de los servicios incluidos en el PBS, el litigio se transfiera precisamente a este conjunto de servicios incluidos. Sin embargo, para afirmar esto se debe asumir que la causa del litigio no es la exclusión de ciertos servicios (considerados necesarios) del Plan de Beneficios, sino la limitada oferta de los mismos. Esta es ciertamente una conclusión muy probable y en este artículo esperamos dar algunas razones que apoyen esta posición, pero no es esta la tesis defendida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, en donde ninguna de las 32 órdenes expedidas estaba encaminada a superar las deficiencias de personal y de infraestructura presentes en el sistema.

### *5.2. Causas del nuevo litigio en salud*

En primer lugar, desde el año 2013 la Defensoría del Pueblo ha planteado que estas cifras “indican la existencia de un claro desequilibrio entre la capacidad del Estado para inspeccionar, vigilar y controlar a los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud, y la posición que estos últimos ocupan en ese contacto diario y directo con las solicitudes de atención que realizan los ciudadanos” (Defensoría del Pueblo 2013, p. 15).

En segundo lugar, vemos que, según el informe presentado por el Ministerio de Salud, las EPS afirman que uno de los principales problemas por los cuales ellas consideran se presenta un elevado número de tutelas es la ausencia de personal médico. Dice el informe que falta “[d]isponibilidad de personal de salud, existen limitaciones de personal de salud, especialmente de especialidades clínicas y sus subespecialidades, estas limitaciones se acentúan en las ciudades intermedias y regiones apartadas” (Ministerio de Salud 2018). Este problema entró en la agenda del Ministerio de Salud durante el Gobierno Santos, el cual consideraba que la falta de médicos especialistas se debía a la incapacidad de las universidades para ampliar los cupos, y por ello en el proyecto de reforma al sistema “propuso entregar la formación de especialistas a 60 hospitales universitarios” (Vélez 2016, p. 88). Esta propuesta generó profundas resistencias entre las agremiaciones de especialistas, que llevaron al hundimiento de la reforma y a que el Gobierno concentrara su agenda política en la aprobación de la Ley Estatutaria de Salud.

En tercer lugar, el problema no es sólo de insuficiencia del talento humano especializado e infraestructura, sino de su distribución regional. Recientemente, el exministro de Salud, Alejandro Gaviria (2020), reconocía que uno de los aspectos negativos del sistema

---

<sup>24</sup> Se debe recordar que el Plan de Beneficios en Salud (PBS) vino a reemplazar el Plan Obligatorio de Salud (POS).

<sup>25</sup> Esta reducción del litigio no POS, va de la mano del aumento de los recobros por concepto de los servicios ordenados por los CTC (actualmente mi Mipres); y esto sigue planteado la preocupación por la equidad de la distribución de dichos recursos.

---

de salud colombiano son las desigualdades regionales de acceso a los servicios y señalaba al respecto que “el sistema colombiano tiene un innegable sesgo en contra de las regiones más apartadas”, lo cual se ve reflejado en el aumento del acceso en las ciudades en comparación con las zonas rurales (Gaviria 2020). Para Gaviria, estas desigualdades “reflejan más los desequilibrios regionales que los problemas del sistema de salud” (Gaviria 2020). Es cierto que buena parte de estas desigualdades están mediadas por factores sociales como la pobreza. En 2014 la pobreza en zonas rurales era del 41,4%, mientras que para las trece principales ciudades la tasa es inferior al 16%. De igual manera la pobreza extrema era del 18% en zonas rurales, mientras que en las trece principales ciudades del país era del 2,2%. En todo caso, es difícil decir que esto obedece a desequilibrios regionales y no a problemas del sistema de salud, pues precisamente un sistema de salud enfocado en la garantía del derecho a la salud debe enfrentar adecuadamente las barreras de acceso derivadas de la pobreza, y para ello no basta la eliminación de las desigualdades legales/formales.

Desafortunadamente, el análisis del litigio individual agregado, como el realizado por la Defensoría del Pueblo, no permite hacernos una idea de cuáles son las barreras de acceso que enfrentan las personas en las zonas más apartadas y pobres del país, debido a que allí el litigio en salud es mucho menor, y no precisamente porque el sistema de salud funcione mejor. Según la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo 2015), en el 2014 los Departamentos que concentran el mayor número de tutelas en salud en el 2014 fueron: Antioquia (20,49%), Valle del Cauca (11,44%), Bogotá (10,72%), Caldas (6,95%), Santander (6,72%), los cuales acumularon el 56,32% de las acciones. Se trata precisamente de los Departamentos que tienen un mejor Índice de Desarrollo Humano.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Estas cifras pueden generar preocupación, dado el posible efecto regresivo del litigio en salud. Ferraz (2011) y Sajó (2006) han mostrado cómo en Brasil y Hungría es posible que la intervención de los jueces haya terminado por beneficiar a quienes ya ocupan una posición de relativo privilegio en sociedades sumamente desiguales. En el caso colombiano, sin embargo, esta posibilidad no es tan clara. Si bien las cifras citadas hacen pensar que más investigación es necesaria, la evidencia existente acerca de la concentración del litigio entre los sectores más acomodados no es concluyente en Colombia. Para autores como Rodríguez Garavito (2012, p. 543), no es posible constatar un sesgo en el acceso a la tutela que profundice la desigualdad en el sistema de salud, mientras que Uprimny y Durán, apoyados en un grupo más amplio de estudios, consideran que las “cifras muestran una ambivalencia en la concentración del litigio en salud”, pues si bien evidencian una tendencia “a que los litigantes sean del régimen contributivo, pertenezcan a los quintiles altos de ingreso y provengan de ciudades con el IDH [Índice de Desarrollo Humano] más alto”, dichas tendencias “no son acentuadas” y en algunos casos “tienen excepciones significativas” (Uprimny y Durán 2014, p. 38). Estas tendencias inequitativas dependen en algún grado del tipo de decisiones que tome el juez de tutela. Es posible menguar los elementos regresivos del litigio en salud y ampliar sus efectos benéficos si se tienen en cuenta algunos criterios. Uprimny y Durán consideran que una combinación de factores como un procedimiento ampliamente accesible (como lo es la tutela) y una jurisprudencia que tenga en cuenta el nivel de ingresos de los demandantes ayudarían a reducir la lógica regresiva del litigio rutinizado en salud (2014, p. 41).

Un mecanismo de fácil acceso y poco formalista como la tutela ha mostrado que permite acceder a la justicia a un gran número de personas (como lo muestra la magnitud del fenómeno que se estudia en este artículo) y es una muestra de que los efectos regresivos de la judicialización del derecho a la salud no son tan patentes como en otros sistemas. Además, una jurisprudencia como la de la Corte, que exige para acceder a un tratamiento no sólo que su ausencia vulnere y amenace los derechos a la vida y a la integridad física, sino que quien lo solicite “no [pueda] directamente costear el tratamiento” (Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero) permite que los recursos se reserven “para quienes de otro modo no podrían recibir los servicios que buscan a través del litigio” (Uprimny y Durán 2014, p. 42).

En cuarto lugar, el litigio en salud está fuertemente concentrado en unas pocas EPS que se encuentran (o se han encontrado) bajo vigilancia especial de la Superintendencia de Salud o directamente intervenidas (ver Cuadro 4). De estas, las cuatro más demandadas suman alrededor del 50% del total del litigio y, de éstas, tres de ellas se encuentran en vigilancia especial según el *Informe de Gestión del año 2019* de la Superintendencia de Salud. Debe tenerse en cuenta que estas últimas tres EPS son las más demandadas si tenemos en cuenta el número de tutelas por cada 10.000 afiliados (Defensoría del Pueblo 2020). Lo anterior sugiere que parte de los problemas se originan en una muy laxa regulación de las condiciones financieras y técnicas para la creación, funcionamiento y contratación de servicios de salud por parte de las EPS, acompañada de una débil vigilancia del cumplimiento de las exigencias existentes por parte de los órganos de vigilancia y control (Gaviria 2020).

CUADRO 4

Eps	Participación en tutelas año 2019
Medimás/Cafesalud	16,7
Nueva EPS	12,49
Coomeva	12,07
Savia Salud/Alianza Medellín	8,31

Cuadro 4. EPS más tuteladas en el año 2019.

Estos cuatro puntos muestran una de las grandes debilidades del fallo estructural de 2008. Ninguna de las 32 órdenes expedidas por la Corte trata de manera directa estas problemáticas.

## 6. A modo de conclusión: Nuevas preguntas y nuevos posibles cursos de acción de la intervención judicial en salud

Los problemas que hemos podido observar a lo largo de este artículo no pueden ser atribuidos exclusivamente a una falta de compromiso con la mejora del sistema por parte de la Corte Constitucional, sino que tiene que ver con los problemas que plantea una visión judicialista de la protección del derecho a la salud. Esto es explicable debido a los límites institucionales de la Corte, quien ve restringida su visión a los casos sobre los que puede decidir.<sup>27</sup> A esto se suma que tiene una débil estructura burocrática que dificulta la recolección y contrastación de la información.<sup>28</sup>

Esto sugiere la necesidad de una nueva intervención de la Corte, una consciente de su propia posición y capacidad institucional (es decir, de la posición que ocupa en un sistema democrático y de separación de poderes, así como los límites burocráticos mencionados), y basada en una perspectiva más amplia sobre los problemas que aquejan hoy al derecho a la salud. Estos problemas tienen que ver en gran medida con la falta de

<sup>27</sup> Es claro que la Corte sí tiene una capacidad amplia de intervención y que puede determinar su agenda teniendo en cuenta las tutelas que le llegan, las cuales son elegidas de forma sumamente discrecional. Lo que queremos resaltar es que ciertos temas (como puede ser la salud pública o los problemas de equidad regional) no son sometidos a discusión a través del litigio individual como lo es el litigio a través de tutela.

<sup>28</sup> Esto trató de compensarse con el acompañamiento de grupos de expertos. Sin embargo, estos son grupos con una capacidad de trabajo limitada, pues tienen su propia agenda y, además, exige a su vez a la Corte una estructura burocrática capaz de procesar la información allí producida.

acceso a ciertos servicios, los cuales no podrán ser superados mientras no se tenga una infraestructura y unos equipos médicos y diagnósticos, así como un cuerpo de profesionales de la salud suficientes, distribuidos equitativamente entre regiones, así como una correcta y eficiente vigilancia de los actores del sistema (tanto públicos como privados).

Es entonces recomendable y esperable que la Corte Constitucional colombiana haga un especial esfuerzo por visibilizar estos problemas. Para ello cuenta con diversos instrumentos que ha ido desarrollando en su misma jurisprudencia, como lo son las audiencias públicas. Podría, de igual manera, conminar a las autoridades locales (municipales y departamentales) y fijar la atención en las relaciones centro periferia, tema que se encuentra poco desarrollado en el debate constitucional colombiano sobre el derecho a la salud. De otro lado, la negativa de la Corte a cuestionar el modelo de aseguramiento y provisión privada de los servicios de salud a través de un mercado competitivo sigue limitando la perspectiva que la misma Corte tiene acerca de las fallas persistentes del sistema y las limitaciones de las reformas implementadas. Las fallas persistentes del sistema muestran la necesidad de, al menos, plantearse la cuestión de la viabilidad del modelo de aseguramiento y prestación privada para la atención de poblaciones especialmente vulnerables como la población rural dispersa y los habitantes de los territorios con menor presencia estatal.

Finalmente, la mirada estrecha de la Corte, concentrada en el reclamo de servicios médicos individuales, limita su visión al ignorar la importancia de otros aspectos igualmente relevantes como lo son las acciones centradas en la promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Estas acciones resultan especialmente valiosas en un contexto en el que se presentan importantes niveles de pobreza y desigualdad.

## Referencias

- Ayala, J., 2014. La salud en Colombia: Más cobertura pero menos acceso. *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional* n° 204. Cartagena: CEER, Banco de la República.
- Carrasquilla, A., 2008. *El régimen contributivo en el sistema de salud en Colombia: Situación actual, perspectivas y desafíos*. Informe preparado para ACEMI. Bogotá.
- Daniels, N., 2008. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Defensoría del Pueblo, 2013. *La tutela y el derecho a la salud 2012*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo, 2014. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo, 2015. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo, 2020. *La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2019*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Ferraz, O., 2011. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, vol. 89, pp. 1643–1668.

- Gañán Echavarría, J.L., 2013., *Los muertos de Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Gaviria, A., 2016. *Alguien tiene que llevar la contraria*. Bogotá: Ariel.
- Gaviria, A., 2020. *Sobre el sistema de salud colombiano* [en línea]. Disponible en: <https://agaviria.co/2020/03/sobre-el-sistema-de-salud-colombiano.html> [
- Homedes, N., y Ugalde, A., 2005. Why neoliberal health reforms have failed in Latin America. *Health policy*, 71(1), pp. 83–96.
- Lamprea, E., 2011. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud: Encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lamprea, E., 2015. *Derechos en la práctica: Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Landau, D., 2015. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D., 2008. “Sistema de Salud” y “Derecho a La Salud”: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional. Documento presentado en el foro “Contexto económico y jurisprudencial del sistema de salud en Colombia”. Bogotá.
- Ministerio de Salud, 2018. *Informe Orden Trigésima - Sentencia T 760 de 2008*. Bogotá.
- Parra-Vera, O., y Yamin, A.E., 2013., La Sentencia T-760 de 2008, Su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica. En: L. Clérico *et al.*, eds., *Salud: Sobre (Des)Igualdades y Derechos*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Restrepo-Zea, J., Casas-Bustamante, L., y Espinal-Piedrahita, J., 2018. Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la sentencia T-760? *Revista de Salud Pública*, 20(6), pp. 670–676.
- Rodríguez Garavito, C., 2012. La judicialización de la salud: Síntomas, diagnóstico y prescripciones. En: Ó. Bernal y C. Gutiérrez, eds., *La salud en Colombia: Logros, retos y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Saffon, M., y García Villegas, M., 2011. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista estudios socio-jurídicos*, 13(1), pp. 75–107.
- Sajó, A., 2006. Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary: The Role of the Constitutional Court. En: R. Gargarella, T. Roux y P. Domingo, eds., *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, pp. 83–106.
- Uprimny, R., y Durán, J., 2014. *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Serie Políticas Sociales No. 197. Santiago de Chile: Cepal.
- Vélez, M., 2016. *La salud en Colombia. Pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*. Bogotá: Debate.
-

- Yepes, F., *et al.*, 2010. *Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia*. Bogotá: Assalud-Mayol/Ediciones Universidad del Rosario.
- Young, K.G., 2010. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, 8(3), pp. 385–420.

### *Jurisprudencia*

- Corte Constitucional, 1992. Sentencia T-499 de 1992.
- Corte Constitucional, 1994. Sentencia C-408 de 1994.
- Corte Constitucional, 2000. Sentencia C 1204 de 2000.
- Corte Constitucional, 2000. Sentencia C 1489 de 2000.
- Corte Constitucional, 2002. Sentencia C-130 de 2002.
- Corte Constitucional, 2008. Sentencia T-760 de 2008. República de Colombia.
- Corte Constitucional, 2016. Auto 410 de 2016.
- Corte Constitucional, 2016. Auto 590 de 2016.