


El derecho a la salud, el litigio y el aporte de la Corte Constitucional colombiana: una revisión sistemática de literatura


O direito à saúde, o litígio e a contribuição do Tribunal Constitucional da Colômbia: uma revisão sistemática da literatura (resumo: p. 14)

The right to health, litigation and the contribution of Colombia's Constitutional Court: a systematic literature review (abstract: p. 14)

Helio Caballero Rojas^(a)

<hecaro99@hotmail.com> 

Mónica Mojica Perilla^(b)

<mmojica@unab.edu.co> 

^(a) Estudiante de posgrado en Salud Pública (Doctorado), Universidad CES de Medellín. Carrera 7 # 1D-35, conjunto residencial Navarra Real, apto 504. Piedecuesta, Santander, Colombia.

^(b) Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga-Colombia. Floridablanca, Santander, Colombia.

La concepción del derecho a la salud en Colombia ha experimentado un proceso de transformación desde la reforma de su Constitución Política en 1991, pasando por la Ley 100 de 1993, la sentencia C760 de la Corte Constitucional, desembocando en la ley 1571 de 2015 que establece la salud como derecho humano fundamental. En este trayecto es importante la judicialización de la salud y sus efectos, los que impactaron el sistema de salud colombiano. El propósito de esta revisión fue analizar el aporte de la Corte Constitucional a la configuración de la salud como derecho humano fundamental en el marco del litigio en salud. Se realizó una revisión sistemática de la literatura identificando cuatro categorías analíticas relacionadas con la reconfiguración y reconceptualización de la naturaleza jurídica del derecho a la salud y sus efectos sobre el sistema de salud colombiano.

Palabras clave: Derecho a la salud. Sistema de salud. Judicialización de la salud. Jurisprudencia.

Introducción

Constitucionalmente, la salud en Colombia se considera un derecho de segunda generación, al hacer parte del derecho a la seguridad social, uno de los derechos económicos sociales y culturales (DECS). Sin embargo, esta concepción en el marco del sistema de salud colombiano, se ha transformado desde su origen a partir de la Constitución Política (CP) de Colombia de 1991, (artículos 48 y 49 que establecen la seguridad social y la atención en salud como servicios públicos a cargo del Estado)¹, pasando por la ley 100 de 1993 que establece el sistema general de seguridad social en salud, que fundamenta su estructura operativa², hasta llegar a la ley 1751 de 2015 que establece la salud como derecho humano fundamental. En este proceso de transformación de la naturaleza del derecho a la salud, ha sido llamativa la influencia de la Corte Constitucional colombiana que mediante la Sentencia C760 de 2008, dio los primeros pasos para que este derecho fuese catalogado como derecho humano fundamental. Sin embargo, a la luz de estas normativas, la naturaleza del derecho a la salud plantea ambivalencias respecto del marco normativo internacional que considera la salud como un derecho de carácter fundamental y autónomo, al encontrarse ligado de manera indivisible a otros derechos como el derecho a la vida y al principio de dignidad humana^{3,4}.

Estas ambivalencias son evidentes en nuestro sistema de salud, el cual dispone de un modelo de aseguramiento y un paquete delimitado de servicios de salud que dan cuenta del carácter económico y prestacional de los servicios, y que responde a lógicas comerciales de gestión de recursos, que ocasionan barreras en la garantía de estos. Este funcionamiento del sistema ha originado una serie de críticas⁵⁻¹¹, que plantean que el sistema de salud colombiano bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, no garantiza el derecho, debido al enfoque económico y por ser un derecho de segunda generación e, innominado es decir no planteado explícitamente como fundamental en la Constitución Política de Colombia¹². Lo anterior originó un proceso de judicialización de la salud en el que surge la tutela como mecanismo de protección, para exigir la garantía del derecho. Este proceso se sustenta con los reportes de la Defensoría del Pueblo Colombia demuestran que, en el año 2018 el derecho a la salud es uno de los más invocados, ya que las tutelas en salud representan el 34,2% del total de las acciones de tutela impuestas en ese periodo¹³.

Este aumento progresivo del litigio en salud, se convierten en el insumo que da origen a la expedición de la Sentencia C/760 de 2008 de la Corte Constitucional Colombiana¹⁴, y es una de las bases para la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹⁵, la cual tiene como objeto: “garantizar el derecho fundamental a la salud”. A la luz de lo anterior, se puede evidenciar que la evolución del derecho a la salud en Colombia ha transcurrido entre fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales. Sin embargo, ni la naturaleza del derecho a la salud, ni los dispositivos de garantía son claros, principalmente porque la estructura actual del sistema de salud contradice el objeto de la ley Estatutaria, dado que, en esta estructura no se reconoce el carácter fundamental del derecho y sí un carácter prestacional y económico, ambivalencias que, si bien no hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, sí determinan la garantía del derecho a la salud. Por lo anterior, el propósito de esta revisión es analizar el aporte realizado por la Corte Constitucional colombiana a la configuración de la salud como derecho fundamental en marco del proceso de judicialización de la salud.

Método

Se realizó una revisión sistemática de la literatura, en cinco motores de búsqueda: MEDLINE, OVID, SCIENCE DIRECT, SCIELO, LILACS; se utilizaron palabras clave en idioma español e inglés, (derecho-salud-Colombia-corte-constitucional) y (right to health, Constitutional, Court, Colombia). Se incluyeron artículos originales con metodología cualitativa, revisiones de literatura, revisiones sistemáticas y ensayos, publicados en el periodo junio de 2008 a junio de 2019, se excluyó literatura gris y artículos con metodología cuantitativa.

La primera etapa de búsqueda fue realizada por un investigador aplicando palabras clave. Una segunda etapa fue realizada por dos investigadores en la que fueron aplicados los criterios de inclusión y de exclusión. Posteriormente se aplicó una escala de valoración de calidad de investigaciones por parte de dos evaluadores, para este proceso se utilizó la herramienta Critical Appraisal Skills Programme (CASP)¹⁶ de la Universidad de Oxford para evaluar la calidad en la investigación cualitativa, la cual se basa en criterios de calidad; para esta revisión se tomó como referencia si cumple con al menos 6 criterios de evaluación. Posteriormente, se realizó un análisis descriptivo de los textos incluidos en la muestra final, tipo de artículo, país, idioma, área de conocimiento de la revista y campo disciplinar de los autores, metodología utilizada y país de origen. Finalmente, se hizo una lectura en profundidad de cada uno de los artículos, se elaboró una síntesis de evidencia y extracción de datos cualitativos que fueron agrupados en categorías de análisis. En los aspectos éticos se tuvo en cuenta el adecuado manejo de las fuentes de información.

Resultados

La primera etapa de búsqueda arrojó un total de 503 artículos; en la segunda etapa fueron seleccionados 56 artículos, los cuales fueron leídos en su totalidad permitiendo elegir un total de 26 artículos. La etapa de evaluación de calidad de los artículos permitió seleccionar un total de 20 artículos que constituyen la muestra final. (Figura 1). 16 artículos son en idioma español y 4 en idioma inglés, 18 artículos son de origen local (Colombia), uno de Canadá y uno de Inglaterra; ocho textos corresponden al campo disciplinar del derecho; seis a la salud pública; tres desde las ciencias de la economía y ciencias políticas, dos textos provienen del campo de la ética y la filosofía y una investigación proviene de la antropología. La lectura en profundidad de los textos permitió clasificar los análisis en cuatro categorías, que se describen a continuación.

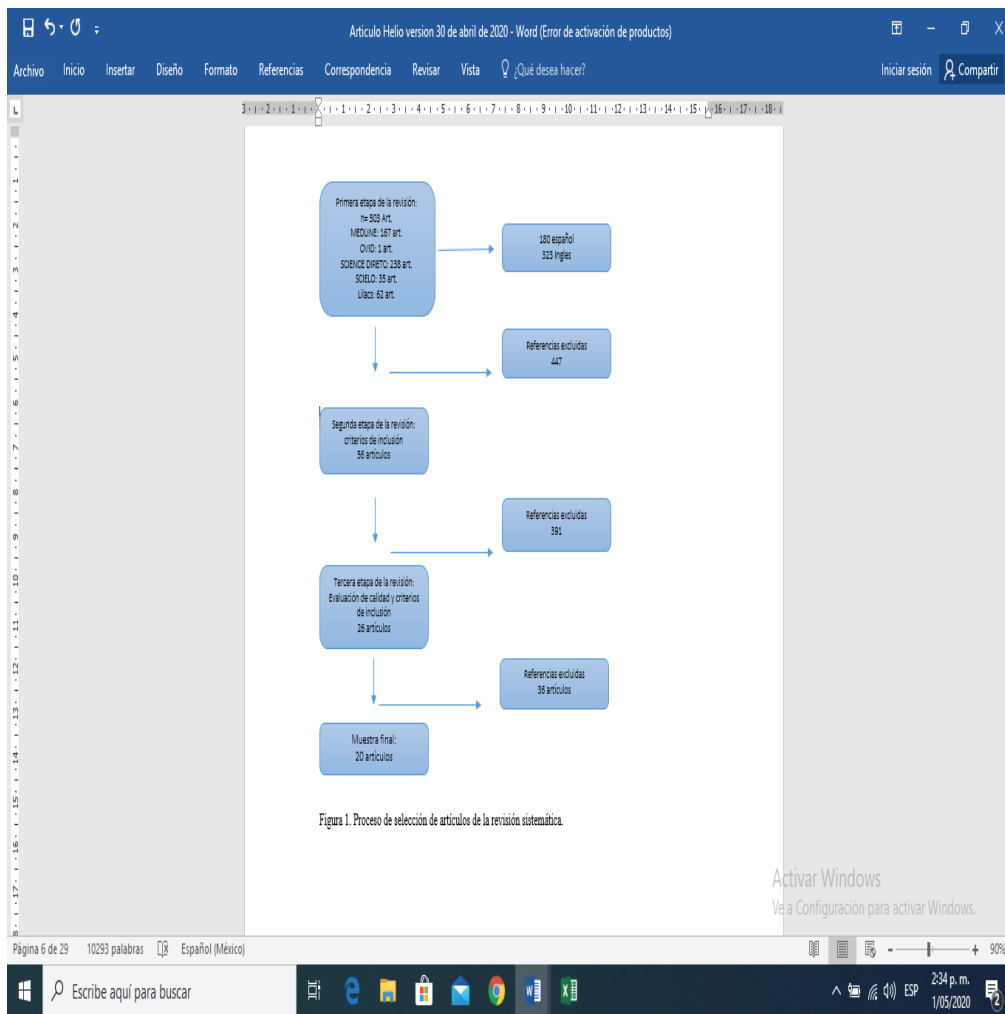


Figura 1. Flujograma de selección de artículos incluidos en la revisión

La Naturaleza del Derecho a la Salud y Jurisprudencia de Principios

Esta categoría da cuenta del análisis sobre el núcleo esencial del derecho a la salud. El análisis permite reconocer que los principios consignados en la Constitución Política de Colombia y las normas, no tienen correspondencia con los principios de integralidad, fundamentalidad y autonomía del derecho y que, el mecanismo para materializar el derecho a la salud, es decir el sistema de salud, no es garantía de derecho, de dignidad, de la autodeterminación y autonomía, en tanto valores y principios que son inherentes e inescindibles del ser humano¹⁷. Dos argumentos soportan esta premisa; en primer lugar, la categorización del derecho a la salud como derecho económico y social y, en segundo lugar, porque bajo esta consideración la exigibilidad del derecho está sujeta a la progresividad, a la disponibilidad de recursos y a la disposición de políticas públicas¹⁸. Esta revisión resalta dos elementos centrales en esta categoría, el primero de ellos, es que en el núcleo central del derecho a la salud se encuentran la dignidad humana y la autonomía del derecho como principios y valores inescindibles del ser humano y el segundo elemento, es el componente metodológico utilizado por la Corte Constitucional para establecer el carácter fundamental del derecho a la salud.

Sobre el primer punto de análisis, el aporte de la Corte es que llegó a un consenso sobre la naturaleza fundamental del derecho, en tanto la dignidad es inherente a la condición humana y por ende puede ser traducible en un derecho subjetivo¹⁷. De esta manera, la salud, al estar en relación directa con la dignidad humana, es un derecho de carácter fundamental, integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por ello esencial en la materialización de una vida digna¹⁹. Sobre el segundo elemento de análisis, encontramos la jurisprudencia de principios, metodología de análisis hermenéutico utilizado por la Corte Constitucional colombiana fundamentado en que la existencia y el goce pleno de salud no solo son posibles desde un plano biológico, físico o tangible, sino que la salud se cualifica también en los planos morales de la vida y en la dignidad humana como categorías de máxima trascendencia para el desarrollo del ser humano. Es decir, el trato de los derechos fundamentales se despliega directamente en el entendido del principio de dignidad como norma fundante de todo el sistema jurídico. La conclusión de la Corte es que la salud es un derecho fundamental y autónomo, y para su exigibilidad y concreción no se requiere tal conexidad, ya que el centro de este tiene en cuenta la dignidad del ser humano como centro de su vida¹⁹⁻²¹. Todos estos elementos sustentan que el derecho a la salud puede ser justiciable y materializado por el sistema judicial²².

Efectos Estructurales del Litigio en Salud

Esta categoría da cuenta de los efectos del litigio en salud, los cuales han impactado las estructuras normativas y las políticas públicas en salud y en consecuencia al sistema de salud colombiano²⁰. En efecto, la protección judicial de la salud ha contribuido a un cambio en la orientación normativa y la política pública en general. Malca *et al.*²³ indican que el litigio en salud originó cambios en el diseño de políticas destinadas a satisfacer un derecho del cual son titulares todas las personas, es decir, la salud como derecho fundamental y por ende justiciable. Un ejemplo de ello es la expedición de la sentencia C760/2008 de la Corte Constitucional, que exigió una serie de reformas al sistema de salud, enfocadas al aumento de cobertura del aseguramiento y a la igualación de planes de beneficios. Sin embargo, Restrepo *et al.*²⁴ plantean que, si bien los poderes ejecutivo y legislativo expidieron actos administrativos y proyectos de reforma, no tuvieron en cuenta la importancia del contexto económico, político y social en este proceso. Tampoco se reconoció que los sistemas de salud son más que simples estructuras mecánicas para proveer intervenciones técnicas, por el contrario, los sistemas de salud son un conjunto de instituciones en donde los valores y las normas sociales se comunican y se refuerzan²⁵.

Cano²⁶ propone analizar el litigio en salud en términos de impacto (litigio exitoso, medianamente exitoso y no exitoso) y en términos de los efectos estructurales del litigio (efecto de desbloqueo de políticas públicas, efecto directo sobre las políticas públicas, efecto social y efecto deliberativo). El litigio será exitoso si logra los cuatro tipos de efectos, medianamente exitoso si produce los dos primeros, finalmente será no exitoso si sólo se logra la protección en casos concretos. En Colombia el litigio se clasifica como medianamente exitoso, porque logró visibilizar una serie de problemas del sistema salud, sin embargo, no logró crear dispositivos eficaces para hacer seguimiento y para permitir una participación ciudadana más eficaz²⁶.

Por su parte, Flood y Gros²⁷ plantean que, en Colombia el litigio logró un equilibrio entre los derechos individuales y un interés social más amplio, cuyo resultado final fue la sentencia C760/2008, la cual abordó el tema desde una perspectiva general del sistema de salud. Sin embargo, también describen el litigio como un tipo de activismo judicial que pudo haber coartado un camino transformador por las características propias del sistema de salud colombiano. Es decir, un sistema de competencia, que proporciona condiciones previas para el litigio, y que, sumado al acceso fácil al sistema de justicia vía tutela, produjo un espacio económico para ejercer el derecho, pudiendo ocasionar una carga insostenible para el sistema. Duran y Uprimny plantean que los excesivos fallos de tutela por servicios de salud producen un alto costo para el sistema por la focalización de recursos en el cumplimiento de mismos, lo cual representa un factor disruptivo en los procesos de universalización, por numerosos casos individuales que consumen altos recursos. Sin embargo, el aumento en el acceso al aseguramiento en salud y la igualación de los planes de beneficios representan efectos estructurales directos del litigio²⁸.

Efectos Simbólicos del Litigio en Salud

Uno de los efectos simbólicos más destacables es aquel que da cuenta del entendimiento que tiene el usuario de hacer exigible el derecho a la salud vía tutela²⁹ de esta manera, y frente a los fallos positivos de los jueces y de la Corte Constitucional en materia de protección de la salud, los ciudadanos se apropian de la función garantista de la Corte^{17,25}. Este reconocimiento de protección judicial de la salud se convierte en uno de los efectos simbólicos más importantes del litigio en salud^{22,23}, dando cuenta de una revolución pacífica que permite a la sociedad hablar de la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de las obligaciones que tiene en materia de salud²⁵; también evidencia una cultura jurídica progresiva que surge con la apropiación del mecanismo constitucional de la tutela por parte de los usuarios del sistema de salud²⁴. Uprimny y Duran²⁰, describen un efecto simbólico directo en el papel de los medios de comunicación al evidenciar una “crisis institucional” del sistema de salud, que trajo consigo una reformulación conceptual al hablar del derecho a la salud, lo cual ha modificado la manera como la salud es percibida por los distintos actores, consolidando así la idea de la salud como un derecho, no como una mercancía o una concesión del Estado.

Desde los análisis jurídicos y de la economía también se da cuenta de efectos simbólicos, específicamente asociados a la no materialización del derecho a la salud por parte de las instituciones del sistema de salud que tienen a su cargo esta finalidad; Plazas y Moreno²⁵ llaman a este efecto “inmoralidad administrativa”, es decir, se hacen visibles temas como la corrupción en todos los ámbitos de funcionamiento del sistema de salud, lo cual desencadena una profunda crisis en la atención en salud que refleja profundas inequidades y conflictos éticos en materia de salud^{30,27}. También se plantean una serie de cambios a nivel de discursos, ideas, objetivos sociales y valores producidos por el litigio en salud, ello implica reconocimiento práctico de la igualdad de derechos de todos los sujetos²³. Finalmente, estos efectos simbólicos convierten el litigio en salud en el ejercicio mismo de la democracia, ya que reclamar judicialmente un derecho constitucional es una acción tan política y democrática como ejercer el derecho al voto o pertenecer a un partido político³¹.

Efectos Positivos y Negativos del Litigio en Salud

Los resultados de esta revisión dan cuenta un importante efecto positivo y es la función garantista de la Corte Constitucional, sin embargo, como efecto negativo se habla de una sustitución del sistema judicial en las funciones de gobernanza del Estado, cuestionando cómo las situaciones problemáticas en materia de salud, que tendrían que ser solucionadas por los poderes ejecutivo y legislativo, son intervenidas por el poder judicial. También se plantea que, si bien el litigio intentó materializar el derecho a la salud, otros analistas indican que el litigio se convierte en un obstáculo para el acceso a la salud, ya que prospera para quienes lo interponen, pero para quienes no lo hacen se perpetúa la vulneración del derecho¹⁷.

Esta revisión identifica colisiones entre el atributo fundamental del derecho a la salud y el derecho a la libertad económica¹⁹, ya que la salud es un derecho autónomo más no absoluto¹⁸. Se discute un impacto igualitario y redistributivo de recursos, pues se eliminó la inaceptable discriminación entre los planes de beneficios y un aumento de cobertura del aseguramiento en salud, sin embargo, se evidencia un polo opuesto y es el que considera que estos efectos no implican una garantía real en el acceso al servicio de salud¹⁹, el aumento de cobertura en el aseguramiento, puede suponer una asignación justa de recursos dentro de un sistema de salud²⁶, que, en principio parece positivo desde el principio de universalidad, pero es paradójico, ya que, aumentar recursos implica un aumento del gasto en salud, lo cual posiblemente genere otro doble rol del litigio, y es que podría dar legitimidad a la concepción de la salud como derecho económico, y en consecuencia a la visión utilitarista de los servicios de salud²⁴. Por su parte, Duran y Uprimny²⁸ analizan el litigio individual como un efecto negativo, por ser masivo y costoso, y privilegia un aspecto más individual y curativo de la salud que lleva a sacrificar aspectos más globales y de salud pública, tales como la prevención y la promoción de la salud. Se confronta así la visión de la salud que la comprende como mercancía de la cual se lucran la mayor parte de los integrantes del sistema de salud en detrimento del sujeto titular del derecho³².

La discusión misma sobre la naturaleza jurídica del derecho se considera un efecto positivo; Vélez³³ plantea que la discusión a partir de los aportes de la Corte toma un alcance de tipo ontológico y axiológico, al dar cuenta de su función principialista y poner en el centro de la naturaleza jurídica a la dignidad humana y la autonomía del derecho, motivando normas y políticas cuyo fundamento jurídico involucra valores y principios²⁴. Se destaca también como la Corte, propició la discusión hasta la promulgación de la ley estatutaria 1751 de 2015, aspecto mencionado por Arrieta³¹ como uno de los efectos positivos del litigio; sin embargo, como polo opuesto se plantea que a la fecha esta ley no ha permitido una real garantía del derecho a la salud por la continuidad del litigio, convirtiéndose en una norma que, como otras, está expuesta a ser vulnerada, violentada e ignorada³⁴. Si bien la intención de la Sentencia C760/2008 fue buena, esta se quedó corta porque no exigió una verdadera reforma estructural a la ley 100 de 1993, al no aplicar el mecanismo jurídico de declaratoria de “estado de cosas inconstitucional”, aun cuando existían condiciones para hacerlo²⁶, por ejemplo, la constante vulneración del derecho a la salud, la gran cantidad de tutelas a las que ejerce la población para la garantía del derecho y las diferentes instancias gubernamentales implicadas en la materialización del mismo. Esto haría pensar que el mismo sistema de salud es inconstitucional y por ende debe ser cambiado²⁴, o repensar e iniciar el debate sobre una posible derogatoria del libro segundo de la Ley 100 de 1993³⁴.

Finalmente, el litigio en salud también refleja un vacío de regulación y gestión de servicios, y ha sido el espacio que los jueces han ocupado como ordenadores del gasto en salud y gestores de los servicios. Sin embargo, este efecto es el que ha permitido los cambios sustanciales al sistema de salud, el polo opuesto es que el enfoque y la estructura sigue siendo el mismo, la salud como un derecho económico y social, soportado por una estructura de política neoliberal³⁵ que finalmente compite con el enfoque fundamental del derecho y de servicio público de salud²⁴, que convierte el acceso a la prestación de los servicios de salud en una suerte de itinerario burocrático para acceder a los servicios³⁶.

Discusión

Esta revisión dio cuenta de varias categorías de importancia en el análisis de la estructura de los sistemas de salud, por cuanto el abordaje de la judicialización de la salud depende en gran medida de las características propias de cada sistema y de cada contexto social, político y económico³⁷. Destacamos el enfoque de principios utilizado por la Corte Constitucional en sus análisis y la concreción de una normativa que establece el carácter fundamental del derecho a la salud. Sin embargo, llama la atención que, aun con la expedición de la ley estatutaria 1751 de 2015, los informes de la Defensoría del Pueblo de Colombia¹³, demuestran la continuidad en la vulneración del derecho a la salud, lo que indica que la expedición de una ley no es suficiente para materializar el derecho. En este sentido coincidimos con Ramírez *et al.*³⁸, quienes plantean que las barreras para el acceso a la salud confinan el derecho a una ilusión o realidad que difiere al objeto de la ley estatutaria.

En esta discusión coincidimos con Lamprea³⁹ en dos elementos de análisis, primero que la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia y todo el proceso de transformación fue ambiguo en su discusión y definición, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como en el texto definitivo de la Constitución Política y la ley 100 de 1993, al ubicar la salud como un derecho económico y social y no como un derecho fundamental. Segundo, que en el ejercicio del litigio subyace una aproximación atomística e individualista del derecho, que tampoco implica la garantía del derecho, toda vez que los derechos garantizados a través de medidas judiciales se convierten en derechos de aspiraciones o solo de nombre³⁸. Si bien el litigio permitió reducir la división ideológica entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos y sociales^{27,32,33}, se puede concluir que los efectos del litigio son ambivalentes; por un lado, los litigios individuales imponen mayores costos y pueden llevar a una insuficiencia financiera del sistema, y, por otro lado, que los litigios y decisiones colectivas y estructurales han llevado a desbloquear el desarrollo de políticas públicas. En otros casos, el litigio ha creado un aparato burocrático para el acceso a los servicios contemplados y no contemplados en los planes de beneficios, o como lo llaman Abadía y Oviedo³⁶, una serie de itinerarios burocráticos soportados en una estructura de barreras administrativas que incluyen el sistema judicial que inicialmente se mostró como garante del derecho.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho se destaca, en primer lugar, la discusión sobre la realidad pragmática del derecho (cuestión ontológica), dada por la ambivalencia entre la concepción constitucional del derecho versus la concepción internacional del derecho a la salud. Es decir, estamos frente a una disyuntiva entre una concepción de la salud como derecho económico y social y una concepción como derecho fundamental y autónomo, asuntos que no están claramente definidos en el ordenamiento jurídico nacional. Para la sentencia Corte Constitucional y la ley estatutaria de 2015, el carácter fundamental del derecho es claro, pero la realidad pragmática del mismo no es congruente con la visión del actual sistema de salud, soportado en la hegemonía de una visión económica y una lógica individual de la atención en salud⁸. En segundo lugar, la concepción del derecho en el marco del sistema de salud, como objeto de conocimiento y campo de praxis (cuestión epistemológica), lo anterior porque un derecho ambivalente e innominado como la salud, imposibilita una concepción de la salud y del derecho con las características definidas por la Corte Constitucional y la ley estatutaria.

Gañan¹⁹ y Molina²², plantean que se debe expandir una reconfiguración del derecho a la salud y su naturaleza jurídica, hacia una concepción de tipo colectivo, como un asunto de Estado y no como un asunto de gobierno; esto requiere, siguiendo a Hernández¹⁰, de la interacción de todos los actores sociopolíticos en una acción colectiva que se aleje de la visión economicista de la salud y su derecho contractual otorgado por este. Esta cuestión abre el debate sobre la concepción de la salud, sobre los sistemas de salud y los servicios de atención médica como servicios públicos y como derechos colectivos, lo cual implica reformas en su contenido esencial, y la inclusión de principios como la dignidad del ser humano que vive rodeado de seres humanos que tienen los mismos derechos, ya que estos, siguiendo a Fisk⁴⁰, no tienen un origen y una significación absoluta, alejada de todo contexto de luchas y de una moralidad política. Si bien la sentencia C-760 de 2008 representa un hito en la consolidación de una reconceptualización del derecho a la salud, esta no pasa de ser una narrativa jurídica, como lo indica Cano²⁶, la sentencia de la Corte es un fallo de tipo estructural sin declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, asunto que se convierte en una de las críticas más frecuentes en los análisis académicos, y a la cual nos adherimos en este análisis.

En la categoría del litigio estructural, el análisis permite resaltar la concepción de la salud como un objetivo intrínseco, y enfatiza la necesidad de analizar el funcionamiento de la salud a la luz de las estructuras de poder más amplias en la sociedad, incorporándose las dimensiones de evaluación, la disponibilidad de servicios, la no discriminación, el acceso al servicio y a la información, la aceptabilidad (ética y cultural apropiada) y la calidad²³. Sobre los efectos positivos y negativos del litigio, esta revisión resalta que el litigio y el proceso de judicialización de la salud legitiman una visión económica de las intervenciones necesarias para abordar el proceso salud enfermedad, por ejemplo, el aumento progresivo de la cobertura en el aseguramiento en salud, más que un acceso efectivo al servicio de salud representa la disponibilidad de recursos financieros a los intermediarios en la prestación del servicio. Al respecto, coincidimos con Bernal⁶, Gañan⁹ y Molina¹¹ en que este aumento en la cobertura del aseguramiento dirige todos sus esfuerzos en la cobertura de servicios de salud con un enfoque curativo, dejando a

un lado las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Como lo plantea Fisk, “el intento de hegemonía que aquí se enfrenta no es otro que esa tendencia insolidaria y mercantilista que se apodera por doquier de la vida institucional y la vida social”⁴⁰ (p. 17), tendencia que sin duda está presente en nuestro sistema de salud.

La mayoría de los artículos incluidos en esta revisión plantean que el litigio, y consecuentemente los procesos de judicialización, se dieron en Colombia a causa de los fallos estructurales del sistema de salud, elemento importante de análisis que coincide con Pinzón *et al.*⁴¹ y Malca *et al.*⁴², quienes describen los efectos del litigio como una consecuencia de las relaciones y el desempeño de los sistemas de salud y de la ciudadanía, específicamente la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control, lo cual explica que el poder judicial sustituyera la regulación administrativa. Como se indicó en la descripción de categorías, el litigio estructural permitió al poder judicial tomar decisiones que reestructuraron el sistema de salud colombiano, sin embargo, consideramos que en sus decisiones además del juicio jurídico, ético y social, estuvo ausente el juicio de razonabilidad técnico-científica que pueden aportar campos del saber cómo la salud pública, la epidemiología y las ciencias biomédicas. Por tal razón, el poder judicial debería contar con la participación remunerada de estas disciplinas en el desarrollo de sus funciones, permitiendo un análisis más integral al litigio en salud, lo cual podría ser una estrategia para el abordaje de este, en la generación de evidencia científica útil a la hora de tomar decisiones según las necesidades de salud de la población⁴¹. Finalmente, sobre los efectos simbólicos del litigio, es importante resaltar que estos efectos permiten hacer visible la realidad problemática del sistema de salud, los problemas asociados a la corrupción y al manejo de recursos del sector salud. Sin embargo, consideramos que estos efectos requieren una mayor comprensión por parte la academia, por lo que se abre un campo de oportunidades para disciplinas como la salud pública en su objeto de conocimiento.

Conclusiones

Esta revisión sistemática de literatura dio cuenta del aporte realizado por la Corte Constitucional colombiana a la concreción de la salud como derecho humano fundamental, se identificaron algunos puntos clave de relevancia para fundamentación y operatividad de los sistemas de salud. Dos elementos se resaltan en este análisis, en primer lugar, la transformación de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia, es decir, se aclara y se define el carácter fundamental del derecho a la salud y se convierte en una realidad normativa plasmada en una Ley estatutaria. Sin embargo, consideramos que las ambivalencias detalladas a lo largo de este escrito impiden la materialización el derecho a la salud y la dignidad del sujeto titular. Esto nos lleva a plantear que existe un asunto problemático del orden ontológico, epistemológico y axiológico, que concierne a todas las áreas del saber involucradas en el cuidado y las necesidades de la salud, incluyendo las disciplinas jurídicas y administrativas. Y, en segundo lugar, el análisis realizado nos lleva a pensar que el derecho a la salud y sus mecanismos de concreción, requieren un abordaje como asunto de Estado y no como asunto de gobierno, es decir se requiere de una reforma a la Constitución Política de 1991 para dejar en claro el tipo de derecho que es la salud, un “derecho fundamental y autónomo”, lo cual implica la derogatoria de la Ley 100 de 1993 y todas las reformas a la misma.



Contribuciones de los autores

Todos los autores participaron activamente en todas las etapas de la preparación del manuscrito.

Conflicto de interese

Los autores declaran no tener ningún conflicto de interese.

Derechos de autor

Este artículo está bajo la Licencia Internacional Creative Commons 4.0, tipo BY (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>).



Editora

Denise Martin

Editora asociada

Aylene Emilia Moraes Bousquat

Presentado el

31/05/20

Aprobado el

08/12/20

Referencias

1. Colombia. Constitución Política. Santa Fé de Bogotá: Presidencia de la República; 1991.
2. Colombia. Ley nº 100, de 23 Diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Ministerio de Salud; 1996.
3. Organización de las Naciones Unidas. Declaracion Universal de los Derechos Humanos. Geneva: ONU; 1948.
4. Comité de Derechos Económicos. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: observación general 14. J Chem Inf Model. 2000; 53(9):1689-99. Doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.
5. Cortés JC. Reforma al Sistema de Salud: comentarios a la Ley 1122 de 2007. Bogotá: Legis Editores; 2007.
6. Bernal O, Barbosa S. La nueva reforma a la salud en Colombia: el derecho, el aseguramiento y el sistema de salud. Salud Publica Mex. 2013; 57(5):433-40.
7. Echeverri ME. Derecho a la salud, Estado y globalización. Rev Salud Publica. 2006; 24 Esp:81-96.
8. Franco AG. Referentes teóricos para el análisis de la reforma del sistema de salud colombiano. Rev Gerenc Políticas Salud. 2012; 11(22):28-42.



9. Gañan Ruiz JL. Los muertos de la Ley 100, Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de insuficiencia. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia; 2013.
10. Hernández Álvarez M. El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. *Rev Salud Publica*. 2002; 2(2):121-44.
11. Molina G, Ramírez A. Conflicto de valores en el sistema de salud de Colombia: entre la economía de mercado y la normativa constitucional, 2007-2009. *Rev Panam Salud Publica*. 2013; 33(4):287-93.
12. Paz MC. Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Gac Med Mex*. 2012; 148(4):406-10.
13. Defensoría del Pueblo Colombia. La tutela y los derechos a la salud ya la seguridad social 2018. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia; 2019.
14. Constitucional, Corte, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-760 de 2008. Por la cual se eleva el derecho a la salud como un Derecho Fundamental. Bogotá: Corte Constitucional; 2008.
15. Colombia. Congreso de la República. Ley 1751. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la salud. *Diario oficial*. 16 Feb 2015.
16. CASP UK. CASP Checklist: 10 questions to help you make sense of a Systematic Review. Oxford: CASP UK; 2018.
17. Vélez Arango AL, González López JR. El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia-España. *Rev Fac Nac Salud Publica*. 2015; 33(1):121-31.
18. Cárdenas Ramírez E. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. *Rev Derecho*. 2013; 40:199-226.
19. Gañan J. Fundamental rights and business. Caso Colombia y Latinoamérica. *Rev Etica Filos Polit*. 2014; 17(2):22-40.
20. Uprimny R, Durán J. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. Santiago: Naciones Unidas, CEPAL; 2014.
21. Bechara AZ. Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*. 2017; 32:15-37. Doi: <https://doi.org/10.17081/just.23.31.2903>.
22. Molina CM. La tutela y reforma en salud: desencanto de un juez soñador. *Vniversitas*. 2017; 127:157-88.
23. Malca CG, Gloppen S, Fosse E. Giving effect to children's right to health in Colombia? Analysing the implementation of court decisions ordering health system reform. *J Hum Rights Pract*. 2013; 5(1):153-76.
24. Restrepo JH, Casas Bustamante LP, Espinal Piedrahita JJ. Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760? *Rev Salud Publica*. 2018; 20(6):670-6.
25. Plazas Gómez CV, Moreno Guzmán DM. Impacto económico de las acciones de tutela en salud en Colombia. *Vniversitas*. 2017; 135:325-76.
26. Cano LF. El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. *Rev Fac Nac Salud Publica*. 2015; 33(1):111-20.



27. Flood CM, Gross A. Litigating the right to health: What can we learn from a comparative law and health care systems approach. *Health Hum Rights J.* 2014; 16(2):62-72.
28. Durán J, Uprimny Yepes R. La judicialización de la salud en Colombia: el desafío de lograr los consensos hacia mayor equidad y cobertura universal. Santiago: CEPAL; 2014-5. p. 111-20.
29. Acuña Gamba ED. Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia: análisis de la intervención de la Corte Constitucional en los casos de la salud y las pensiones. *Iter Ad Veritatem.* 2014; 12(1):193-209.
30. Escobar Triana J. Obstinación jurídica: el caso de la Ley 100 de 1993. *Rev Colomb Bioet.* 2013; 8(2):129-39.
31. Arrieta Gómez AI. Realizing the fundamental right to health through litigation: the Colombian case. *Health Hum Rights.* 2018; 20(1):133-45.
32. Quintana Cepeda A. El papel de la Corte Constitucional en el análisis de los contratos de medicina prepagada. *Rev Salud Publica.* 2016; 18(5):827-36.
33. Vélez Arango AL. Salud y enfermedad: la contribución de la Corte Constitucional de Colombia. *Hacia Promoc Salud.* 2012; 17(2):91-109.
34. Jiménez WG, Angulo LL, Castiblanco YP, Gómez ML, Rey LJ, Solano LT, et al. Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud? *Rev Colomb Cir.* 2016; 31(2):81-90.
35. Valencia AM, Borrero YE, Pérez EM, Muñoz NE, Cáceres F. Modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud a la luz de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: una propuesta. *Rev Fac Nac Salud Publica.* 2009; 27(3):356-63.
36. Abadia CE, Diana O. Bureaucratic itineraries in Colombia. A theoretical and methodological tool to assess managed-care health care systems. *Soc Sci Med.* 2009; 68(6):1153-60. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2008.12.049>.
37. Alzate Mora D. Health litigation in Colombia: have we reached the limit for the judicialization of health. *Health Hum Rights J* [Internet]. 2014; 16(2) [citado 20 Maio 2020]. Disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2014/09/health-litigation-in-colombia-have-we-reached-the-limit-for-the-judicialization-of-health/>
38. Ramírez Ramírez AM, Rocha Beltrán DE, Durango Suarez LF, Rodríguez Álvarez SB. Implications of statutory law of 2015 on 1751 health promotion entities contributory scheme. *Rev CES Derecho.* 2016; 7(2):13-41.
39. Lamprea E. Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014). Colombia: Universidad de los Andes; 2015.
40. Fisk M. Bienes públicos y Justicia Radical. Cali: Editorial Universidad del Valle; 2004.
41. Pinzón-Flórez CE, Chapman E, Cubillos L, Reveiz L. Priorización de estrategias para el abordaje de la judicialización en salud en América Latina y el Caribe. *Rev Saude Publica.* 2016; 50:56.
42. Malca GC, Parra Vera O, Ely Yamin A, Torres Tovar M. ¿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 Hum Rights.* 2010; 11(1):1-13.



The concept of the right to health has undergone a process of transformation in Columbia since the reform of the country's Political Constitution in 1991, resulting in Law 100, created in 1993, and Constitutional Court judgment C760, and ultimately leading to the creation of Law 1571 in 2015, which states that health is a fundamental human right. The judicialization of health has played an important role in this process, impacting Colombia's health system. This review analyzes the contribution made by Colombia's Constitutional Court to the configuration of health as a fundamental human right within the context of health litigation. A systematic review of the literature identified four analytical categories related to the reconfiguration of the legal nature of the right to health and its effects on Colombia's health system.

Keywords: Right to health. Health system. Judicialization of health. Jurisprudence.

A concepção do direito à saúde na Colômbia passou por um processo de transformação desde a reforma de sua Constituição Política, em 1991, à Lei 100 de 1993, acórdão C760 do Tribunal Constitucional, levando à Lei 1571 de 2015 que estabelece a saúde como direito humano fundamental. Nessa jornada é importante a judicialização da saúde e seus efeitos, que impactaram o sistema de saúde colombiano. O objetivo desta revisão foi analisar a contribuição do Tribunal Constitucional para a configuração da saúde como um direito humano fundamental no contexto do contencioso em saúde. Foi realizada uma revisão sistemática da literatura identificando quatro categorias analíticas relacionadas à reconfiguração e recontuização da natureza jurídica do direito à saúde e seus efeitos sobre o sistema de saúde colombiano.

Palavras-chave: Direito à saúde, Sistema de saúde, Judicialização da saúde, Jurisprudência.