

ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA EN SALUD

Mario Hernández Álvarez
Vocero de la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760/08
y de Reforma Estructural del Sistema de Salud y Seguridad
Social –CSR-

Introducción

A continuación se presenta una síntesis de los análisis que ha venido adelantando la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural del Sistema de Salud y Seguridad Social –CSR-, conformada por varias asociaciones profesionales de la salud, grupos de investigación de diferentes universidades públicas y privadas, y organizaciones de la sociedad civil. La CSR ha sido reconocida por la Corte Constitucional en su Auto 316 de 2010, proferido por la Sala Especial de Seguimiento.

La CSR saluda y agradece el espacio ofrecido por la Comisión Primera del Honorable Senado de la República para la discusión de dos proyectos de ley que afectan profundamente la manera como el Estado colombiano entiende y desarrolla el proyecto del Estado Social de Derecho expresado en la Carta Constitucional. Decisiones de tal envergadura no sólo deberían ser discutidas en el Congreso de la República, sino en la más amplia esfera de lo público, pues ellas definen la relación fundamental entre la sociedad y el Estado y, sobre todo, la relación entre el ciudadano común y organización política por excelencia.

Toda decisión pública implica valores que orientan las acciones en algún sentido. Los valores ordenan las prioridades y los proyectos políticos. No puede entenderse un debate sobre los derechos como un asunto estrictamente técnico, pues siempre implica dilemas morales que las sociedades democráticas deben resolver a partir del debate público y del reconocimiento de las diferencias en las posiciones, pero también, de las desigualdades de poder. Por esto, la velocidad con que ha impulsado el gobierno el debate de los proyectos en cuestión no es conveniente y debería esta Comisión ampliarlo, al máximo posible, para no tomar decisiones apresuradas que puedan llevar a consecuencias inconvenientes y prevenibles.

El análisis que hasta el momento ha realizado la CSR permite afirmar que las dos propuestas gubernamentales, el Acto Legislativo 016/10 y 186/10, sobre sostenibilidad fiscal y ley estatutaria en salud respectivamente, son contrarias al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y al bloque de constitucionalidad relacionado con los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (DESC), según las observaciones de los comités internacionales de Naciones Unidas. Esto, desde la perspectiva deontologista, esto es, del deber ser de los derechos, pero también, desde la perspectiva de las consecuencias derivadas de las propuestas presentadas.

La sostenibilidad fiscal en el marco constitucional

Respecto del proyecto 016/10 sobre sostenibilidad fiscal, es necesario reconocer que se trata de un viejo debate, que se ha presentado en el país de tiempo atrás, pero que se expresó de la manera más amplia en la Asamblea Nacional Constituyente. De la correlación de fuerzas del momento, surgió el mandato constitucional de la prioridad del gasto social en la organización del gasto público, para garantizar el sentido de prioridad de la vida y de la dignidad de las personas, por encima de los intereses económicos, en las decisiones que toma el Estado respecto del manejo de los recursos fiscales.

A pesar de lo anterior, la estructura tributaria del país ha sido y sigue siendo regresiva, esto es, extrae proporcionalmente más de quienes tienen menos. Han disminuido los ingresos derivados de la renta, se consolida una serie de exenciones al capital y a la inversión extranjera, en especial en el sector minero, y aumentan los ingresos derivados del consumo y los aportes directos de los trabajadores, en el marco de la confianza inversionista y la flexibilidad del mercado laboral. Si bien los ingresos de los grandes inversionistas han crecido, el desempleo continúa en cifras de dos dígitos y la concentración de la riqueza aumenta. El Informe de CEPAL de 2009 ubica a Colombia como el país más inequitativo de la región más inequitativa del mundo, que es América Latina.

El proyecto de Acto Legislativo 016/10 pretende elevar la sostenibilidad fiscal al rango de derecho fundamental superior, como la manera de hacer viable el Estado Social de Derecho. Para ello, obliga a la elaboración de los presupuestos anuales con base en una “regla fiscal” que logre sostener un superávit primario para garantizar el equilibrio fiscal de mediano plazo. En apariencia, esta es una verdad incontestable. En realidad, se trata simplemente de la aplicación inflexible de la corriente neoclásica de la teoría económica, que resulta funcional y necesaria para garantizar la estabilidad monetaria de los mercados en un marco de competitividad, en especial, en el marco del nuevo régimen de acumulación que se ha desarrollado desde los años setenta en la globalización económica actual y que ha sido

denominado como de “financiarización”, esto es, el predominio de la acumulación financiera por encima de los demás sectores de las economías. De esta forma, la sostenibilidad le conviene más a los inversionistas o los propietarios de grandes capitales que a la población que sobrevive en un mercado laboral informal y de pequeños negocios. Existen otras opciones, basadas en teorías keynesianas, para las cuales una inversión estatal orientada al mantenimiento del trabajo y del consumo sostenido de la población no sólo contribuye a dinamizar las economías sino constituye una presencia mayor del Estado en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la perspectiva del proyecto, la regla fiscal que se aplicaría, si se siguen los documentos elaborados en el Ministerio de Hacienda y en el Departamento Nacional de Planeación, implicaría un ejercicio que excluye el monto del pago de la deuda pública y el gasto en seguridad, y concentra la priorización en cada uno de los sectores que se orientan a garantizar los derechos sociales, económicos y culturales. De allí se deriva la necesidad de aplicar un modelo de convergencia entre la sociedad y el Estado que los economistas del Banco Mundial han denominado “Manejo Social del Riesgo”, en el que cada cual busca lo suyo según su capacidad de pago y el Estado sólo haría una protección social marginal. Según estos autores, la “nueva protección social” es un conjunto de “intervenciones públicas (i) para asistir a los individuos, hogares y comunidades a manejar el riesgo en mejor forma y (ii) para prestar apoyo a los pobres en situación crítica¹. De esta forma, los escasos recursos públicos disponibles, serían utilizados para programas de subsidio a la demanda como familias en acción, subsidios educativos y régimen subsidiado en salud. El resto, debe estar financiado por aportes de las personas ligados a su capacidad de pago, a cambio de planes de beneficios, como aparece en la propuesta de salud. Esta tendencia lo único que hace es profundizar las desigualdades sociales existentes, pues quien tiene más siempre recibirá más que quien tiene menos.

La decisión no es técnica. Es un asunto político que debe ser analizado desde diferentes opciones y conveniencias para la mayoría de la población. Como ha propuesto el profesor César Giraldo, ¿por qué no aplicar una regla fiscal que recupere la política monetaria, restrinja el pago de la deuda y el gasto militar, y garantice los ingresos necesarios para sostener la prioridad del gasto social que ordena la constitución? Si realmente se quiere desarrollar el mandato constitucional del Estado Social de Derecho, es necesario revisar la estructura de la fiscalidad en su conjunto, tanto en los ingresos como en los gastos, de manera que la orientación fundamental sea el bienestar de la población más que las garantías al capital.

Con seguridad, este debate se presentará en la Corte Constitucional en el momento de ejercer su función de control de las iniciativas de reforma constitucional. La jurisprudencia desarrollada por la Corte y el bloque de constitucionalidad apuntan hacia una perspectiva garantista, ligada a la dignidad, a la vida y al bienestar de la población, como lo ha afirmado la Corte en las discusiones sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en la población desplazada.

La limitación del derecho a la salud por la ley estatutaria

La exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria en salud que ha presentado el gobierno nacional se ubica también en una posición neoclásica, en la cual se identifican los servicios de salud como bienes privados que se transan en el mercado de aseguramiento y reduce la salud pública a un conjunto de actividades del Estado para corregir altas externalidades, esto es, asuntos que afectan a muchos al mismo tiempoⁱⁱ. Desde allí, el gobierno propone una definición del derecho fundamental a la salud, lee la jurisprudencia de la Corte Constitucional, valora la situación crítica del sistema, interpreta las causas y propone soluciones. Pero esa no es la única posición posible ni deseable. Cuando se acepte esto será posible el debate. De lo contrario, se cierra la puerta y avanza la dictadura de la tecnocracia. El debate, con seguridad, se presentará en la Corte Constitucional cuando ejerza su función de control, pues el espíritu de la jurisprudencia acumulada no se basa en una perspectiva individualista y utilitarista, como la que sustenta la visión neoclásica, sino en una perspectiva deontologista, universalista y sobre todo, basada en la dignidad del ser humano, fundamento de los derechos sociales económicos y culturales del bloque de constitucionalidad.

Al examinar en detalle la argumentación y los fundamentos de la propuesta gubernamental, se encuentra una posición política muy clara, similar a la sustentada por el gobierno Uribe para la Emergencia Social. En esta posición, los recursos de un país periférico como Colombia son siempre escasos. El derecho fundamental a la salud, declarado “autónomo” por la Corte Constitucional, puede ser sólo “frente a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud (POS)”. De allí que la ley estatutaria se concentre en “regular el núcleo esencial” del derecho, y establezca los criterios para definir y actualizar el Plan de Beneficios, que será el contenido explícito de ese derecho.

En la propuesta predomina el enfoque utilitarista, que sólo apunta al equilibrio financiero, sin cuestionar la estructura del gasto ni la concentración de los recursos en los agentes dominantes del sistema. En pocas palabras, los criterios del gobierno para la definición del Plan de Beneficios son tres: (1) La “carga de la enfermedad”, es decir, qué tanto impacto económico-poblacional tiene cada enfermedad; (2) El equilibrio de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), esto es, qué tan rentable y sostenible es la póliza que se paga a las EPS, y (3) El de “costo-efectividad” de cada atención, según la “evidencia científica” que determine el equilibrio financiero de la póliza. El proyecto también alude a “las preferencias y

valores sociales que resulten de la participación ciudadana". Pero ¿de cuál participación se habla? Con seguridad de la que ha venido realizando la Comisión de Regulación en Salud (CRES) por medio de internet, o los dos o tres días en fin de semana que tuvo este proyecto en la página web del Ministerio de la Protección Social para recibir "observaciones".

El proyecto plantea que cualquier prestación no incluida en el plan de beneficios podrá ser dispensada siempre y cuando los médicos del Comité Científico Técnico (CTC) de la EPS y la Junta Médica especializada de la Superintendencia Nacional de Salud decidan que puede ser atendida, sobre la base de la *"pertinencia médica"* y la *"justificación financiera"*. Y tal *"evidencia"* debe salir de las guías de atención, que ahora serán elaboradas por una entidad sin ánimo de lucro, con participación de los médicos colombianos. Lo que no esté en el plan de beneficios será cubierto según la capacidad de pago de las personas: si no demuestra ser pobre, es decir, pertenecer a la población SISBEN 1 y 2, el usuario deberá pagar de su bolsillo o comprar un seguro privado adicional.

Dos consecuencias graves tendrá esta decisión: primero, excluir toda posibilidad de reconocer prácticas médicas tradicionales, tanto de las etnias colombianas como de otras latitudes, hoy reconocidas en el mundo, como las denominadas terapias alternativas, de manera que se cierra la puerta al principio de "aceptabilidad" de los derechos y a la interculturalidad en el derecho a la salud. Segundo, se profundizará la desigualdad según la capacidad de pago de las personas. De hecho, ya se retiraron por ley, de manera inconsulta, las llamadas enfermedades huérfanas. Con el proyecto, una serie de atenciones que se requieren, pero que desequilibran la UPC, no serán atendidas. Sólo los extremadamente pobres podrían acudir a un subsidio y al resto le queda el extenso e inequitativo mercado de los seguros privados, impulsados por esta manera de reglamentar el derecho. En consecuencia, muertes justificadas por la rentabilidad de los aseguradores e inequidades inaceptable en el bloque de constitucionalidad sobre el derecho a la salud.

En función de una nueva definición del principio de equidad, las personas tendrán acceso igual al mismo plan, siempre y cuando las "prestaciones individuales" que resulten de su necesidad no "pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población". Esta limitación rompe por completo el principio de solidaridad de cualquier sistema de seguridad social, pues su fundamento está en la vieja máxima de Louis Blanc: "de cada cual según su capacidad y a cada cual según su necesidad". Tal confluencia es la que permite que el joven, el sano y el rico aporten a un esfuerzo público sin esperar recibir a cambio beneficios proporcionales. Lo hacen con la convicción de que serán tratados cuando sean viejos, estén enfermos o se empobrezcan. ¿Cómo se puede pensar en costo beneficio para atender a un adulto mayor con cáncer que ha aportado de muchas maneras durante cuarenta años y que le dicen que su tratamiento consumirá el equivalente a 10.000 vacunas para niños? Entonces, ¿para qué seguro?

Los dos regímenes -el subsidiado y el contributivo- persisten, y sólo en febrero de 2015 se unificarían sus planes, dependiendo del cálculo "costo-beneficio", con lo cual se abandona el cumplimiento de la orden de la Corte sobre este tema y se acepta la permanencia de la inequidad estructural del sistema en función de la "sostenibilidad fiscal".

Según el proyecto, las personas y familias deben aportar su "autocuidado" y el cuidado de sus discapacitados, sus ancianos y su salud mental, porque estos servicios presentan baja relación "costo-efectividad". Por esto se acude a un principio de "corresponsabilidad", según el cual el deber del Estado de garantizar el derecho se equipara a la responsabilidad de los individuos y las familias por la "atención integral". Este desacierto supone que tiene el mismo poder el ciudadano y el Estado, las mismas responsabilidades y por tanto, las mismas consecuencias. Desconoce totalmente la determinación social de la salud y las limitaciones de las opciones individuales. Si bien el autocuidado es un instrumento para la prevención de algunas enfermedades, no puede elevarse al nivel de los derechos ciudadanos, pues implica que quien no se "autocuide", no tiene derecho. Si sus padres fumaron y hoy son oxígeno-dependientes, pueden ser castigados con el corte del suministro de oxígeno, o premiados si consumen menos oxígeno y hacen ejercicio. El mensaje es: si cumple con las normas de autocuidado y si usa menos su póliza, le daremos un beneficio económico, como funciona en los seguros para carros. Así, el Estado organiza un sistema de premios y castigos para todos. Esta es una lógica contractualista que funciona entre iguales que se encuentran en el mercado, pero nada tienen que ver con los derechos derivados de la condición de ciudadano.

Precisamente, el derecho se plantea de esta forma porque se asume que la salud es un bien privado que se transa en el mercado, entre agentes racionales que defienden su interés de quedarse con más por menos. Es igual una EPS, que un médico o que un enfermo de alto costo. Todos son unos interesados y cada uno trata de apropiarse del máximo de "beneficios". De acuerdo con la fórmula de "costo-beneficio" el Estado simplemente debe regular hasta encontrar un "equilibrio perfecto" entre el interés general que él representa y el interés puramente privado del usuario, entre, por ejemplo, la necesidad de atención de un paciente con cáncer y la rentabilidad de la EPS a la que está afiliado. Para que los agentes del mercado de aseguramiento tengan muy claro qué están vendiendo y qué están comprando se necesita un plan de beneficios. Pero también debe hablarse de "corresponsabilidad" de los individuos, para exigir su contribución y demandar de ellos su "autocuidado".

La posición del gobierno suena racional. Pero, ¿es aceptable? ¿No existen formas de resolver dilemas morales distintas a dirimir entre individuos egoístas? La respuesta depende de dos grandes discusiones que no han tenido lugar en el país, o por lo menos, que no se han hecho visibles.

Primero, explorar si los colombianos estamos dispuestos a pensar en la sociedad en su conjunto y no solamente en el propio beneficio. Ésta es una medida de la solidaridad. De hecho, existen sociedades más solidarias que otras. Mientras en Suecia el tráfico se detiene ante cualquier peatón, en Colombia el peatón es siempre considerado imprudente. Cuando una persona se pone en los zapatos de otro, comienza a percibirlo como un igual y puede imaginar que el sufrimiento de su situación podría ser el propio. Cuando se acepta la misma dignidad del otro, se le puede tratar como a sí mismo. Ésta es la base de la solidaridad y del bloque de constitucionalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)ⁱⁱⁱ. En sociedades en guerra social, política y económica persistente, como la colombiana, la solidaridad tiende a desaparecer. Pero eso no quiere decir que se tenga que aceptar que siga siendo así.

Segundo, en materia de salud y seguridad social ¿cómo concretar una solución solidaria, social y basada en la dignidad igual de todas las personas? La respuesta no es tan difícil de imaginar.

La explosión tecnológica ha elevado los costos en salud en todo el mundo. Pero éste no es un hecho natural. Se debe al aumento exagerado del lucro en las empresas de bienes y servicios relacionados con la atención médica, que constituyen el llamado “complejo biomédico industrial”^{iv}. Las empresas de seguros de salud, las industrias farmacéutica y de tecnologías biomédicas, y las grandes empresas hospitalarias son hoy negocios transnacionales gigantescos que ejercen presión sobre todos los sistemas de salud del mundo.

Pero no todos los países han avanzado por la misma senda, y algunos logran controlar los costos mejor que otros, con mejores resultados en salud. Mientras el Reino Unido tenía en 2007 un gasto *per cápita* de 2.992 dólares, Estados Unidos tenía uno de 7.290 dólares, pero éste último tiene aún los peores resultados en salud entre los países de altos ingresos^v. Esto implica que algunos países controlan mejor el apetito del complejo médico industrial que otros.

Sin embargo, una comparación escueta de modelos de sistemas de salud es superficial y engañosa. Los sistemas resultan de procesos históricos de larga duración, y hacen parte de la cultura política de cada nación. Por ejemplo, para un inglés es impensable que se le exija un carné o una tarjeta de crédito antes de ser atendido en una consulta especializada o en un servicio de urgencias; acude al servicio con la confianza de que será atendido. En cambio para un estadounidense o para un colombiano el carné produce la sensación de que tiene algo por qué reclamar y se dispondrá a luchar, si sus fuerzas le alcanzan o si sus familiares están dispuestos a exigir que lo atiendan.

Existen sistemas de salud y de seguridad social estructuralmente más solidarios que otros. Por ejemplo, en Costa Rica -país no más rico que Colombia- el pacto socialdemócrata que dio origen a la Caja de Seguridad Social en la década del cuarenta no hace depender el plan de beneficios del valor de la cotización ni de probar la condición de pobre. Simplemente integra los recursos de todos los cotizantes que, claro está, son proporcionales a los ingresos, con los impuestos generales, y entrega servicios de salud de igual calidad y oportunidad a todos los ciudadanos y ciudadanas, sin la definición de un “plan de beneficios” ni pagos al momento de requerir la atención. Si no se ata el derecho al plan de beneficios que recibe cada individuo, es posible lograr realmente apoyo mutuo de ricos a pobres, de jóvenes a viejos, de sanos a enfermos.

El eje de la solidaridad pasa por el rescate del valor de la salud como bien público, más allá de la atención de enfermedades, entendido como las mejores condiciones y medios para desarrollar las capacidades y potencialidades humanas. No se trata sólo de un sistema de servicios de atención de enfermos con paquetes de beneficios. Se trata de concertar, públicamente, una política pública de salud que afecte realmente los determinantes sociales de la salud, con voluntad política y recursos suficientes de diferentes sectores de la organización estatal para realizar el proyecto del Estado Social de Derecho.

El punto central del debate es si los colombianos estamos de acuerdo con que existan las EPS para mediar la relación entre Estado y ciudadanos en materia de salud. Esto implica aceptar o no el lucro que se deriva del equilibrio de la UPC en cada situación concreta.

El gobierno afirma que en todos los países del mundo existen el control del gasto en salud y las formas de establecer prioridades. Esto es cierto. Pero el proceso en cada país es muy distinto, según predomine o no el interés público sobre las relaciones de mercado.

Se puede demostrar que en el Servicio Nacional de Salud (SNS) inglés, el Instituto Nacional para la Excelencia Clínica (NICE, por su sigla en inglés), no se dedica a establecer “el contenido del plan de atención primario cubierto con recursos públicos”^{vi}, como afirma el gobierno, sino a “garantizar que cada uno tenga igual acceso a tratamientos

médicos y a atención de alta calidad en el SNS, sin importar dónde viva^{vii} (puesto que de esto no depende si el paciente es atendido).

En contraste, el famoso Plan Concertado *standard* del Estado de Oregon en Estados Unidos, es sólo “*un plan limitado de servicios médicos [que] cubre un número limitado de adultos sin seguro médico que no reúnen los requisitos del programa tradicional de Medicaid*”^{viii}. ¿Es lo mismo? Definitivamente no. El conocimiento o la “*evidencia científica*” puede ser una guía para mejorar las decisiones médicas o las de los ciudadanos, como lo afirma el NICE en todos sus documentos, y no un medidor de beneficios pagados por el Estado.

Honorables senadores: no es necesario correr. Está en juego un conjunto de decisiones fundamentales para el futuro del bienestar de la población colombiana. Abran la puerta, más allá del Congreso, a un debate público que reconozca las diferentes posiciones, trate de superar las desigualdades de poder y dé voz a los que no tienen voz.

ⁱ Holzmann R & Jørgensen S. (2000) *Social Risk Management: A New Conceptual Framework for Social Protection and Beyond*. Social Protection Discussion Paper Series No. 6. Social Protection Unit. Human Development Network. Washington: The World Bank. (existe versión en español).

ⁱⁱ Hernández M. (2003) Neoliberalismo en salud: desarrollos, supuestos y alternativas. En: Restrepo DI. (ed.) *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: 347-361.

ⁱⁱⁱ Mugerza, J. La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos). En: Peces-Barba G. (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*. 1989. Madrid: Debate: 19-56.

^{iv} Starr P. *La transformación social de la medicina en los Estados Unidos de América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991: 523.

^v Davis K, Shoen C, Stremikis K. *Mirror, Mirror on the Wall. How the Performance of the U.S. Health Care System Compares Internationally*. 2010 update. London: The Commonwealth Fund, 2010.

^{vi} Como afirma el gobierno en la exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria.

^{vii} Traducción libre de la presentación del NICE en su página web: http://www.nice.org.uk/aboutnice/whoweare/who_we_are.jsp (consultado: 06-11-10).

^{viii} Ver: <http://cascades.thebeehive.org/es/health/paying-health-care/plan-de-salud-de-oregon-oregon-health-plan-ohp> (consultado el 06 de noviembre de 2010).