

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

El costo de los derechos fundamentales: el caso del derecho al diagnóstico en Colombia

Rocío Ballesteros Pinzón

Tesis para optar el título de Magister en Derecho

Directora:

Elva Santamaría Sánchez

Candidata a Doctor en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Maestría en Derecho

2017

Dedicatoria

Esta tesis se la dedico a mi familia
por su constante apoyo, comprensión, acompañamiento y cariño.

Con amor a mi esposo y mis hijos por su paciencia y
el tiempo prestado para este trabajo

Agradecimientos

Al finalizar este trabajo de constante dedicación y lleno de dificultades y retos; que buscó una nueva lectura de los fines del estado, en la mejoría al sistema de seguridad social en salud, le agradezco de la manera más gentil a mí Directora de la tesis, la Dra. Elva Santamaría Sánchez, por su guía, paciencia y comprensión.

Tabla de Contenido

	Pág.
Resumen.....	7
1. Del realismo jurídico escandinavo y norteamericano y el desarrollo de los derechos	10
1.1 La teoría del realismo jurídico (norteamericano y escandinavo):	11
1.1.1 Realismo jurídico norteamericano:.....	14
1.1.2 Realismo jurídico escandinavo:.....	15
1.1.3 Las implicaciones del realismo jurídico en el Estado colombiano.....	17
1.2 Los Derechos Fundamentales y su dinámica constitucional.	20
1.2.1 Características de los derechos fundamentales desde la Corte Constitucional	22
1.2.1.1 La confrontación entre los Derechos Fundamentales:	24
1.2.1.2 La armonización de los Derechos	26
1.2.2 Algunos apuntes de los derechos fundamentales desde la doctrina	32
1.2.2.1 Los derechos sociales.....	36
1.3 Conclusiones parciales	37
2. De la Configuración Jurisprudencial del Derecho al Diagnostico como Derecho Fundamental	
37	
2.1 El Objeto de la Salud en Colombia	39
2.1.1 Del tránsito legislativo en materia de derecho a la salud	40
2.2 El concepto del derecho al diagnóstico:	43
2.3 Cambio normativo Ley 1751 de 2015, derecho fundamental a la salud	52
2.3.1 La fundamentabilidad del derecho a la salud en la ley 1751 de 2015	53

2.4 La sostenibilidad de los derechos fundamentales:	59
2.4.1 De los cotizantes.....	65
2.5. Conclusiones Parciales:.....	70
3. La Seguridad Social y la Sostenibilidad Fiscal: Caso Derecho al Diagnostico.....	71
3.1 De adopción de un concepto de Seguridad Social en el marco del Estado Social de Derecho:	71
3.2 Visibilización del diagnóstico en los países de Argentina, México y Perú:	76
3.2.1. Sistema De Seguridad Social en Salud en Argentina:.....	77
3.2.1.1 Subsistema publico	77
3.2.1.2. Subsistema de obras sociales	78
3.2.1.3. Subsistema privado	78
3.2.1.4 Modelo de atención integral.....	82
3.2.2 Sistema de Salud en México:.....	84
3.2.2.1 De los trabajadores asalariados en general	84
3.2.2.2 De los servidores públicos	85
3.2.2.3 Seguridad social de los servidores públicos civiles de la federación:	85
3.2.2.4 Seguridad social de los servidores públicos militares.....	86
3.2.2.5 De los servidores de las entidades de la federación y municipios	86
3.2.2.5.1 La seguridad social de los trabajadores universitarios.....	87
3.2.2.5.2 La seguridad social de la población no sujeta a una relación de trabajo	87
3.2.2.5.3 La población con capacidad de pago	88
3.2.3 Sistema de Seguridad Social en Perú	91
3.2.3.1 Sector Público	92

3.2.3.2 Sector Privado.....	93
3.2.3.3 Exclusión y barreras para el acceso al sistema de salud	94
3.3 Los costos beneficios del derecho al diagnóstico y la consecución del Sistema de Seguridad Social en Salud.....	96
3.3.1 Los Niveles de Complejidad en Salud como parte del derecho de la salud	97
3.3.1.1 Nivel I: Atención ambulatoria:	97
3.3.1.2 Nivel II: Atención ambulatoria especializada.....	97
3.3.1.3 Nivel III: Laboratorio clínico.....	98
3.3.2 De la financiación del Sistema	99
3.3.2.1 De la administración y financiación de los servicios de salud.....	101
3.3.2.1.1 Cuotas moderadoras.....	101
3.3.2.1.2 Copagos.....	103
3.3.3 De la materialización de la salud en la contratación:	104
3.3.3.1 Respeto de la buena fe:	111
3.4 El costo de los fallos judiciales en la procura de la protección del derecho iusfundamental al diagnóstico.....	113
3.4.1. La acción del Estado en respecto de los derechos fundamentales:.....	115
4. Conclusiones.....	120
Referencias.....	126

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Clases de derechos</i>	35
Tabla 2. <i>Relación histórica del Derecho al diagnóstico</i>	48

Lista de tablas

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Distribución del presupuesto nacional.....	69

Resumen

Los derechos fundamentales de la seguridad social se han venido desarrollando a través de los conceptos de la Corte Constitucional, que para el caso el Derecho al diagnóstico, entra a hacer parte del derecho a la salud, de la dignidad, no como un derecho conexo, sino como una derivación del derecho a la salud, en el marco de la naturaleza jurídica de fundamentabilidad y como presupuesto de la prestación adecuada del servicio público de atención en salud; que al existir una reforma legislativa para el año 2015 con la Ley Estatutaria de Salud, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, cambia el contexto sobre el cual se funda, por cuanto implica una nueva legislativa, con una serie de inclusiones jurisprudenciales para adaptarse a la realidad social, bajo los principios consagrados en el artículo 48 Constitucional política de Colombia y el art. 2 de la Constitucional política de Colombia, como uno de los fines esencial del Estado en la garantía de la efectividad de los derechos estipulados en la carta política.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, derecho al diagnóstico, ley estatutaria de salud.

1. Del realismo jurídico escandinavo y norteamericano y el desarrollo de los derechos

La tradición jurídica que define la actividad del jurista fue limitada por la integración de normas en el ordenamiento y con un opuesto en los precedentes judiciales, con una situación llamada a la exégesis y a la consulta del espíritu de la norma, esto con el fin de la existencia de rigor en la ciencia del derecho.

Mientras tanto, no un objetivo la dedicación a descubrir la necesidad en la creación de las leyes, sino que se revisa la interacción del hombre en la sociedad en el marco de la justicia, llegando a una realidad sociedad, la cual es diferente en cada Estado, conforme se ajusta a su organización, creencias y modos de regulación.

No pueden entenderse a los jueces como un mero sujeto que vale la ley para expresarse porque limita la labor del desarrollo del derecho, que consecuentemente lleva a la incolumidad de la primacía normativa de la Constitución, tarea llevada por la jurisdicción constitucional en aras de salvaguardar la contradicciones, lagunas, ambigüedades y de esta manera se hagan valer los derechos fundamentales que preceden y limitan axiológicamente al poder.

Ahora, una situación de eficiencia de protección de los derechos fundamentales es relativa a los mecanismos de protección de los derechos, esto es, a través de las sentencias judiciales, evidenciado una real consolidación de la jurisdicción constitucional que bajo esa perspectiva ha asumido el rol de tomar decisiones legislativas para la materialización de estos derechos.

Por lo tanto y para el entendimiento de las dinámicas jurisprudenciales a continuación se expondrá en un primer momento la teoría del realismo jurídico y sus escuelas, para luego a partir de ellas encontrar las características de los derechos fundamentales adscritos y su realizabilidad en la dinámica constitucional; entonces:

1.1 La teoría del realismo jurídico (norteamericano y escandinavo):

Esta escuela, tuvo sus orígenes en los movimientos sociológicos del derecho y en la escuela de la jurisprudencia que ha presentado dos tendencias definidas como lo son el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo, buscando en derecho un reconocimiento en el hecho, desde el realismo jurídico en general¹.

Antes, se hace necesario estudiar la escuela clásica que asigna el mote de realistas², esto es, el modelo escandinavo y norteamericano; pues lo que alude el primer modelo es al matiz filosófico

¹ Tampoco puede limitarse el realismo jurídico a los planteamientos de las escuelas norteamericana y escandinava del derecho, como lo que los jueces determinan en sus fallos. Hay reconocidos realistas, como Ross, y con él los juristas escandinavos que participan de esa corriente, que registran especial preocupación por las leyes y reglas propias del ordenamiento. Y, como anota muy bien Rafael Hernández Marín, sostener que lo que identifica el realismo jurídico es su posición según la cual las sentencias de los tribunales son derecho, es tanto como afirmar que todos los autores son realistas.

Lo que verdaderamente identifica a los autores del realismo jurídico, es su tendencia a vincular el derecho a los hechos; esto es, a superar el dualismo característico de las doctrinas iusnaturalistas y positivistas, dualismo determinado por la concurrencia de un derecho sin dimensión fáctica, bien como expresión de la virtud de la justicia, o bien como sistema de normas, con un derecho sin dimensión fáctica sistema de normas, con un derecho relacionado con los hechos. El propio ALF ROSS, profesor en Copenhague y Upsala, en su obra hacia una ciencia realista del derecho, describe con precisión los objetivos y el alcance del realismo jurídico:

“Esta concepción realista esta decididamente en oposición al punto de vista tradicional en el continente, donde desde los días del Derecho natural y la filosofía idealista kantiana, se ha tratado de interpretar el derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios a priori de justicia. Al mismo tiempo, resulto imposible negar la obvia dependencia que el derecho vigente tiene con el mundo de los hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al meta-empírico de las ideas eternas, reino de la validez.

“Esta obra Hacia una ciencia trata de liquidar ese dualismo, que como aquí trato de demostrar, ha invadido la actual teoría del derecho en el tratamiento de sus conceptos y de sus problemas fundamentales”

En términos del jurista norteamericano ROSCOE POUND, esa posición iusfilosofica trata de “estudiar el derecho desde fuera y no simplemente desde dentro”, porque el derecho hace parte de la sociedad y en ella encuentra su sentido. Sin embargo, como más adelante se comenta, la versión norteamericana del realismo jurídico culminó en un extremo contrario al del positivismo analítico, pero igualmente censurable, al tomar partido por los hechos en relación con las normas y reglas de conducta.

Y esa visión del derecho desde fuera, a la luz de los hechos, no es exclusiva de los realistas norteamericanos y escandinavos. El realismo no comprende únicamente a los autores que tradicionalmente se citan en las obras sobre teoría y filosofía del derecho, sino que también es característico de obras como la de Marx, en la cual el vínculo entre lo jurídico y lo factico es fundamental. Para el marxismo, el derecho es un reconocimiento del hecho. Plazas (Páginas 149-151).

² El realismo jurídico: “La tercera de las rebeliones antiformalistas está constituida por el realismo, cuyos planteamientos han sido incluidos en el género del positivismo sociológico con el criterio de que si bien cuestionan el normativismo analítico se resisten a aceptar verdades inmutables y reglas a priori, separadas de la experiencia, como las que prohíja el iusnaturalismo.

Como apunta BOBBIO, quienes registran ese especial interés por la eficacia del derecho, más que por la justicia o validez, a diferencia de los iusnaturalistas, asumen una posición realista. En contraste con el positivismo analítico,

no son formalistas sino contendistas y no aprecian el derecho como debe ser sino como efectivamente es, por medio de los fallos de jueces y tribunales.

El realismo jurídico, sin embargo, no constituye una escuela ni una doctrina de único planteamiento, según se ha advertido, hay diferencias notorias entre los llamados realismo norteamericano y escandinavo y en buena parte las objeciones que suelen hacerse incurren en el equívoco de limitarse a los escritos norteamericanos, de por sí valiosos y de gran interés, y desatender obras tan destacadas como las de HAGESTROM, ROSS U OLIVECRONA. El realismo escandinavo pretende superar el dualismo latente en los realistas norteamericanos, pero no propone una visión tridimensional del derecho como la que se prohija en este libro.

La posición extrema del realismo, de limitar el derecho a su eficacia, le ha merecido la crítica de filósofos y juristas para quienes no resulta claro diferenciar la acción misma de los jueces, de aplicar las normas en función de los hechos, de su labor inmediata como creadores del derecho.

BODENHEIMER poner de manifiesto el peligro que entraña una concepción como la que se comenta, según la cual debe reconocerse el poder creador del derecho que tienen los jueces. Como bien lo observa el iusfilosofo norteamericano, esa conclusión del realismo es similar a la idea austiniiana de un superior soberano que impone reglas y compele a su cumplimiento pero con el grave ingrediente de que ya no se trata de legislador sino del juez: “la teoría realista del derecho a destronado el legislador de Austin para colocar en su lugar al juez norteamericano, como creador soberano del derecho”

Y por lo general, los cuestionamientos al realismo destacan que la definitiva importancia de la función de los jueces en el plano jurídico y social no puede llevar al extremo de identificar el derecho con lo que dispongan los tribunales y rendir exagerado culto a la siguiente frase del jurista HOLMES: “lo que entiendo por derecho son las profecías de lo que van a hacer en realidad los tribunales-y no hay nada más pretencioso que esas profecías-“.

Es claro que los jueces, antes que administradores de justicia, son hombres, con ambiciones y metas, con cualidades y defectos y, en general, con una identidad psicológica que tiende a orientar sus acciones y, por tal motivo, no son simples “oráculos de la jurisprudencia! Ni se limitan a transmitir, como autómatas, lo ordenado por el legislador. Empero, el aspecto fenoménico del derecho no tiene su única expresión en los fallos judiciales. Día a día los hombres, como observa EDGAR BODENHEIMER, protagonizan el derecho en acción de la intimidad de sus familias, en los contratos que celebran en sus relaciones laborales y en sus mas intrascendentes acciones. El derecho, concluye con acierto el iusfilosofo, no necesariamente ha de ser litigioso para que exista. Mas esa crítica debe ser morigerada en dos sentidos: el primero, en el de advertir que varios de los excesos del realismo norteamericano efectivamente han sido superados por el realismo escandinavo; y el segundo, en el de reconocer que el realismo ha sido fundamentalmente en la filosofía del derecho, a tal punto que así como la escuela sociológica-histórica indujo un especial interés por la costumbre como fuente del derecho, el realismo jurídico propicio una general preocupación por esa misma función por parte de la jurisprudencia. Si alguna conclusión cabe extraer de esos comentarios, no puede ser otra que la de llamar la atención de las facultades de derecho para que insistan en la formación contextual de los estudiantes, de manera tal que adquieran conciencia de su futura función como operadores del derecho. El realismo acierta cuando denuncia la excesiva abstracción que implica el estudio del derecho desde la perspectiva inalterable del sistema de normas. El purismo en el derecho se empeña en la interioridad de las normas pero desatiende su expresión externa. He ahí el gran aporte de los realistas norteamericanos y escandinavos; cuestionan, a partir del hombre, los excesos del formalismo jurídico.

Los profesores de derecho procesal deben rendir tributo al legado de JEROME FRANK, uno de los mas destacados exponentes del realismo norteamericano, porque su obra se concentra en la importancia del proceso y de las reglas que orientan la práctica y la valoración de las pruebas, con el propósito de permitir a los jueces una percepción de los hechos que se acerque a la realidad. A la utopía del juez mensajero de la ley, los realistas responden con el juez conocedor de los hechos. La eficacia del derecho, el verdadero alcance de los fallos judiciales y esa visión del derecho desde fuera, si bien admiten objeciones como las que aquí se formulan, son observaciones brillantes del realismo jurídico en las que los cursos de derecho procesal y probatorio pueden encontrar valioso apoyo.

Cátedras como las de filosofía, sociología historia de las ideas políticas, humanidades, economía, hacienda pública y psicología, en las facultades de derecho, tiene claro sentido desde la perspectiva realista que aquí se examina. Salvedad hecha del extremo de investir a los jueces de poder político de creación de derecho, aun a pesar de lo previsto en las normas, en particular en el realismo norteamericano, una concepción más amplia del realismo, extendida en general a quienes advierten en el derecho un reconocimiento de lo factico, exige que el estudio del sistema de normas tenga como sustento su contenido político, económico, sociológico o ético.

Y no es una profesión de fe realista como condición para que puedan defenderse esas cátedras en las facultades de derecho. Se trata de insistir en que el derecho tiene un contenido y los juristas no pueden ignorarlo para

del término real –que remonta sus orígenes a la famosa disputa de los universales-; mientras que los segundos aluden a lo real en su acepción vulgar, esto es, lo que dado por los sentidos y la experiencia. De modo que cabría denominar a aquellas tendencias, más bien, como factualistas. Todo lo contrario, a una posición con la del realismo jurídico clásico que supone un rechazo radical al inmanentismo epistémico u ontológico absoluto. (Rojas, 2012:77-78).

Esta se ha vinculado de forma excesivamente reduccionista a la neo escolástica o al neiusnaturalismo, tendencias que, aunque vinculadas con el realismo jurídico, no agotan el particular objeto de su reflexión. Que no es otro que el de la justicia relacional (pros heterón) en el sentido de to dikaion no de dikaiosyne. (Rojas, 2012).

Es ahora como “la norma de la iustitia commutativa ordena al hombre precisamente a reconocer al otro y darle cabalmente lo que se le debe y no más, aun cuando tampoco menos”. Es decir, esta forma particular de justicia da cuanto de la pros heteron aristotélica y, además, enfatiza que el reconocimiento de un debito con respecto de un derecho no es una dadiva, un favor que se debe a otro y a quien en contrapartida se asegura lealtad. Los derechos no son favores y el cumplimiento de los deberes no exige lealtades. (Rojas, 2012). No deja de ser cierto que la restitutio supone la institutio de lo propio en la medida que exista competencia tal. Es decir, no deja de ser cierto que “el que habla de justicia distributiva no tiene más remedio que hablar también del poder político”; a que se debe al individuo en la situación de iustitia

entregarse al fantástico mundo de las normas. Iufilosofos que no participan del discurso realista, como ARTHUR KAUFFMANN, profesor en Munich, han llamado la atención a los juristas para que abandonen la autosuficiencia y el desprecio por lo factico y tomen conciencia del mundo fenoménico del derecho y de su contexto. Sus palabras son elocuentes: “infortunadamente es asi entre nosotros: alguien que rompe con la unilateralidad de la analítica y la teoría de las normas y desea de nuevo ocuparse con contenidos, a menudo es objetado con polémicas mordaces”.

Sobre esas bases, cabe examinar, en los capítulos siguientes, las anunciadas expresiones del realismo jurídico: el norteamericano y el escandinavo. Una vez analizados, el camino queda abierto para el capítulo sobre la tridimensionalidad del derecho, a manera de síntesis dialéctica sobre el contenido del derecho”. Plazas. M. (Pág. 165-170)

distributiva “no cosa alguna que sea de su exclusiva pertenencia, non id quod est proprium (como puede ocurrir en la justicia commune”. (Rojas 2012:89)

1.1.1 Realismo jurídico norteamericano:

Esta corriente trasciende el mundo puro de las normas y hace especial énfasis en los hechos para la creación dinámica del derecho por los operadores, al concentrar la importancia del proceso y de las reglas que orientan la práctica y la valoración de las pruebas, con el propósito de permitir a los jueces una percepción de los hechos para que se acerquen a la realidad. (Plazas, 2008).

Los autores realistas como Austin, Pound, Holmes y Cardoza, plantean un escepticismo frente a las reglas o normas jurídicas y apreciación de los hechos, lo que por lo tanto los agentes del derecho se encontrarán en zona de penumbra (Plazas, 1997). De este modo en el derecho judicial, como el legal, se dedicarán al análisis del funcionamiento real de los tribunales y de los factores que influyen en sus decisiones, esto es que los jueces deben pronunciarse sobre los hechos que no siempre coinciden con los que anteriormente se definieron por la sentencia y por lo tanto se pueden encuadrar automáticamente y definitivos de futuros fallos, al existir soluciones terminadas para cada caso y no puede ser la sentencia un mero mecanismo deductivo, existiendo una infinidad de posibilidades.

Lo importante es la distinción entre las normas dadas por el legislador y las normas efectivas, esto es, las normas que realmente se aplican, de ambas sólo las segundas constituirían derecho, ya que permitirían predecir científicamente las decisiones de tribunales. De esta manera “no se pretende una negación total de la función de las normas, sino establecer cuál es su función real

en cada caso y cuál la incidencia de otros factores que intervienen sistemáticamente en las decisiones judiciales”. (Hierro, 1996).

1.1.2 Realismo jurídico escandinavo:

Este sistema jurídico en su conjunto más que en la actuación concreta de los tribunales, es entendido como un realismo moderado, donde cuestiona las doctrinas insalvables entre la validez y la realidad, oponiéndose a los dualismos y estudia el principal defecto del positivismo y del iusnaturalismo, viéndose estas como -sólo las versiones formal y material del idealismo jurídico- que es en su concepto de norma jurídica, la derivación de la voluntad.

Su exponente Alf Ross³, agrega la noción de institucionalización y sanción, para el cual “la palabra derecho no es común a una clase de reglas jurídicas sino a una clase de órdenes jurídico

³ Según lo expone ROSS, el punto de mira del realismo escandinavo es cuestionar las doctrinas que prohíjan separaciones insalvables entre la validez y la realidad y proponen dualismos inconcebibles o un monismo irrelevante para el derecho.

En primer lugar, el realismo escandinavo se opone a las escuelas que consideran al derecho como un puro sein (realidad) y llegan al extremo de hacer caso omiso de la normativa, con el triste resultado de no poder diferenciar la conducta social que es derecho, de toda otra conducta social. Tal es el caso del realismo norteamericano, cuyo equivoco radica en haber pretendido superar el dualismo entre validez y realidad desde la perspectiva exclusiva de la realidad y sin considerar el papel definitivo de las normas. El cuestionamiento de Ross al realismo norteamericano no deja dudas:

“el camino entonces no es evadir el dualismo eligiendo uno de sus componentes, sino superar el dualismo al mostrar que, debidamente interpretado, no es expresión de puntos de vista opuestos e irreconciliables sino que simboliza elementos diferentes y reales del fenómeno jurídico”

En segundo lugar, se enfrentan a las escuelas que consideran al derecho como puro sollen (deber ser), en las cuales se prescinde de cualquier ideología y se afirma el mundo de las normas, como ocurre con la escuela de Viena. Su error, a juicio del profesor Ross, radica en que no procuran una síntesis de razón y materia, valor y realidad, a la manera de la metafísica hegeliana.

KELSEN, anota Ross, determina el derecho como pura validez, sollen. Con esto no quiere el decir que el derecho es una validez racional a priori; KELSEN es un positivista definido. Al mismo tiempo, como el derecho es colocado enteramente en la categoría de sollen, este es privado de todo contenido a priori y se transforma meramente en una forma categórica, o modo de pensar completamente vacío en si mismo.

Esos dos cuestionamientos sirven de contexto a la propuesta de Ross, la cual se concreta en una sublimación de los dos extremos. A la manera de la nueva afirmación hegeliana que conserva, superándolas, la inmediatez y la mediación, el realismo escandinavo que aquí se comenta reconoce la importancia definitiva de las normas y de la realidad en una correlación sin la cual no puede concebirse el derecho. Los dos extremos del dualismo, la validez y la realidad, hallan en el realismo de Ross su superación dialéctica en la nueva afirmación monista de la unidad de validez y realidad.

individuales” (1958:30). Que en consecuencia se reconoce la importancia definitiva de la normas, como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones, reconociendo la importancia de la realidad, sin la cual no puede concebirse el derecho.

El realismo en términos generales pretende colocar las decisiones de los Jueces al lado de las normas jurídicas, así como es una alternativa al debate iusnaturalismo-positivismo a partir de la convicción de que el positivismo jurídico desarrollado desde el siglo XIX arrastra la epistemología y el método del iusnaturalismo racionalista por lo que está lejos de constituir una explicación científica del derecho, convirtiéndose el realismo jurídico escandinavo en un eslabón para el entendimiento del pensamiento jurídico occidental durante el siglo XX.

La consideración de las teorías del realismo jurídico implica que la integridad del derecho depende de la coherencia de trato que el sistema jurídico brinda a cada uno de los miembros de la comunidad, de forma que cualquier cambio en su aplicación pueda y deba ser justificado. El derecho como integridad exige de los jueces la capacidad de justificar teóricamente sus decisiones y, a la vez, un comportamiento acorde con los postulados políticos de la misma. (Arango, 1999:108). Esta situación no sólo requiere que los jueces se adecuan al sistema institucional, sino que arriben a conclusiones en los casos difíciles, donde es este el llamado a discutir y a indagar sobre los conceptos que desarrollan los derechos constitucionales.

En esta línea y para que se dé el entendimiento del juez se requieren una serie de reglas que según el profesor Arango, permiten que se cree un juicio para fundamentar racionalmente la decisión judicial en: “(a) tiempo ilimitado, (b) información ilimitada, (c) claridad lingüística y

La adopción entusiasta de la síntesis hegeliana de “sujeto-objeto”, “razón y materia”, es expresa en la obra de Ross: “la referencia a la realidad histórica, por consiguiente, solo adquiere algún significado si presumimos con HEGEL, que es en si misma una síntesis de valor y realidad, razón y materia”.

He ahí la esencia de su pensamiento, a manera de preámbulo para comentar, a continuación, dos de los principales planteamientos de Ross. Plazas. M. (Pág. 207 a 209).

conceptual, (d) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y (e) carencia de perjuicios ilimitada”. (1999:115)

1.1.3 Las implicaciones del realismo jurídico en el Estado colombiano

En el estudio del Derecho se cuenta con una dogmática en donde se pretende dar sentido a este en situaciones que resultan ser de carácter subjetivo u objetivo (Hierro, 2008), es así como el sentido subjetivo refiere a las situaciones en las cuales se legitiman determinado sujetos como titulares para que adopten ciertas decisiones, y el sentido objetivo, evidencia a ese conjunto de conocimientos tomados de decisiones reiteradas por diferentes cuerpos colegiados (2011:27).

El desarrollo del Derecho visto bajo las diferentes complejidades, ha servido como instrumento para ordenar las sociedades, así que su interpretación surgen de los contextos y las teorías se muestran a través de los avances históricos suscitados en la historia, circunstancias están que han llevado a gestación de las teorías jurídicas, que de interés se gesta:

Realismo Jurídico: El derecho es la revisión del grado de aplicación y la satisfacción social de las normas. Sus corrientes son: a) La estadounidense, concede al juez un margen interpretativo, como órgano verdadero de creador de Derecho; b) La escandinava, el Derecho es el instrumento de la justicia y las normas son creación del Estado (López, 2006:31).

Con la exposición de las escuelas en términos generales, permite revisar la pertenencia del Profesor Diego López Medina a la escuela del Realismo Jurídico, evidencia que se encuentra en su libro “El Derecho de los Jueces” del siguiente modo:

El Nacimiento de la “Doctrina Probable” y del sistema libre de jurisprudencia.

La jurisprudencia seguí teniendo un peso fuerte ya que no de otra manera podía entender la posibilidad de una “interpretación errónea”.

(...) Dentro de una interpretación histórica rigurosa, consistía en permitirles a los jueces que usaran la doctrina probable como fuente formal, y no tanto, insisto, en hacer completamente discrecional su utilización (2006: 25).

En otra parte de su texto cuando propone un mecanismo de disciplina jurisprudencial, que significa “en Colombia los jueces tiene una obligación positiva de atender los diversos materiales que constituyen el derecho vigente” (2006: 47-48).

Las anteriores citas demuestra al profesor Diego López Medina, con unas posturas de darle ciertas libertades a los jueces, así mismo entender que la discrecionalidad para fundamentar las decisiones. Pero aún no queda claro su fundamentación en la escuela con la cual se nombró al Profesor Medina, sino hasta el Capítulo VII titulado Tercera técnica (circunstancialmente legítima) del manejo del precedente: El cambio de jurisprudencia, del libro el Derecho de los Jueces.

Se desarrolla la teoría de fuentes en el realismo jurídico, como una forma de auxiliar el entendimiento clásico, diferenciando de acuerdo a su función y aplicación subdividiéndolas en las fuentes legítimas y las ilegítimas, pero la verdadera división se muestra en las fuentes sociológicas y psicológicas de la decisión judicial (P. 310), y por otro lado se encuentra el papel de la intuición en derecho (P. 313). Conforme a ello y suponiendo las necesidades del juez, este es visto como el sujeto pasional en el realismo jurídico y culmina parte de este texto con lo siguiente:

La teoría realista, no se contenta pues, con describir la parcialidad adjudicativa de la decisión judicial, sino que además resalta y recomienda al carácter eminentemente

pasional que tiene la búsqueda por la justicia en el caso concreto. Es más, para Radín, la idea regulativa de imparcialidad es en realidad un mito: Los jueces se parecen mucho a nosotros. Hemos de librarnos de nuestro interés personal en el acto. (P. 315)

Es así como el juez goza de gran discrecionalidad al tratar de adecuar el campo jurídico, social y económico a la sentencia a la que él desea llegar, como lo plantea el profesor Diego López Medina, al fomentar en los jueces la manera de sustentar su decisión, bien sea adquiriendo un ropaje formalista o anti formalista no deben ni pueden cristalizar sus decisiones con base a preferencias políticas, económicas y morales entre otras, viciando de esta manera su actuación.

En conclusión, el realismo jurídico desde las escuelas norteamericana y escandinava, se procura por una liquidación del dualismo, que es inválido, por cuanto el derecho vigente busca el tratamiento de conceptos y problemas fundamentales. A su vez, el realismo norteamericano culmina siendo el extremo contrario del positivismo analítico, pero igualmente censurable, al tomar partido por los hechos en relación con las normas y reglas de conducta; sin embargo, el realismo escandinavo asume e incluye a las normas y los hechos como elementos fundamentales de la decisión judicial, uniendo lo jurídico y lo factico como parte del derecho.

La tarea de la jurisprudencia es la preparación de la legislación, para dar respuesta a los problemas jurídicos, permite la conexión con otras ciencias y ayuda a la formulación de esta, así mismo es señalado como una forma de expresión a las exigencias jurídico políticas de la legislación (Larenz, 2001:229)

Por lo tanto, la definición de características de estas escuelas permitirá reconocer y estudiar a continuación los derechos fundamentales, como herramienta metodológica para la guía y entendimiento de estos derechos, en especial de los derechos fundamentales adscritos.

1.2 Los Derechos Fundamentales y su dinámica constitucional.

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos -directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

Sin entrar en discusiones teóricas sobre el concepto de derecho subjetivo⁴, puede sostenerse que el concepto designa, en lo que interesa para efectos de la presente exposición, la existencia de una potestad del titular del derecho que se dirige contra el sujeto pasivo del mismo. Dicha potestad supone la existencia de un deber jurídico que, en materia de derechos fundamentales, consiste en obligaciones de respetar, proteger y desarrollar.

Los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo

⁴ Sobre el particular, cabe recordar la crítica de Kelsen a las posiciones de Ihering, Windsheid y Jellinek. Vid. Kelsen, Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Editorial Porrúa. 1987. Así mismo, el análisis crítico de las posturas de estos doctrinantes por parte de Robert Alexi. Alexi, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

Los derechos fundamentales se han convertido en la pieza fundamental del ordenamiento jurídico, tanto así que se habla actualmente “del derecho de los derechos” (Bernal, 2005). Los derechos fundamentales representan “derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo” (Alexy, 2003:28). Esta concepción se caracteriza por reunir cuatro elementos esenciales -los cuales se basan en “la posición que ocupan los derechos fundamentales en el sistema jurídico” (Alexy, 2004:159) -, y tres funciones principales. Características y marcos que le son aplicables al principio de progresividad y no regresividad.

Respecto de las características se dice: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo; segundo, con máxima fuerza jurídica; tercero, objetos de la máxima importancia; y cuarto, con máxima indeterminación (Alexy, 2004:159). La característica de máximo rango, está referida al estatus que se otorga a los derechos fundamentales por estar regulados en la Constitución. En consecuencia, toda norma inferior que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia no ha de ser aplicada. Pues, la constitución cuenta con la máxima validez formal (Alexy, 2003). A esta forma de entender el derecho constitucional, debe aduanársele el concepto de bloque de constitucionalidad, mediante el cual regulaciones trasnacionales ostenta una máxima validez.

Máxima fuerza jurídica significa que en conjunción con el máximo rango vinculan directamente al poder legislativo, ejecutivo y al judicial. Luego principios, así sean de carácter trasnacional, cuentan con la potencia para exigir su cumplimiento por parte de las ramas del poder público, luego su desarrollo exige una corresponsabilidad.

La máxima importancia del objeto hace referencia a las materias que son reguladas por la Constitución, los derechos fundamentales son áreas de importancia trascendental para el derecho, la concurrencia necesaria del máximo rango y la máxima fuerza jurídica aplicados a cuestiones específicas. El máximo grado de indeterminación se relaciona con la redacción del postulado, el cual expone rasgos de bastante ambigüedad e indeterminación.

Estas características de los derechos fundamentales conllevan a que éstos, al interior del ordenamiento jurídico, desarrollen tres funciones principales. En primer lugar, constituyen derechos de defensa; en segunda medida, “atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos” (Alexy, 2003), y, por último, “son derechos a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para el disfrute de los derechos fundamentales” (Alexy, 2003).

1.2.1 Características de los derechos fundamentales desde la Corte Constitucional

La concepción de derechos fundamentales se ha desarrollado por la Corte Constitucional ha desarrollado con varios aspectos que se observan a través de su jurisprudencia y la evolución de este concepto:

Es así como en la Sentencia C-475 de 1997, señala algunos elementos de los derechos fundamentales en cuáles indica que no son absolutos:

Considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos

fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos. Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. (Sentencia C-475 de 1997).

Las características de los derechos fundamentales se gestan desde la teoría constitucional relacionada con:

a. Conexión directa con los principios.

Los principios constitucionales tienen una base donde se construye todo el sistema normativo; donde la movilidad de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales, es así como los derechos fundamentales son,

como todas las normas constitucionales, con una emanación de los valores y principios, pero todo es una dirección desde los principios. (Sentencia No. T-406 de 1992).

b. Eficacia directa.

Además del principio directo, debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional, por lo que las normas poseen una "textura abierta", en el cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela, cuya eficacia depende de las decisiones políticas eventuales. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, es así como a partir de una interpretación global, el caso sub judice resulte directamente protegido por la Constitución. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente, sino a partir del carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental. (Sentencia No. T-406 de 1992).

c. El contenido esencial.

El núcleo del derecho fundamental no es susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas, en el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones derivadas del mismo. (Sentencia No. T-406 de 1992).

1.2.1.1 La confrontación entre los Derechos Fundamentales:

La gestación de los elementos sobre los cuáles se evidencia la confrontación de los elementos sobre los cuáles se encuentran en incongruencia las bases de los derechos, valores y reglas:

Los derechos han surgido históricamente como consecuencia de la aparición de valores contrarios, sino porque, incluso, los que responden a sistemas axiológicos “uniformes” pueden verse enfrentados o resultar opuestos a objetivos colectivos de la mayor importancia constitucional. Así, para solo mencionar algunos ejemplos, el derecho a la libertad de expresión (C.P. art. 20) se encuentra limitado por el derecho a la honra (C.P. art. 21), al buen nombre y a la intimidad (C.P. art. 15) y viceversa ; el derecho de asociación sindical no se extiende a los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 39); el derecho de huelga se restringe en nombre de los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales (C.P. art. 56); el derecho de petición está limitado por la reserva de ciertos documentos para proteger intereses constitucionalmente valiosos (C.P. art. 23 y 74) ; el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por “los derechos de los demás y el orden jurídico” (C.P. art. 16), etc. (Sentencia C-475 de 1997).

No obstante, a pesar de los múltiples conflictos que son de común ocurrencia entre los derechos fundamentales o entre éstos e intereses constitucionalmente protegidos, resulta que la Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. (...) Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. Sin embargo, estos son casos excepcionales. En efecto, como quedó visto, la mayoría de los

derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto - restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto. (Sentencia C-475 de 1997).

En efecto los derechos fundamentales no son absolutos y por tanto deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Es así como la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa que condiciona circunstancias específicas.

1.2.1.2 La armonización de los Derechos

Las condiciones para que se puedan fundar las condiciones para la armonización de los distintos derechos sobre los cuales no resulta posible la procedencia de un derecho u otro.

En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. (...) En síntesis, como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y

conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la *mayor medida posible*, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica. (Sentencia C-475 de 1997).

En sentencia T – 403 de 1992, existe una confrontación de Derechos Fundamentales entra en la confrontación entre derechos fundamentales de igual jerarquía constitucional el juzgador debe proceder a sopesar su valor relativo, según las circunstancias del caso y los efectos concretos que la restricción de los derechos podría tener respecto de las personas involucradas en la situación concreta. Un criterio cualitativo que estime en su dimensión existencial la importancia del ejercicio de un derecho o libertad y las consecuencias prácticas de su restricción, debe imponerse sobre un criterio cuantitativo basado en el número de personas posiblemente afectadas por la limitación.

Es cuando a partir de Sentencia C – 648 de 2001 se visibiliza los conflictos de Derechos Fundamentales, y la jurisprudencia ha detectado cómo en múltiples ocasiones los distintos *derechos constitucionales pueden verse contrapuestos entre sí*. Así, para citar ejemplos, ha dicho:

“...el sistema constitucional se compone de una serie de derechos fundamentales que se confrontan entre sí. Ello, no sólo porque se trata de derechos que han surgido históricamente como consecuencia de la aparición de valores contrarios, sino porque, incluso, los que responden a sistemas axiológicos “uniformes” pueden verse enfrentados o resultar opuestos a objetivos colectivos de la mayor importancia constitucional. Así, para solo mencionar algunos ejemplos, el derecho a la libertad de expresión (C.P. art. 20) se encuentra limitado por el derecho a la honra (C.P. art. 21), al buen nombre y a la intimidad (C.P. art. 15) y viceversa ; el derecho de asociación sindical no se extiende a

los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 39); el derecho de huelga se restringe en nombre de los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales (C.P. art. 56); el derecho de petición esta limitado por la reserva de ciertos documentos para proteger intereses constitucionalmente valiosos (C.P. art. 23 y 74) ; el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por “los derechos de los demás y el orden jurídico” (C.P. art. 16), etc.”

Ahora bien, en sentencia C – 578 de 1998, se resolvió esta situación en la que:

“Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”.

Para lo cual y conforme a la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales, consagrado en el artículo 85 de la Constitución, conforme a que "son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40", los derechos fundamentales deben ser aplicados y protegidos por las autoridades competentes, en todo momento y lugar, sin necesidad de ley que así lo disponga ni del ejercicio por parte del peticionario de acto distinto al de su invocación, pues su eficacia se deriva de la misma Constitución.

El legislador tiene la facultad para restringir los Derechos pero no es ilimitada: Donde se ha afirmado que "la vigencia de un orden jurídico justo mediante la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución impone a las autoridades el deber de respetar el mínimo de justicia material necesario para que los preceptos constitucionales no

sean letra muerta. En este caso, el mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental."

La naturaleza jurídica en cada derecho, versa en un núcleo esencial con un desarrollo, como se sostiene en Sentencia C - 179 de 1994 cuando:

"Una primera acepción del núcleo esencial equivale a la 'naturaleza jurídica de cada derecho', esto es, el modo de concebirlo o configurarlo. en ocasiones, el 'nomen' y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho persiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una 'recognoscibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta'. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría".

"... La segunda acepción corresponde a 'los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho'. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el 'contenido esencial' cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". (Sentencia C - 179 de 1994).

Dentro de la dinámica de los Derechos Fundamentales ha existido una restricción siendo diferente a la suspensión de los mismos, situación prohibida por el constituyente, aún en períodos de excepción (art. 214-2 C.P.), es así como en Sentencia C - 033 de 1993:

"Las normas de la Carta que fijan un límite a la limitación de los derechos fundamentales bajo el régimen de excepción señalan: que, ni siquiera en aquéllos cuya restricción está permitida, se vulnere su núcleo esencial. Porque aún en situaciones de emergencia, el Estado de derecho tiene que dejarse discernir del Estado autoritario y tiene que orientar su acción política hacia la consecución de los fines que lo signan y de los que no puede abdicar bajo ninguna circunstancia, so pena de desnaturalizarse.

"Si bien es cierto que durante los estados de excepción, el legislador extraordinario está facultado para restringir o limitar determinados derechos o libertades fundamentales, no lo es menos que el constituyente le ha negado, en todo caso, la posibilidad de suspenderlos; pues las garantías constitucionales en los periodos excepcionales no se extinguen, a pesar de que algunas de ellas sean objeto de restricciones o limitaciones(..)"

"Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse que se está violando de plano tal derecho.

"En este orden de ideas, la Constitución es clara en afirmar que los derechos humanos durante los estados de excepción constitucional -como es el caso de la Conmoción Interior que nos ocupa-, no podrán suspenderse, pero no dice que no podrán restringirse. De hecho la no suspensión es una advertencia del constituyente para salvaguardar el núcleo esencial de los derechos, pero tácitamente se está reconociendo que justamente la crisis institucional implicará ciertamente un menor goce de los derechos."

En la sentencia C-045 de 1996, esta corporación explicó la diferencia entre limitar un derecho y suspenderlo, afirmando que lo primero es legítimo y permitido por la Constitución, mientras que lo segundo está proscrito en la Constitución:

"Limitar" no es sinónimo de la acción de "suspender", pues los verbos rectores implican diversos movimientos. En efecto, mientras limitar supone el acto de definir el campo de acción de una realidad vigente, suspender, en cambio, denota el cese de acción, es decir, se enerva temporalmente su vigencia. Como los derechos fundamentales son inherentes a la personas, en razón de su dignidad ontológica, no pueden suspenderse, pero sí limitarse, pues de no ser así, no podrían ni siquiera conceptualizarse, ya que todo concepto es definido, es decir, tiene que ser finito, y por ende tener límites."

Se desarrolló un concepto al mismo tiempo como Derechos Fundamentales no son absolutos en sentencia T - 512 de 1992:

1. Los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren su núcleo esencial.
2. El legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad, pero esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho.
3. Los derechos fundamentales necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.
4. Las pretensiones respecto de un determinado derecho no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás.

Todo lo anterior lleva a mostrar que son los derechos fundamentales conforme a su ubicación y denominación en los Artículos 1 al 41 de la Constitución. En sentencia T-002/92, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional se señaló que es un criterio auxiliar para determinar el significado de la norma es por su ubicación (sede materiae) y/o por su título (a rúbrica). Y que dentro de las características o los bienes jurídicos protegidos, deben ser armonizados en aras de la protección de los derechos y las derivaciones de ellos.

1.2.2 Algunos apuntes de los derechos fundamentales desde la doctrina

El concepto de derechos fundamentales se ha venido centrando desde el momento que los estados se volvieron democráticos y al mismo tiempo le dieron un papel fundamental a la Constitución, o sea una Supremacía como forma de garantía de los derechos y libertades como fundamental para la realización de los valores⁵ constitucionales.

En la caída de los regímenes totalitarios y la finalización de la segunda guerra mundial parece suficiente una afirmación solemne, protegida por la constitución, de los derechos y libertades frente a las posibles violaciones de los poderes públicos. Parece necesario concebir la constitución misma, y al mismo tiempo, no solo como una norma fundamental de garantías sino también como *norma directiva fundamental*, a la que deben conformarse en sus acciones, en

⁵ “Los valores constitucionales son conceptos axiológicos; responden al criterio de lo que puede ser calificado como bueno, como lo mejor”. (Vila, 2009, P. 226-227)

“Los valores constitucionales representan el catalogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Expresan las preferencias acogidas por el poder constituyente como fundamentadoras de la convivencia colectiva”. (Vila, 2009, P. 226-227)

- “Sirven de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto;

- Orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional, y

- Ejercen una función crítica en cuanto sirven de criterio o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas”. (Vila, 2009, P. 226-227).

nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados. (Fiovaranti, 2009).

El desarrollo de la Nueva Realidad Constitucional, donde en el estatalismo liberal, renace la validez de las normas del Estado, donde la Constitución es la norma fundamental, siendo esta la que procede de esta autoridad; y la frente a la impronta contractualista, requiere de las fuerzas organizadas como los partidos políticos, porque este es el encuentro de voluntades como consecuencia de los poderes público. (Fiovaranti 2009).

Estos estados constituciones son base para corregir algunos elementos originarios y de esta forma elaborar la norma directiva fundamental que se transmitiría a los diferentes poderes públicos, por ello:

(...) la rigidez de la constitución ataca de manera decisiva la convicción revolucionaria de la infalibilidad del legislador que encarna la voluntad general; o aquella, conexas de la posibilidad de modificar ilimitadamente la constitución misma por parte del pueblo soberano. Pero, al mismo tiempo la presencia de la constitución como norma directiva fundamental hace necesaria la definición de los deberes sustanciales de los poderes públicos que trascienden la mera defensa y garantía de los derechos y libertades. La doctrina del constitucionalismo ya no puede ser solo la doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno, como es el caso –ya recordado- de los derechos sociales en relación al valor constitucional de igualdad a promover y realizar. (Fiovaranti, 2009:132)

Sólo entendiendo el surgimiento de la directiva fundamental o la norma fundamental, normas, así mismo permite ver que es un concepto desarrollado por varios autores que nos permite tener

en cuenta varios elementos, así como varios autores para entender la fundamentabilidad de un derecho. Para el Profesor Luigi Ferrogoli los entiende como:

Aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar. Los rasgos estructurales que, con base a esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independientes del contenido de las expectativas que tutelan: a) la forma universal de su imputación, entendiendo <universal> en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean titulares; b) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado <normas téticas>, en oposición a las <normas hipotéticas> que, en cambio, predisponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociables, por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos los titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás.

(2004, 293)

Ahora bien en este sentido muestra que dependiendo de los titulares de los derechos se muestra el status dividiéndolos en 4 clases

1. los humanos, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar;
2. los derecho civiles, que pertenecen a las personas en cuanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía;

3. los derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar;
4. los derechos políticos, que corresponden solo a las personas que sean un tanto ciudadanos como capaces de obrar. (Ferragoli, 294)

Estas clases de derechos son entendidos así:

Tabla 1. *Clases de derechos*

D. Fundamentales	D. de la persona	D. del ciudadano
D. Primarios	D. Humanos	D. Públicos
D. Secundarios	D. Civiles	D. Políticos

Tomado del Libro La exigencia de los derechos fundamentales de Luigi Ferragoli⁶

La configuración de los derechos fundamentales es dada, de acuerdo a los titulares, a los instrumentos internacionales de protección y a la Constitución del Estado, situación esta que al tiempo los poderes públicos protegen crean garantías desde su función para realizabilidad de dichos derecho, como ocurre con la Salud, dejando de ser un derecho de carácter económico y social, para convertirse en fundamental, llevando al tiempo que otros derecho se vean ligados en el ejercicio de este, pero la discusión no está centrada en los derechos que en su denominación y

⁶ De nuestras dos distinciones –entre derechos de la persona y del ciudadano, entre derechos primarios y secundarios- la segunda es, sin duda, la más importante para el análisis de la fenomenología del poder en el estado de derecho y de la teoría de la democracia. Efectivamente, al basarse en la posesión o no de la capacidad jurídica de obrar de sus titulares, o sea del poder de realizar actos jurídicos perceptivos, nos conduce a la segunda de nuestras 2 tipologías: la objetiva, referida a los tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. Distinguiré precisamente a partir de su naturaleza de expectativas negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación), los derechos primarios, pertenecientes a todos con independencia de la capacidad de obrar, en derechos de libertad y derechos sociales. Los primeros consistirán en derechos negativos o de inmunidad es decir, en la expectativa de omisión de interferencia de los demás, distinguible a su vez en simples libertades de, como el derecho a la vida y la libertad personal, y libertades para (además de libertades de) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión. Los segundos, en cambio, consistirán en derechos positivos, esto es, en expectativas de prestaciones por parte de otros, como es el caso del derecho a la salud, educación, seguridad social y similar. En función del tipo de poderes en que consiste, identificare, en cambio, los derechos de autonomía con los derechos secundarios, pertenecientes a todos en tanto capaces de obrar y divisibles, a su vez, en derechos civiles y de derechos políticos. Los primeros consistirán en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociales de disposición sobre los derechos patrimoniales. Los otros consistirán en derechos de autonomía política, ejercitados a través de actos públicos, de los que el voto es el más característico.

nombre se encuentra en la primera parte de la carta, sino que esta caracterización se surte en los derechos sociales, que resultan ser fundamentales como la consecución de los fines del Estado, así como la calidad de vida de los ciudadanos.

*1.2.2.1 Los derechos sociales*⁷

Las disposiciones de derechos sociales solo pueden realizarse con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento. A su vez, estas leyes deben ser ejecutadas por la administración. El problema que da lugar a las diferentes concepciones sobre los derechos sociales consiste en establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales puede derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el legislador y la administración. En un intento de síntesis, agruparemos las concepciones más significativas en aquellas que consideran las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas 1, las que conciben estas disposiciones como una fuente de normas de fines del estado 2, las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos 3, y las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos 4, y derechos prima facie 5. (Bernal, 2005, 303).

⁷ Esta diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha dado lugar a diversas concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Estas concepciones se mueven en un amplio espectro, desde aquellas que, como la de ATRIA, pregonan la imposibilidad de entender estos derechos en un sentido jurídico y proponen un entendimiento solo político de ellos, hasta aquellas que intentan hacer viable una concepción como derechos subjetivos y una aplicación jurídica de los derechos sociales

1.3 Conclusiones parciales

En conclusión, el ligar los derechos sociales pasa por algo que ellos están integrados en un sistema constitucional, en donde lo mínimo, lo máximo, lo que es un exabrupto y lo que no lo es, se define por la relación de los derechos fundamentales con otros derechos o bienes del sistema, y no mediante la observación aislada de cada derecho, donde no puede considerarse como una desatención grosera si está justificada por la necesidad de proteger otro bien; y, en sentido contrario, que, por considerables que sean las medidas legislativas dirigidas hacia la realización de un derecho social, si estas medidas no han obtenido el fin previsto en un 100% no puede considerarse que sean suficientes, a menos que exista una razón que se derive de otro derecho o bien constitucional, o simplemente de la necesidad de garantizar al legislador un margen de acción, que haga necesario que la satisfacción del derecho social respectivo no pueda llevarse hasta el punto máximo y sus características están para los derechos fundamentales adscritos se hayan: La Universalidad, la exigibilidad, la indisponibilidad, la interdependencia y la irreversibilidad. Y en este mismo sentido se puede encontrar la dependencia en la conexión directa con los principios, la eficacia directa por la textura del derecho y la revisión del contenido esencial por su delimitación conceptual, que para el efecto aplica al derecho al diagnóstico.

2. De la Configuración Jurisprudencial del Derecho al Diagnostico como Derecho Fundamental

Para iniciar este capítulo es necesario retomar los conceptos iniciales sobre derecho fundamentales, planteados como aquellos que se encuentran reconocidos -directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En

otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

Bajo esta línea de fundamentabilidad, se amplía a la gama con los derechos sociales⁸, los cuáles sólo pueden realizarse con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento. A su vez, estas leyes deben ser ejecutadas por la administración. El problema que da lugar a las diferentes concepciones sobre los derechos sociales consiste en establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales puede derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el legislador y la administración. En un intento de síntesis, agruparemos las concepciones más significativas en aquellas que consideran las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas 1, las que conciben estas disposiciones como una fuente de normas de fines del estado 2, las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos 3, y las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos 4, y derechos prima facie 5. (Bernal, 2005, 303).

⁸ Esta diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha dado lugar a diversas concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Estas concepciones se mueven en un amplio espectro, desde aquellas que, como la de ATRIA, pregonan la imposibilidad de entender estos derechos en un sentido jurídico y proponen un entendimiento solo político de ellos, hasta aquellas que intentan hacer viable una concepción como derechos subjetivos y una aplicación jurídica de los derechos sociales

2.1 El Objeto de la Salud en Colombia

Con la creación de la Ley 100 de 1993, se busca regular el servicio a la salud de carácter público y permitirle a toda la población el acceso a este, en todos los niveles de atención y bajo los principios rectores de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones y calidad en el servicio, entre otros el sistema será manejado y regulado por el Estado tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de que este ejerza control del cumplimiento de las disposiciones que consagra esta ley.

De acuerdo con lo anterior, y conforme al objeto de la ley, toda la población deberá estar afiliada al sistema de seguridad social sea de forma individual o colectiva, dentro del régimen subsidiado, creado para asegurarles a las personas de bajos recursos o a las de particular importancia por ley, el acceso al servicio por medio de aportes de la Nación, o dentro del régimen contributivo, en el cual el sujeto debe aportar por medio de contribuciones al sistema, para recibir posteriormente el servicio de salud, del cual podrá su núcleo familiar entre otros establecidos por la ley ser beneficiarios, los afiliados a este régimen, estarán vinculados por un contrato laboral, por ser servidores públicos, ser pensionados o los trabajadores independientes con capacidad de pago. Y será responsabilidad tanto del particular como del empleador o del afiliado cumplir con un número de obligaciones que permitan el buen funcionamiento del sistema y la eficaz prestación del servicio.

Cabe resaltar que dentro de este enorme complejo sistemático, existen entidades encargadas de afiliar a los usuarios, administrar la prestación de las instituciones prestadoras y garantizarle a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud (POS) el cual es definido por Consejo nacional de seguridad social en salud, las cuales se conocen con el nombre de Entidades Promotoras de Salud

(EPS). De acuerdo con el artículo 181, podrán ser reconocidas como EPS, el instituto de Seguros Sociales, las cajas, fondos o empresas de previsión y seguridad social, entidades de medicina prepagada, entre otras. De las cuales se derivan, las IPS, instituciones con autonomía técnica, administrativa y financiera, encargadas de la parte operativa, prestando el servicio de salud, adscritas a una EPS o fuera de ellas. Por medio de esta Ley se crea el Consejo nacional de seguridad social en salud, ya mencionado anteriormente, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud que tendrá las funciones establecidas en el artículo 172 de la presente ley, entidad que posteriormente será modificada por la Ley 1122 de 2007, la cual crea el CRES. Conforme lo expuesto, ambas, es decir, las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud podrán en virtud de su autonomía, establecer modalidades de contratación por capitación con grupos o individuos profesionales con el propósito de responder efectivamente a las exigencias del principio de obligatoriedad para toda la población, por medio de un servicio de alta calidad.

Otra de las entidades públicas descentralizadas, son las Empresas Sociales del Estado, que se encargan de prestar el servicio de salud a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social, estas empresas tendrán carácter nacional o territorial y las personas que se encuentren vinculadas a estas son trabajadores oficiales y empleados públicos.

2.1.1 Del tránsito legislativo en materia de derecho a la salud

Desde el año de 1993 se ha gestado la reforma más radical que se ha implementado en los sistemas de salud y sus objetivos primordiales fueron la universalización del aseguramiento social, la protección financiera de las familias frente al gasto catastrófico derivado de la salud y el acceso a los servicios de salud. (Ministerio de Salud. 2017).

Como consecuencia del detrimento a la salud, se generaron tres situaciones problemas bajo: *primero*, un esquema de prestación de servicios de solucionar problema de alta complejidad con baja capacidad de ejecución; *segundo*, un aseguramiento que se centró en el manejo financiero por encima del objetivo misional de gestión de los riesgos en salud; y *tercero*, la limitada resolutiveidad de aquellos procedimientos que involucran el acceso a tecnología en el entorno de los servicios de alta complejidad. (Ministerio de Salud. 2017).

La crisis sistémica donde los diferentes intentos de resolución han encontrado que la capacidad de agenciamiento de intereses en las diferentes normatividades propuestas en el sobrepuesto a la capacidad regulatoria del Ministerio de Salud y Protección Social⁹. Los esfuerzos legislativos¹⁰ a través de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 han ofrecido

⁹ Decreto 539 de 2014, por el cual se expone el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir importadores y exportadores de alimentos y otros-

Decreto 618 de 2014, por el cual se crea la comisión intersectorial para la operación del sistema de registro único de afiliados al sistema de seguridad social integral y de proyección social

Decreto 674 de 2014, por el cual se modifica los plazos en el proceso de compensación y funcionamiento de la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo de salud del fondo de solidaridad y garantía Fosiga.

Decreto 859 de 2014, por el cual se desarrolla la comisión intersectorial de salud pública.

Decreto 903 de 2014, por el cual se dictan disposiciones en relación con el sistema único de acreditación en salud.

Decreto 1033 de 2014, por el cual se fortalecen las medidas de protección para las víctimas de atentados con ácido.

Decreto 1047 de 2014, por el cual se establecen normas para la afiliación a sistema integral de seguridad social de los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajes en vehículos tipo taxi

Decreto 1164 de 2014, en materia de acreditación de condiciones de la calidad de beneficiario de régimen contributivo para la persona mayor de 18 años y menor de 25, en el marco de la cobertura familiar.

Decreto 1437 de 2014 por el cual se reglamenta el fondo de investigación en salud,

Decreto 1782 de 2014, por el cual se establecen los requisitos y el procedimiento para las evaluaciones farmacológicas y farmacéuticas de medicamentos biológicos en el trámite del registro sanitario

Decreto 2273 de 2014, por el cual se establecen disposiciones para garantizar la prestación de servicios de salud.

Decreto 2478 de 2014, por el cual se garantiza la continuidad en el sistema general de seguridad social en salud de las personas de que trata el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011.

Decreto 2562 de 2014, por el cual se dictan normas sobre el uso de recursos para la vigencia de 2012 aportados por las cajas de compensación familiar para extensión de cobertura o atención primaria en salud.

Decreto 2651 de 2014, por el cual se reglamenta el fondo de salvamento y garantías para el sector salud.

Decreto 2702 de 2014, por el cual se actualizan y unifican las condiciones financieras y de solvencia de las entidades autorizadas para operar el aseguramiento de salud, de alto impacto en el desarrollo futuro del sistema

Decreto 55 de 2015, por el cual se establecen las reglas para el funcionamiento de la subcuenta del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito ECAT y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios.

Decreto 78 de 2015, por el cual se establecen disposiciones en cuanto al procedimiento para el pago de deudas del régimen subsidiado de salud.

¹⁰ Ley 1122 de 2007 por la cual se informa el sistema de seguridad social en salud en Colombia.

Ley 1164 de 2007, por la cual se dictan normas en materia de talento humano en salud.

Ley 1233 de 2008m sobre cooperativas de trabajo asociado.

soluciones parciales que no han resuelto de manera estructural el problema de fragmentación dejando al propio Ministerio de Salud y Protección Social con muy limitada capacidad de rectoría y débiles mecanismos regulatorios para efectuar una ordenación del sistema. (Ministerio de Salud. 2017).

La ley establece una diferencia entre aquellos individuos que de forma directa en su ámbito individual o familiar a través de un aporte económico previamente pago ingresan al sistema de salud y aquellos individuos que por su condición económica ingresos, nivel educativo, tamaño de familia, situación sanitaria y geográfica de la vivienda tienen una vinculación subsidiada con el sistema a través de recursos fiscales o solidarios, los primeros hacen parte del régimen contributivo y los segundos pobres vulnerables que no pueden cotizar hacen parte del régimen subsidiado que establece la ley, y siendo estos últimos vigilados por la CNSSS.

En materia de vigilancia, se propone para el control y la evaluación del servicio una facultad del Gobierno Nacional para expedir las normas relativas a la organización del sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud, allí es su deber incluir la auditoría médica, de

Ley 1257 de 2008, en materia de prevención y sanción a la violencia y discriminación contra las mujeres.

Ley 275 de 2009, en materia de enanismo

Ley 1276 de 2009, sobre atención integral al adulto mayor en los centros vida

Ley 1295 de 2009, en cuanto la atención integral a niños clasificados en niveles I, II y III del Sisbén.

Ley 1306 de 2009, sobre protección de personas con discapacidad mental.

Ley 1335 de 2009, en materia de regulación sobre tabaco.

Ley 1364 de 2009, que regula la póliza de seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT.

Decreto 4975 de 2009, por el cual se declara la emergencia económica social en el sector salud.

Ley 1373 de 2010, que regula la vacunación gratuita y obligatoria.

Ley 1374 de 2010, sobre el Consejo Nacional de bioética

Ley 1378 de 2010, en materia de cesión del IVA de licores en lo correspondiente al descuento del impuesto para productores oficiales.

Ley 1384 de 2010, para la atención integral del cáncer en Colombia

Ley 1385 de 2010, sobre prevención del síndrome de alcoholismo fetal.

Ley 1388 de 2010, sobre el derecho a la vida de los niños con cáncer

Ley 1392 de 2010, frente al reconocimiento de las enfermedades huerfanas.

Ley 1393 de 2010, en materia de rentas con destinación específica para salud.

Ley 1412 de 2010, sobre procedimientos gratuitos de anticoncepción.

Ley 1414 de 2010, en cuanto a la proyección por epilepsia

Ley 1419 de 2010, en materia de tele salud en Colombia

Ley 1438 de 2011, por la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud en Colombia.

obligatorio desarrollo en las Entidades Promotoras de Salud, buscando la mejor calidad en la prestación de los servicios. En cuanto al régimen sancionatorio consagra como autoridad a la Superintendencia nacional de salud, quienes podrán suspender o revocar el certificado de autorización que se le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud en caso de que haya una petición de la Entidad Promotora de Salud, o cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización, también en el momento que la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización y lo más importante: cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa o se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio.

2.2 El concepto del derecho al diagnóstico:

En los siguientes apartes se dispondrá la perspectiva otorgada por la Corte Constitucional frente al Derecho al Diagnóstico. Manifiesta la alta corporación que en diversos pronunciamientos ha expresado que el derecho a la salud no sólo incluye la potestad de solicitar atención médica, es decir, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o terapéuticos, medicamentos o implementos correspondientes al cuadro clínico, sino, también el derecho a un diagnóstico efectivo. La Corte ha determinado que el derecho al diagnóstico está compuesto por tres preceptos: (i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o

implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles .

No obstante el Derecho al Diagnóstico, ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como:

“la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”. Yuxtapuesto, esta Corporación ha expresado que el derecho al diagnóstico “confiere al paciente la prerrogativa de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado” (T-630, 2011)

La Corporación Constitucional a predispuerto tres componentes que caracterizan el Derecho al Diagnóstico en tres preceptos: (i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones

biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles. (Sentencia T – 025 de 2013).

Debe tenerse en cuenta que en este sentido la Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, y garantizándolo bajo condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad. Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales. (Sentencia T – 020 de 2013).

Con lo anterior en claro es necesario mencionar que la Corporación Constitucional establece que el médico debe determinar si es o no necesario realizar exámenes para conocer el estado de salud de las personas, así como el posible tratamiento a seguir.

La Corte Constitucional ha indicado que cuando una entidad encargada de la prestación de servicios médicos priva a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento, cuando por acción u omisión deja de practicar o realiza de forma negligente un examen, o por el contrario niega la realización de una actividad que conduzca a determinar en forma veraz dicho diagnóstico, implica una manifiesta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional al paciente. Así mismo, ha sido la Corte enfática en señalar que es al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las

circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud de las personas así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien la mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan vivir en condiciones dignas, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el derecho al diagnóstico es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad, al ser un aspecto integrante del derecho a la salud. Por lo anterior, constituye el primer paso para garantizar la asistencia sanitaria y la ausencia del mismo impide la realización de un tratamiento. Ahora bien, la vulneración de los derechos constitucionales por la negación del derecho al diagnóstico no sólo ocurre cuando este se niega, sino cuando no se práctica a tiempo o se realiza de forma negligente, complicando en algunos casos el estado de salud del paciente hasta el punto de llegar a ser irreversible su cura. En todo caso puede llegar a afectar gravemente la salud y la dignidad humana del paciente al someterlo de manera interminable a las afecciones propias de su mal estado de salud. (Sentencia T – 737 de 2013).

El artículo 4° del Decreto 1938 de 1994 en su literal 10, define el derecho al diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. (Decreto 1988, 1994). En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo que respecta al derecho al diagnóstico ha reiterado que éste forma parte integral del derecho fundamental a la salud.

La Corte Constitucional ha indicado que cuando una entidad encargada de la prestación de servicios médicos priva a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué

consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento, cuando por acción u omisión deja de practicar o realiza de forma negligente un examen, o por el contrario niega la realización de una actividad que conduzca a determinar en forma veraz dicho diagnóstico, implica una manifiesta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional al paciente. Ahora bien, debe entenderse que la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales por la negación del derecho al diagnóstico no ocurre sólo “cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando (...) se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud. (T-398, 2008)”

Así mismo, ha sido la Corte enfática en señalar que es al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud de las personas así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien la mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan vivir en condiciones dignas, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional, pues esto prorroga caprichosamente la definición del tipo de padecimiento, así como la posibilidad de iniciar un tratamiento médico que permita el restablecimiento del estado de salud del paciente.

En cuanto al diagnóstico como parte esencial del derecho a la salud en la sentencia T-1080 de 2007, la Corte matizó el diagnóstico como una faceta de la prestación adecuada de los servicios de salud:

“Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al

sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.” (T-1038, 2007).

Ahora bien, resulta apropiado enunciar que la materialización efectiva de los derechos antes mencionados se realizan por los diéntenles entes autorizados por el Estado para ejercer ciertas funciones, dentro de la materia de investigación cabe mencionar las E.P.S (entidades prestadoras de salud) pues son estas las encargadas de la realización del derecho a salud dentro de nuestro estado mediante las denominadas I.P.S (instituciones prestadoras de salud) que dentro de sus labores se puede mencionar tal vez, una de las más importantes que es la atención al paciente el cual y como ya se había mencionado anteriormente tiene el derecho a ser diagnosticado de manera eficiente, veraz y pronta.

A continuación se encontrará una Tabla en donde se indica el desarrollo conceptual del derecho al diagnóstico, con las sentencias más relevantes desde los años de 2002 a 2013 tal y como se ha señalado en el desarrollo metodológico:

Tabla 2. *Relación histórica del Derecho al diagnóstico*

No.	Concepto de Diagnóstico ¹¹	Relación con otros
-----	---------------------------------------	--------------------

¹¹ Los anexos de la presente tesis de investigación con tiene el barrido jurisprudencial de los sentencias de los años 1999 a 2016 con desarrollo del derecho al diagnóstico.

Sentencia		Derecho
T-775 de 2002	Derecho a la Salud, incorpora el derecho al diagnóstico. La Corte Constitucional considera que el derecho a la seguridad social no se limita a prestar la atención médica quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que también incluye el derecho al diagnóstico, el cual puede entenderse como “, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.” Esta Corporación ha manifestado en reiteradas ocasiones, que al no realizarse el examen de diagnóstico requerido para ayudar a detectar la enfermedad y así determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida.	Servicio Público de Salud-Cumplimiento Estatal

Tabla 2. (Continuación)

T – 137 de 2003	También ha precisado, que esta garantía no solamente incluye el derecho a reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, la terapéutica indicada y controlar oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, se ordenen y practiquen de manera oportuna y completa los exámenes y pruebas que los médicos prescriban.	Derecho a la salud del menor
T – 036 de 2004	Siendo las pruebas diagnósticas determinantes para la salud y vida del afectado, la entidad no puede desestimarlas, anteponiendo razones de índole administrativa, toda vez que la confirmación que se haga a tiempo, de cualquier patología puede constituir la mejoría total de los problemas que se padecen.	VIH/SIDA
T – 084 de 2005	El derecho al diagnóstico, entendido como la prerrogativa a favor del paciente destinada a que las entidades prestadoras realicen los procedimientos que sean útiles para determinar la naturaleza de su dolencia y de ese modo se suministre al médico tratante elementos de juicio suficientes para que realice las prescripciones más adecuadas, a fin de lograr la recuperación o al menos, la estabilidad del estado de salud del afectado y, por ende, el mejoramiento de su calidad de vida.	Derecho a la Vida. Plan Obligatorio de Salud
T-652 de 2006	Si el derecho al diagnóstico reviste de manera general gran importancia, ésta es aún mayor frente a tratamientos de cáncer, donde las autoridades y los médicos deben realizar todo lo posible para mitigar los efectos del dolor, aumentar las probabilidades de vida y brindar un trato digno al paciente, lo cual no es posible si se desconoce su situación real, la cual podrá determinarse tan solo si se practican todos los exámenes pertinentes, con los cuales podrá decidirse qué tratamiento será efectivo para tratar el padecimiento. Por lo anterior, la falta de práctica de exámenes requeridos	Derecho a la salud, paciente con cáncer. La tutela no ordena desembolsos de dinero

	por un paciente de cáncer desconoce el derecho al diagnóstico de manera grave por cuanto afecta una población en situación de inferioridad fáctica que exige un trato garantista por parte del Estado.	
T-609 de 2007	La Corte ordenará a la entidad accionada que autorice la remisión del menor a fin de que sea debidamente valorado por un neuropediatra infantil adscrito a esa entidad para que establezca qué patología padece el menor e indique los procedimientos médicos a seguir. En estos términos, teniendo en consideración que no se cumplen en este caso los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas legales o reglamentarias que regulan las exclusiones del POS, específicamente aquel, según el cual, el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por un profesional vinculado a la entidad de salud en la que está afiliado el paciente, habrá de reiterarse la jurisprudencia proferida por la Corte al respecto. A pesar de ello, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo de instancia se revocará parcialmente con el fin de tutelar el derecho al diagnóstico como presupuesto fundamental para la adecuada prestación del servicio público de salud al menor.	Derecho a la salud del menor
T 684 de 2008	Vulneración de derechos fundamentales cuando se niega el diagnóstico para detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión y así determinar el tratamiento necesario.	Entidad promotora de salud. Derecho a salud y la vida

Tabla 2. (Continuación)

T 646 de 2009	Protección del derecho a la salud de los niños y niñas. Derecho al diagnóstico, remisión al especialista de salud oral.	Derecho a la salud de los niños y niñas.
T 685 de 2010	Caso en que EPS-S niega cita médica para valoración con especialista en endocrinología por considerar que tal servicio no está cubierto por el plan subsidiado. Protección según reglas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación, al derecho a la salud.	Régimen subsidiado Secretarías departamentales de salud
T 770 de 2011	El diagnóstico es esencial para velar por la protección y garantía de la salud y la integridad física del paciente, pues es el primer paso para conocer y detectar la enfermedad y tratarla. Por lo tanto, esta Corporación ha establecido que debe existir continuidad en el diagnóstico determinado por el médico tratante, y sólo puede modificarse cuando se justifica: “i) en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y ii) la historia clínica del paciente, eso es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.” En otras palabras, es necesario que los cambios en el diagnóstico y/o en el tratamiento que se suministra a un paciente, tenga como fundamento el criterio de un especialista y se base en las condiciones de salud y calidad de vida del mismo, por lo cual, “en caso de cambios, reemplazos o sustituciones médicas (...) el profesional que recién asume el cuidado del enfermo, avanzadas ya las etapas de medicación puestas en marcha por quienes lo hayan antecedido, no pueden ni deben ignorar la integralidad de los antecedentes clínicos que rodean el caso”.	Tutela temeraria Legitimación por causa pasiva Entidades promotoras de salud Libre escogencia de la IPS

T 373 de 2012	Concepto del médico tratante adscrito a EPS no es absoluto. Excepción cuando haya concepto de médico no adscrito a EPS, no hay derecho al diagnóstico	Principios pro homine en materia de salud.
T 004 de 2013	Función de la Superintendencia Nacional de Salud para hacer exigible el derecho al diagnóstico. Este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características: (i) se inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (ii) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (iii) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (iv) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (v) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; (vi) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.	Agencia oficiosa Autonomía del Derecho a la salud como fundamental. Vida Digna.

Fuente: La autora Rocío Ballesteros Pinzón

Con lo anterior se observa que el derecho al diagnóstico se ha leído desde varias perspectivas tales como:

- Los exámenes médicos diagnósticos
- Los procedimientos diagnósticos
- El presupuesto de la prestación adecuado del servicio público de atención de salud
- El derecho al diagnóstico

Estas denominaciones se gestaron alrededor de la realización mismo del procedimiento, hasta la configuración del derecho mismo; en este sentido se reviste como el derecho a la salud posee una doble connotación: (i) como un *derecho fundamental* y (ii) como un *servicio público*. (Sentencia T – 460 de 2012), razón ha considerado que:

“En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se

cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Para lo cual, resulta imperioso al amparo en sede de tutela cuando resulta imperioso velar por los intereses de cualquier persona que así lo requiera que su prestación se concreta en que debe llevarse en forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su paralización sin la debida justificación constitucional.

2.3 Cambio normativo Ley 1751 de 2015, derecho fundamental a la salud

Existió una modificación con la Ley 1438 de 2011, donde expresa una unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, y un marco de sostenibilidad financiera, para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativa para ello establece una jerarquía en virtud de proteger los intereses de la salud de los colombianos como: Prevalencia e incidencia en morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil, incidencia de enfermedades de interés en salud pública, incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo, incidencia de enfermedades prevalentes transmisibles incluyendo las inmuno prevenibles y el acceso efectivo a los servicios de salud.

El gobierno teniendo en cuenta que el nuevo modelo de salud concentra en un enfoque de los derechos humanos, ampliando y cumpliendo con el modelo del sistema, bajos los principios de

universalidad, solidaridad, accesibilidad, equidad, integralidad, donde se concentran en la Ley Estatutaria del derecho a la salud, debe concentrarse en:

1. La definición del derecho fundamental a la salud
2. La sostenibilidad en el financiamiento del Plan Único de Salud
3. La calidad en términos de acceso, continuidad y progresividad
4. La eliminación progresiva de las exclusiones hoy vigentes conocidas como Servicios No POS.
5. Los mecanismos para incentivar corresponsabilidad en el cuidado de la salud de los afiliados al Sistema y lograr mejores resultados en salud, (Acevedo, 2015:126)

2.3.1 La fundamentabilidad del derecho a la salud en la ley 1751 de 2015

En un principio al derecho de la salud se le había dado la connotación de derecho prestacional, porque dependía de un vínculo con otro derecho de carácter fundamental, y en aplicación a la tesis de conexidad de los derechos, se protegía por vía de tutela, cuando se podía ver efectuado el derecho a la vida a la integridad personal o a la dignidad humana, como se señaló en el aparte de los derechos fundamentales, (Acevedo, 2015:127) donde alcanza a la determinación de la seguridad social de salud en Colombia como derecho fundamental y autónomo.

El tema del acceso a la salud, está ligado indiscutiblemente a las Entidades Promotoras de Salud, ahora, a las Gestoras de servicios de salud, es decir, al ente encargado ejecutar directamente con autorización del Estado la prestación que supone el derecho, y es a su vez la parte de relación dinámica con el sujeto titular del derecho, que podría ser de especial protección constitucional, es decir estamos ante la *cadena de obligados concurrentes*, que incluye a todos

que de alguna manera soslayan el Derecho a la salud, especialmente los profesionales de la salud y las empresas privadas que brinden el servicio.

Respecto a los concurrentes, Parra (2003) nos dice:

...El Estado es el obligado principal frente al derecho a la salud. La salud es un derecho social que requiere, como condición de posibilidad, de un servicio público organizado que lo haga posible. Ciertamente es necesaria una infraestructura para desarrollar las actividades de promoción, prevención y atención en salud. Sin ello, el resto de obligados frente a la salud (tanto las personas como las familias) no podrían asumir sus deberes hacia la realización del derecho. (p.52)

En la unificación de lo dispuesto por la ley 1751 de 2015, se crea mi Plan, basado en el esquema del POS, donde a través del Acuerdo 029 realizó la actualización, a lo cual procedió la resolución 5521 de 2013 el Ministerio de Salud y Protección Social reafirma la unificación del POS en los dos regímenes del Sistema. Mediante el Acuerdo 027 de octubre 11 de 2011 la CRES unifico la cobertura de servicios del POS en el Régimen Subsidiado con las del Régimen Contributivo para los mayores de 60 años. También tomó medidas igualitarias para el plan de beneficios de menores de 12 años afiliados en el Régimen subsidiado frente al régimen contributivo, como también lo hizo para los menores de 18 años.

Ahora, el acceso se encuentra dentro de las obligaciones de disponibilidad del Estado, que constituyen los elementos esenciales del derecho: la accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Pero para que se de esto, es necesario que el Estado en el mismo cuerpo jurídico garantice la adopción de medidas legislativas, para su cumplimiento, por ello el Estado debe diseñar el sistema de salud a través de la ley.

La infraestructura está ligada indiscutiblemente a la forma del Estado, del Estado constitucional, del Estado Social de Derecho y del Estado democrático, es allí donde el carácter programático del derecho a la salud, se convierte en un fin político, y se adentra en una discusión sobre el carácter centralizado o descentralizado del Estado. La ley 100 de 1993 contiene normas en materia de salud, fuertemente criticadas por sus fines políticos liberales, y sobre lo cual se podría justificar la centralización de la ley estatutaria por elevar el rango del derecho a la salud a fundamental, más sin embargo, ignorando el carácter prestacional y programático del derecho, desde su naturaleza meramente fundamental estos fines políticos liberales de la Ley 100 de 1993 son coherentes con la estructura jurídica y política necesaria por aquello que explica Robert Alexy sobre los principios de los derechos fundamentales de “Universalidad” y “Autonomía”.

Robert Alexy¹² (1995) propone a través de la posición básica kantiana de los Derechos Humanos, que en un Estado constitucional democrático los Derechos Humanos adquieren la forma de Derechos Fundamentales, estos se rigen por dos principios: La universalidad y la autonomía. La universalidad crea un marco de igualdad entre los hombres, pues este principio establece que todas las personas tienen derechos, en este caso todas las personas son titulares del derecho a la salud y la garantía del Estado constitucional será es garantizar el acceso al derecho. Pero el principio de autonomía muy ligado a la moral. Explica Alexy que se divide en 2 la autonomía pública y la autonomía privada, donde la pública se trata de la realización política de lo justo y lo bueno a través de una elección común con las demás personas y por esto este principio está ligado al Estado constitucional. Por otra parte la autonomía privada consiste en la realización ética de cada persona para el bien a través de una elección individual, y de la unión

¹² Robert Alexy, extrae para la obra referenciada aquí presente, una teoría filosófica sobre los derechos humanos desde la filosofía kantiana, para diferenciarla de la hobbesiana, nietscheana y aristotélica. Hace referencia a los arquetipos históricos expuestos por el mismos en: *Eine diskursthetische Konzeption der praktischen Vernunft*, en *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie, Beihefts*, (1993) p. 12.

de la autonomía pública y privada, se deriva una política liberal. Y partiendo de esto se podrá *definir* el criterio de regresividad en el acceso del derecho a la salud mediante la centralización del Sistema de salud, en la ley estatutaria 1751 de 2015.

Con la Ley 1751 de 2015, por la cual se regula el derecho fundamental a la salud, recoge en su concepto el término de diagnóstico como parte del ejercicio jurisprudencial anteriormente descrito:

“Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

“Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos

esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Con la ley Estatutaria se pretende la creación de redes integrales de servicio de salud, que permitirán ofrecerle a los usuarios todos los servicios de salud dentro de un mismo complejo clínico, de esta forma los profesionales y especialistas de la salud se vincularían a estas redes gigantes bajo la modalidad de asalariados y ya no como contratistas. Adicionalmente este cambio ha generado inversión de entidades extranjeras dispuestas a comprar clínicas por todo el país, con el propósito de fortalecer el sistema por medio de las megas clínicas. Ahora bien, las EPS o empresas prestadoras de servicio, tenderán a desaparecer en virtud de los problemas fiscales que poseen actualmente, entre las que se encuentran Caprecom (en representación del régimen subsidiado) y Salucoop (perteneciente al régimen contributivo), intervenidas por la Superintendencia de Salud para ser liquidadas, solo por nombrar algunas. De la misma forma, las Empresas Sociales del Estado fueron evaluados por el Ministerio de Hacienda en materia financiera y los resultados mostraron la crisis fiscal que padecían dichas entidades, en donde el 98.9% de estas presentaron riesgo financiero alto, es decir, no son viables dentro del sistema y tendrían que ser liquidadas también.

De acuerdo con esto, aparecería un nuevo afiliador que prestaría el servicio a todos los usuarios y centralizaría todo el sistema, el nombre de este es SALUDMIA que cumplirá dos funciones esenciales que prestaban las EPS y que son las siguientes: en primer lugar, se encargará de administrar todo el dinero tanto del régimen contributivo como del subsidiario con ayuda de unas fiducias que serán los entes operativos de los recursos, y en segundo lugar tendrá el manejo de los afiliados y las bases de datos.

Actualmente dentro del régimen contributivo, existe el contributivo de la Ley 100 de 1993, el de las universidades Públicas y el régimen especial o excepcional en salud, que aplica para el magisterio, fuerzas militares y de policía, y Ecopetrol, este último será eliminado y serán enviados a Saludmia. Este afiliador necesitará de entidades que presten el servicio, a las que se les dará el nombre de Gestores de Red, y cumplirán otras funciones que cumplían las EPS, entre las que se encuentran organizar la red de servicios, prestar los servicios y gestionar el riesgo en salud creando mecanismos preventivos en la detección, diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Los médicos también juegan un papel importante en la prevención y promoción para controlar el riesgo, identificando la patología y posteriormente llevarse a cabo el procedimiento necesario para combatirla y disminuir así los índices de enfermedades.

La Red de Servicios del Gestor la van a conformar los complejos clínicos, estos actuarán como prestadores de servicios hospitalarios (incluyendo las urgencias), es así, como el gestor en su función de prevención remitirá al paciente al prestador para que este cumpla con los requerimientos necesarios en el tratamiento de la enfermedad y SALUDMIA en su papel de afiliador pagará todos los gastos de los servicios prestados, teniendo en cuenta que anteriormente al pago se ejercerá auditoría del manejo del paciente por parte del Gestor.

Ahora otro punto a tener en cuenta es lo POS y lo NO POS que como se conoce en el régimen subsidiado lo no pos del régimen subsidiado lo recobran a los departamentos y distritos a diferencia del régimen contributivo que lo no pos lo pagan las EPS y lo recortan al FOSYGA. El nuevo sistema tendría un plan que cubriría lo pos y lo no pos, y se conocería con el nombre de MI PLAN, y lo que no esté incluido dentro de este, llevarán el nombre de exclusiones las cuales están consagradas en el artículo 15 de la presente Ley. En materia judicial, y de acuerdo con lo expuesto, desaparecerían las tutelas en materia de no pos ya que ahora los competentes

para manejar estos asuntos serían por los jueces de la salud de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011. Este juez tiene atribuciones especiales que operan vía web, con un término de 10 días hábiles para fallar y esta sentencia tendrá efectos *erga omnes*. El fallo estará sujeto al recurso de apelación que será estudiado por el Tribunal Superior en Sala Laboral. El incumplimiento de un fallo del juez de la salud acarreará investigaciones por parte de la superintendencia de la salud y será sancionado de acuerdo a lo dispuesto por esta entidad, cuando hablamos juez de la salud, hacemos referencia a la Súper Intendente Nacional de Salud que delega sus funciones para poder atender todos los casos que se presenten y con proyección a abrir otras sucursales en el país.

Teniendo en cuenta el carácter prestacional que tiene el derecho a la salud que no entra en contradicción con su carácter progresivo y sobretodo que las medidas que toma el Estado para el cumplimiento del derecho se derivan de un diseño político, el cual no implica que él deba abarcar como sujeto de la relación jurídica la prestación del servicio de salud menoscabando otro principio de los derechos fundamentales como lo es la autonomía expuesta en la descripción del problema jurídico.

2.4 La sostenibilidad de los derechos fundamentales:

Para entender este planteamiento es necesario conocer las implicaciones del modelo económico en las intervenciones del Estado para la sostenibilidad fiscal como eje de consecución de otros derechos:

En efecto, una de las características de la Constitución Política de 1991 consiste en haber consagrado, junto a los derechos políticos, económicos y sociales que eran tradicionales

en las democracias de occidente y en nuestro medio, otros muchos, fruto de la nueva reflexión ius filosófica de la segunda mitad del siglo XX.

Fue así, como, en particular, la nueva Carta Política llevó a proclamar a Colombia como un Estado Social de Derecho, y a preconizar, dentro de sus fines esenciales, los de “promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Desde esa profunda perspectiva, el Título II, Capítulo 2, se ocupa de los derechos económicos, sociales y culturales también llamados por la doctrina como de “segunda generación”, y consagra una amplia y variada lista de derechos que el Estado debe procurar hacer efectivos, tales como a la seguridad social, a la vivienda digna; a la educación y, como parte de ésta, el deporte y la recreación. (Zuluaga, 2011: 5)

Haciéndose eco de la misma preocupación humanística, el artículo 366 expresa que el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, y que será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Y, en plena concordancia con esas ideas, el artículo 365 de la Carta Política señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que es deber suyo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Como puede observarse, se trata de un amplio y noble enunciado de derechos sociales y económicos, que el Estado tiene el deber de promover, proteger o hacer efectivos en el marco del Estado Social de Derecho. No es extraño, por ello, que para dar contenido práctico a ese postulado, el artículo 350 de la Constitución Política haya querido que una parte especial de la política fiscal se organice dentro del concepto de “gasto público

social”, y que todo lo que con él se relaciona haya recibido prioridad sobre los demás gastos que reciben apropiaciones en el presupuesto público. (Zuluaga, 2011: 5)

Tras analizar los niveles de complejidad en salud mediante resolución la 5261 de 1994 y el derecho al diagnóstico a través de las sentencias proferidas por nuestro tribunal constitucional, es importante manifestar en este acápite de la investigación en las ocurrencias que conllevaría el no aplicar debidamente el derecho al diagnóstico en un caso reflejado en dichos niveles generando una vulneración del principio de sostenibilidad fiscal.

Cabe resaltar que dicho principio de sostenibilidad fiscal se enmarca dentro de los propósitos de la constitución de 1991 y es entendido como el eje para la realización de otros derechos pues con este se busca el progreso económico y social de un país, la reducción de la pobreza y la desigualdad.

Como se planteaba anteriormente el principio de sostenibilidad fiscal básicamente enmarca una realización y protección a los demás derechos consignados dentro de un Estado social de derecho tal y como lo es Colombia, de esta manera se protegen los derechos económicos sociales y culturales y procura hacer efectivos: la seguridad social, la vivienda digna y la educación. (Oscar Ivan Zuluaga, 2011)

Es de recordar que en 1975 se crea el Sistema Nacional de Salud a través del Decreto 056, el cual, en su artículo 1º, lo define como el “conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación”. (Cortes, 2011. P. 11)

La ley 10 de 1990 establece los servicios de salud como un servicio público a cargo de la nación, el cual es ejecutado por esta con participación de los municipios y los departamentos. “Desarrolla la descentralización del sector oficial de salud y reglamenta los artículos 356 y 357

de la Constitución Política de 1886 en cuanto a la definición de las competencias de la nación y de las entidades territoriales en el caso de salud y fija la distribución de los recursos del situado fiscal, así como de las participaciones municipales para su financiación”. (Cortes, 2011. P. 12)

“Con la Ley 100 hay un cambio de lógica desde la prestación pública de servicios de salud, hacia la prestación del servicio público de salud y a los servicios de salud pública [...] Ello no es privatización. Lo que se busca es poner a la gente usuaria en un poder de negociación diferente frente al sistema y articular la posibilidad de prestación del servicio por diferentes entidades. (Cortes, 2011. P. 12)

Constitucionalmente los artículos 48 y 49 de la carta Política de 1991 determinan la fundamentación del servicio de salud como componente del sistema de seguridad social integral (Ley 100 de 1993) y parte de la protección social hoy en Colombia (leyes 789 de 2002, 1122 de 2007 y 1151 de 2007).

El modelo adoptado por la Ley 100 de 1993 en la materia, que corresponde en lo económico, como lo resalta Gerardo Arenas “a un esquema de pluralismo estructurado, se basa en el aseguramiento del riesgo relacionado con las contingencias que pueden afectar la condición de salud de los afiliados y de los beneficiarios”. (Cortes, 2011. P. 13).

Dentro del sistema de salud, la asistencia es el instrumento protector del que se vale la sociedad para preservar a los individuos contra la indigencia, es decir, cuando la persona carece de los medios indispensables para satisfacer su subsistencia, ya sea por su indigencia o por depender de su núcleo familiar. (Arenas, 2011, P. 4)

Los beneficios asistenciales se clasifican en tres tipos, dependiendo del sujeto que ofrece la protección: asistencia familiar, privada y, pública.

1. La asistencia familiar. El primer tipo de asistencia que se da en la sociedad es el que surge de los propios vínculos familiares. (Arenas, 2011, P. 4) Pese a lo expresado, la asistencia familiar registra también serias limitaciones como medida protectora de necesidades sociales: en esencia, su efectividad depende de la capacidad económica de los parientes obligados, así como del grado de cohesión del núcleo familiar. (Arenas, 2011, P. 4)
2. La asistencia privada. Es una medida protectora de la indigencia, que se concreta en instituciones creadas o reglamentadas por personas o entidades particulares y dotadas con fondos privados. (Arenas, 2011, P. 4). Como instrumento protector de necesidades sociales, esta modalidad tuvo una justificación filosófica en el reparto que se impone para satisfacer las necesidades de los más necesitados. Modernamente es objeto de cuestionamiento profundo, por cuanto se dirige exclusivamente a subvenir los estados de privación y no a remediar los motivos que los provocan. (Arenas, 2011, P. 4)
3. La asistencia pública. También llamada de beneficencia, se define como el conjunto de mecanismos protectores de necesidades sociales dispuestos por la administración pública para garantizar al ciudadano los medios precisos para atender sus necesidades vitales. (Arenas, 2011, P. 5)

Las características de la Seguridad Social aplicable a la salud, bajo el esquema del derecho al diagnóstico desarrollado a partir de la Constitución de 1991, según el profesor Oscar Iván Cortes, en su texto Derecho de la Seguridad Social, son:

1. Servicio Público: El contrato de Seguridad Social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva como presupuesto el principio de continuidad, y concluye asegurando que en atención a los preceptuado por el artículo 49 constitucional, al ser la salud un servicio público no puede interrumpirse su prestación por su carácter inherente a la

existencia misma del ser humano y del respeto a su dignidad. Si eso se predica de la salud, lo propio habrá de decirse respecto a las restantes prestaciones implícitas en el Sistema de Seguridad Social Integral. (P. 44)

2. Derecho irrenunciable: Se limita la libertad de disposición relativa que cada individuo tiene para ejercer sus derechos y en caso de la Seguridad Social se considera que en razón de tratarse de aquellos derechos que son inherentes a la persona, su ejercicio es una obligación social para cada individuo. (P. 45)
3. Finalidad de los recursos de la seguridad social: Es lo sucesivo a los aportes que deberán ser destinados en la proporción que la ley establezca exclusivamente al pago de los derechos. (P. 46)
4. Carácter esencial: Derechos implícitos en la Seguridad Social tiene gran importancia por cuanto conlleva a una especial exigencia frente a su ejercicio y cumplimiento, así como también por la protección especial que a estos se debe brindar no solo por parte del ente estatal, como también por todos y cada uno de los obligados a su prestación y garantía. (P. 47)

La ley 1438 de 2011 adopta la estrategia de atención primaria en salud. Se define como “la estrategia de coordinación intersectorial que permite la atención integral e integrada, desde la salud pública, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la rehabilitación del paciente en todos los niveles de complejidad a fin de garantizar un mayor nivel de bienestar en los usuarios” (art. 12). (Arenas, 2011, P. 482)

Esta estrategia tiene tres componentes: (a) Los servicios de salud, (b) La acción intersectorial/transectorial por la salud y (c) La participación social, comunitaria y ciudadana. (Arenas, 2011, P. 483).

De acuerdo con las sentencias C-252 y C-291 de 2010 que sobre la sostenibilidad financiera ha indicado que la Ley Estatutaria de Salud, requiere un flujo permanente de recursos que permitan que los objetivos del sistema de la salud se cumplan en forma oportuna y adecuada tal y como lo diseña el nuevo sistema. (Acevedo, 2015:128) para lo cual debe gestarse bajo los ingresos y egresos del sistema, quienes para el efecto son cotizantes e ingresos así:

2.4.1 De los cotizantes

Puede definirse al cotizante como toda persona colombiana o extranjera, que resida en el país y que por estar vinculada a través de contrato de trabajo, ser servidora pública, pensionada, jubilada o trabajadora independiente con capacidad de pago, aporta parte de sus ingresos para obtener el derecho de recibir los beneficios del Sistema de Protección Social.

Los cotizantes son las personas que tienen capacidad de pago, ingresos o solvencia económica, entre los cuales están: (a) Trabajadores dependientes, (b) Pensionados, (c) Trabajadores independientes (formales e informales), (d) Trabajadores del servicio doméstico, (e) Trabajadores de la construcción, (f) Conductores de transporte público, (g) Vigilantes, (h) Diputados, (i) Concejales, (j) Trabajadores de empresas de servicios temporales, (k) Trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, (l) Trabajadores asociados a Empresas Asociativas de trabajo, (m) Rentistas de capital, (n) Las personas que declaran impuestos y (ñ) Toda persona que tenga ingresos.

A continuación se presentan algunos aspectos importantes que se debe tener en cuenta de los cotizantes señalados en la ley 1438 de 2011, señala que los extranjeros no residentes en Colombia, deben afiliarse a un plan voluntario de salud. Los colombianos residentes en el exterior, pueden cotizar a pensión, sin la obligación de cotizar a salud. No obstante, si quiere

cotizar en salud, lo puede hacer, pero el sistema de salud le cubriría solo en Colombia, y no en el país donde reside.

1. Los cotizantes independientes pueden ser afiliados en forma individual o colectiva al sistema de seguridad social. En forma colectiva, puede ser a través de una asociación o agremiación. Los cotizantes independientes informales pueden decidir o no afiliarse a riesgos laborales. Según lo establecido en el Decreto 723 de 2013 los independientes formales, están obligados a afiliarse a salud, pensión y riesgos.
2. Los conductores de servicio público, deben ser afiliados a salud, conforme lo establecido en la ley 15 de 1959 y 336 de 1996, y en los decretos 176 de 2001 y 2150 de 1995.
3. La normatividad que regula a los trabajadores de la construcción está contemplada en los artículos 24 y 26 del decreto 1703 de 2002 y en los artículos 13 y 116 del decreto 2150 de 1995.
4. Los vigilantes, en su mayoría contratados por cooperativas, deben ser afiliados, según lo indicado en el decreto 1703 de 2002 y 2150 de 1995.
5. Los concejales, tienen una póliza de salud que es adquirida por el municipio, la cual tiene cobertura familiar, y tiene los mismos beneficios del régimen contributivo. En caso de no existir dicha póliza, es obligación afiliarse al régimen contributivo y su grupo familiar como beneficiarios. Los concejales son servidores públicos, por expresa disposición de la Constitución Política, pero no tienen la calidad de empleados públicos, por lo tanto no tienen vínculo laboral con el municipio, son cotizantes independientes, ya que sus ingresos son por honorarios de acuerdo a las sesiones. En cuando a la afiliación a pensión, se indica que debe ser realizada al Consorcio Prosperar y es asumida por el Estado.

6. La Ley 136 de 1994, dispone que le corresponde al municipio asumir la cotización y dado que se afiliarían como trabajadores independientes la cotización en caso de percibir un ingreso inferior a dos (2) salarios mínimos y pertenecer a una agremiación deberá ser la señalada en el artículo 3° del Decreto 516 de 2004, mediante el cual el afiliado a la agremiación deberá cotizar sobre el resultado de la presunción de ingresos, sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así las cosas, si el concejal percibe más de dos salarios mínimos por concepto de honorarios, la cotización debe hacerse de conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Decreto 1406 de 1999, asumiendo el municipio el pago de la cotización por concepto de los honorarios. En el evento de que el concejal perciba más de dos (2) salarios mínimos, provenientes tanto de honorarios como de otras actividades económicas, el municipio deberá asumir el pago de la cotización en la parte relativa a los honorarios y el concejal lo correspondiente a los otros ingresos percibidos¹³.
7. Los Diputados, teniendo en cuenta que existe una relación con la Asamblea, se deben afiliar como Dependientes al régimen contributivo. El ingreso base de cotización durante cada mes, será el que resulte de dividir entre doce (12) el ingreso anual recibido durante los períodos de sesiones.
8. Los trabajadores de las empresas de servicios temporales, deben ser afiliados al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos por la misma empresa.
9. Las cooperativas de trabajo asociados, tienen 2 clases de cotizantes, que son los asociados y el trabajador dependiente, los cuales deben estar afiliados como dependientes a salud, pensión y riesgos. Los asociados deben afiliarse teniendo en cuenta como ingreso base de cotización las

¹³ Comunicación del Ministerio de la Protección Social - Rad No. 27735

compensaciones recibidas en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Los asociados que no trabajen deben ser afiliados a salud y pensión no están obligados a riesgos laborales.

10. Los rentistas de capital y las personas que declaran impuestos, deben afiliarse en calidad de independientes a salud y pensión, y voluntariamente a riesgos laborales.

11. Los sacerdotes o monjas, también pueden afiliarse al sistema de seguridad social a través de asociaciones religiosas. El ingreso base de cotización se calcula del diezmo. En cuanto a los pastores, teniendo en cuenta que tienen relación con la iglesia, deben ser afiliados.

Con la contribución que se realiza desde los cotizantes, pero para tener un equilibrio financiero entre los recursos que ingresan para la salud, como los que salen o se gastan en la prestación del servicio, los cuales se deben mantener en el tiempo, para que haya proporción presupuestal (Acevedo, 2015:128); para lo cual a continuación se desarrolló el presupuesto para los diferentes sectores colombianos y la cantidad de inversión millones de pesos con se indica a continuación:

SECTOR	2016	2017	Variación Absoluta	Variación Porcentual
	(1)	(2)	(3)=(2-1)	(4)=(2/1)
AGROPECUARIO	2.504	1.662	-842	-33,6%
AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	627	575	-52	-8,3%
CIENCIA Y TECNOLOGIA	307	360	53	17,3%
COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO	836	899	62	7,4%
COMUNICACIONES	1.532	1.618	86	5,6%
CONGRESO DE LA REPUBLICA	517	470	-48	-9,2%
CULTURA	385	342	-43	-11,1%
DEFENSA Y POLICIA	28.745	29.554	809	2,8%
DEPORTE Y RECREACION	362	300	-62	-17,1%
EDUCACION	31.729	33.624	1.896	6,0%
EMPLEO PUBLICO	295	352	57	19,4%
FISCALIA	3.348	3.333	-14	-0,4%
HACIENDA	12.080	14.975	2.895	24,0%
INCLUSION SOCIAL Y RECONCILIACION	10.398	9.301	-1.097	-10,5%
INFORMACION ESTADISTICA	327	311	-16	-4,9%
INTELIGENCIA	93	94	1	1,2%
INTERIOR	965	839	-126	-13,0%
JUSTICIA Y DEL DERECHO	2.743	2.796	54	2,0%
MINAS Y ENERGIA	3.310	2.219	-1.091	-33,0%
ORGANISMOS DE CONTROL	1.566	1.680	113	7,2%
PLANEACION	663	544	-119	-18,0%
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	567	488	-79	-13,9%
RAMA JUDICIAL	3.474	3.615	141	4,1%
REGISTRADURIA	542	661	119	21,9%
RELACIONES EXTERIORES	968	861	-107	-11,0%
SALUD Y PROTECCION SOCIAL	20.931	21.481	550	2,6%
TRABAJO	24.351	27.544	3.193	13,1%
TRANSPORTE	5.972	5.781	-191	-3,2%
VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO	3.258	3.808	550	16,9%
TOTAL PGN SIN DEUDA	163.394	170.086	6.692	4,1%
DEUDA	47.201	54.336	7.134	15,1%
TOTAL PGN	210.595	224.422	13.826	6,6%

Figura 1. Distribución del presupuesto nacional.

Tomado de: <http://www.cadtm.org/Presupuesto-general-de-Colombia>

La profesora Acevedo Surmay, como indicó en el concepto de Procuraduría General de la Nación No. 4921 del 2 de marzo de 2010, se atrevió a decir que el sector de la salud no se pone en riesgo, de acuerdo a los recursos presupuestados en Colombia, que es mayor a 32 billones de pesos, y porque solo el 5.06% se invierte en cumplimiento de tutelas y de los recobros que le hacen al Fosyga, concluyendo que “estos montos no ponen en grave riesgo la estructura financiera del sistema y menos aun cuando los saldos de periodos anteriores acumularon recursos para pagar estas reclamaciones. (2015: 129).

2.5. Conclusiones Parciales:

De acuerdo a las disposiciones legales en materia de salud, como derecho prestacional evidencia que normativamente un avance en la cobertura del servicio de salud en virtud del principio de universalidad, así como en la inclusión de todos los actores en el territorio nacional como una transición progresiva a partir de la ley 78 de 1968 con la cual el Estado Colombiano ratifica el PIDESC y se compromete a generar garantías progresivas dentro del ordenamiento jurídico interno con el fin de proteger los DESC.

Como elemento esencial del derecho al diagnóstico, se encuentra adscrito a la salud desde una perspectiva física y económica que a pesar de su aplicabilidad debe pertenecer a una categoría propia respecto del acceso como un derecho prestacional.

Con la ley estatutaria 1751 de 2015, por la cual se eleva a rango fundamental el derecho a la salud, la centralización que pretende la disposición por medio de la creación de SALUDMIA, como único afiliador del sistema, estimamos la posibilidad de partir de esta centralización, dejar abierta la posibilidad de demostrar la hipótesis de nuestro proyecto en el tiempo que la misma ley estatutaria ha dispuesto para su efectiva aplicación.

De acuerdo con lo anterior, la problemática de financiación no está en los recursos sino en el flujo de los mismos; en problemas de gestión; en intermediación; en falta de actualización de pos; en la afiliación estancada para el régimen contributivo; en la falta de mayor inspección vigilancia y control y, en problemas de corrupción entre otros aspectos, lo cual no ha permitido el cumplimiento de los postulados constitucionales y legales en materia de salud.

3. La Seguridad Social y la Sostenibilidad Fiscal: Caso Derecho al Diagnostico

En este aspecto para manejar este acápite de la investigación, es necesario aclarar que se iniciará explicando y comentando los niveles de complejidad en salud presentes en el sistema colombiano, para que de esta manera junto con la teoría del diagnóstico se llegue a verificar en términos de sostenibilidad fiscal el manejo que se le está dando en la rama judicial al tema mencionado y la salud como parte del desarrollo de este, se entenderá bajo dos aspectos, primeramente desde el desarrollo de las Seguridad con lo que respecta a la institucionalidad y la fundamentabilidad y segundo como los costos del sistema entorno del derecho al diagnóstico y las implicaciones económicas.

3.1 De adopción de un concepto de Seguridad Social en el marco del Estado Social de Derecho:

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se adopta en Colombia un Estado Social de Derecho, fundado en principios fundamentales como la vida, la justicia, dignidad humana, la igualdad, la solidaridad, la convivencia y el trabajo entre otros, encaminados a buscar orden social y justo dentro de la sociedad, donde para el Estado el centro de atención es la persona como único fin de su existencia, así entonces el Estado debe velar por el cumplimiento de todos los deberes sociales que están a su cargo y de esta forma garantizar a todos los ciudadanos de la Nación una calidad de vida que conlleve a obtener un alto grado de bienestar, pero para lograr obtener estos altos niveles de satisfacción en la persona en sociedad se deben implementar políticas que hagan efectivos todos los derechos sociales consagrados en la

Constitución entre los cuales tenemos la salud, vivienda, pensión, la educación etc, todos los que tengan como objeto lograr bienestar a toda la comunidad.

Con ese fin de lograr mejores condiciones de vida para la persona en sociedad y con fundamento en el artículo 48¹⁴ de la Constitución Política, se crea en Colombia con la expedición

¹⁴ ARTICULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Texto adicionado:

Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Párrafo 1°. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Párrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual como ya se ha dicho tiene como único fin asegurar una mejor calidad de vida a todas las personas ante las diferentes contingencias que se le puedan presentar en el transcurrir de la vida diaria en sociedad.

Por la necesidad que representa entonces la Seguridad Social en el desarrollo de la vida de todas las personas, se estableció en la constitución Política que esta es un servicio público de carácter obligatorio y que la misma se prestara siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad conforme a la establecido en la ley, además agrega que este derecho a la seguridad social será irrenunciable, y como expone Isaza “es irrenunciable porque hace parte de la condición humana, va incorporado

"Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

"Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

"Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

"Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

a la esencia del hombre como tal porque solo se predica de la existencia del ser humano y es fundamental para que él pueda desarrollarse dentro del ámbito social” (2012, 495). Ese fue el motivo que entendió el Constituyente de 1991 cuando estableció que se debía garantizar a todos los habitantes del territorio nacional este derecho social inherente al ser humano.

Con respecto al carácter esencial de un servicio público la Corte Constitucional ha expuesto que dentro de una gama amplia de la seguridad social varios son los servicios que se desprenden de este y que la Constitución solo previó algunos derechos que tienen esta connotación y que son fundamentales para los usuarios de estos servicios con respecto a la prestación de este servicio público, entre los cuales se encuentra la salud, la educación, saneamiento ambiental y agua potable (Sentencia C-450 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell), los demás servicios públicos esenciales deben ser definidos expresamente por el legislador según la reserva legal establecida en el artículo 56 de la Constitución Política, en ese sentido y con fundamento en la necesidad que requiere el ser humano de este derecho fue que estableció el legislador de la Ley 100 de 1993 que los servicios de salud y lo concerniente al reconocimiento y pago de las pensiones serían servicios públicos esenciales (Inc. 2 Art. 4).

La Seguridad Social es uno de los derechos humanos que refleja el interés del Estado por garantizar condiciones de vida digna en las relaciones inter-personales. Su principal característica es que es desarrollo circunstanciado porque es dependiente del programa económico de Colombia, por lo cual no significa que está abandonado al capricho de la administración. Ha sostenido la Corte Constitucional al respecto que la seguridad social comprende:

El derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos

procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud, c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos u los familiares a cargo (T-210 de 2011. C-1141-08).

Agotado este primer aspecto en lo que tiene que ver con el carácter general del SSSI, y continuando con la metodología que se planteó al inicio de este documento, entramos a concretizar lo que corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Primero decir que la salud como lo reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 12, esta comprende “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (PIDESC), con esta definición amplia de lo que debe entenderse por la salud en sentido abstracto, hay que decir que este subsistema de salud como ya se dijo hace parte de la Seguridad Social Integral y tiene como objetivo brindar la prestación de los diferentes servicios de salud necesarios para toda la población y las prestaciones económicas a quien tenga derecho y además crear para toda la población condiciones de acceso a este servicio público esencial en todos los niveles de atención. Este subsistema de salud cuenta con dos regímenes para acceder a los servicios que este brinda, el régimen contributivo y el subsidiado, al primero pertenecen todas aquellas personas afiliadas que contribuyen al sistema ya sea porque se encuentran vinculadas laboralmente en el sector privado o público, su núcleo familiar según lo establecido en el artículo 34 del Decreto 806 de 1998; los pensionados y los trabajadores independientes que cuenten con capacidad de pago y el segundo régimen está compuesto por todas aquellas personas que no tienen capacidad de pago, es decir, la población más pobre y vulnerable del país. Además, también están aquellas personas que no están afiliados a ningunos de los dos regímenes, las cuales se conocen según Cortez, H, como régimen de vinculados (2007, 275), que son todas aquellas personas que según el artículo 32 del Decreto 806

de 1998, no tienen capacidad de pago mientras se afilian al régimen subsidiado, a los cuales se les debe garantizar los servicios básicos de salud.

Otro de los aspectos generales e importantes dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es todo lo correspondiente con las diferentes entidades e instituciones tanto del sector público como privado que hacen parte de este subsistema de salud y que según como les compete cumplen funciones de vigilancia y control, dirección, funcionamiento y administración y otras que se encargan de la prestación del servicio de salud, entre las cuales tenemos el Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Regulación en Salud, la Comisión de Regulación en Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía, las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

A continuación se visibilizará el desarrollo legislativo de los países tales como Argentina, México y Perú para el desarrollo del derecho al diagnóstico y las consecuencias jurídicas en el marco de la sostenibilidad desde los esquemas generales de la Seguridad Social en Salud.

3.2 Visibilización del diagnóstico en los países de Argentina, México y Perú:

Resulta pertinente entender para este acápite de la investigación, que un sistema de salud es una organización con miras a satisfacer las necesidades en determinada población en el sentido de prevenir y promover la salud, asegurando la asistencia adecuada con un costo razonable.

Basándose en la definición anterior se analizarán los sistemas de salud en Argentina, México y Perú sirviendo como parámetros de comparación del colombiano, en ese orden de ideas se analizarán su funcionamiento y su estructura.

3.2.1. Sistema De Seguridad Social en Salud en Argentina:

El sistema Argentino se advierte que es federal, en este orden de ideas sus organismos son de índole nacional, municipal y provincial siendo estas últimas las que cuentan con autonomía respecto de las decisiones sanitarias de sus jurisdicciones, minimizando en parte el poder del ministerio de salud de la nación.

No obstante a lo anterior el ministerio tiene encargado por ley, la regulación de la totalidad de servicios de atención médica, tiene a su cargo la normativización, regulación, planificación y evaluación de las acciones de salud que se lleven a cabo dentro del territorio nacional.

La superintendencia de seguros de salud (S.S.S) es la encargada de la administración de los fondos de la seguridad social en materia nacional, es menester indicar que los gobiernos provinciales aportan un 75% del gasto público destinado a la financiación de servicios de atención médica. (Chundnovsky, 2002)

El sistema de seguridad social en salud en la Argentina se ha caracterizado durante muchos años por ser uno de los más eficientes de Latinoamérica, presunción que ha cambiado en la actualidad pues se presentan desordenes funcionales dentro de sus subsistemas que para dar mayor entendimiento a la investigación deben ser revisados y son:

3.2.1.1 Subsistema publico

Este servicio provee servicios de salud de forma gratuita a través de hospitales (nacionales, municipales y provinciales) públicos y centros de salud a toda la población, aproximadamente un 30% de la misma, tiene presencia en las zonas no rentables por el sector privado. La población que utiliza este servicio es aquella que carece de cobertura de los demás subsectores.

3.2.1.2. Subsistema de obras sociales

Se consolidó en 1970, bajo el gobierno autoritario del general Onganía, conjunto heterogéneo de prestaciones, caracterizado por el carácter obligatorio de la adhesión, conformado por instituciones que cubren las contingencias de salud y asistencia social a trabajadores mediante obras sociales sindicales y a los jubilados del régimen nacional a través del programa de asistencia médico integral (PAMI)

En este subsector se materializa como un seguro social para la protección de trabajadores asalariados y sus familiares directos, con aporte obligatorio y se realiza de manera obligatoria a través del empleador, si bien existe un gran número de instituciones los beneficios y recursos se concentran en un grupo reducido, influyendo en la inviabilidad de las mismas (Chundnovsky, 2002)

3.2.1.3. Subsistema privado

Se denomina medicina prepagada cuyos servicios tienen una mayor cobertura en una diversidad de entidades con variación de precios y servicios cubiertos en mayor medida que las obras sociales, manejada por empresas con ánimo de lucro. Se financia con el aporte voluntario de sus usuarios muchas veces de medianos y altos ingresos, es importante estipular que en ocasiones también cuenta con seguridad social es decir con doble afiliación.

Las instituciones que prestan dichos servicios tienen precios excesivamente altos y de poca protección al consumidor, operan alrededor de 196 empresas de medicina prepagada, la relación de esta con el Estado no es tan amplia como en otras legislaciones pues este solo línea los parámetro y los criterios para llegar a establecer los convenios entre los usuarios y la empresa como tal. (Chundnovsky, 2002).

En relación a los sistemas de complejidad en salud no existe mayor diferencia con la Republica de Colombia, en la Argentina se manejan así:

1. Primer nivel de atención: Corresponde a esta aquellos centros que se ocupan de acciones para prevenir las enfermedades más frecuentes y menos graves, con una relación directa con la comunidad, enfatizados en el diagnostico precoz del daño, atención de la demanda espontánea y la internación para la asistencia a problemas de bajo riesgo, los municipios tiene a su cargo las prestación de baja complejidad mediante: centros de salud, centros comunitarios y salas de primeros auxilios.
2. Segundo nivel de atención: Hospitales generales con áreas programáticas es decir zonas geográficas con una población definida que está a cargo de un hospital general, que atienden a pacientes derivados del primer nivel de atención, dentro de sus posibles funciones están la clínica médica, cirugía, obstetricia, pediatría y los procedimientos y diagnósticos terapéuticos.
3. Tercer nivel de complejidad: Poseen máxima complejidad y excelencia en infraestructura, equipamiento y recursos humanos para la especialidad que desarrollan en relación a patologías más complejas. (Educacion para la salud, niveles de organizacion, organizacion hospitalaria , 2015)

Luego de observar los niveles de complejidad, el diagnóstico como derecho en la Argentina parte de la norma establecida en la ley N° 26.529 la cual reglamenta la protección debida y el ejercicio de los derechos del paciente como sujeto que requiere cuidado sanitario especial por parte de los profesionales de la salud.

El derecho a la salud en materia de tratados abarca los siguientes elementos esenciales para Argentina¹⁵ en cada uno de los niveles de los niveles de obligaciones que deben tener los Estados

¹⁵ Disponibilidad: contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como también, de programas sanitarios.

para con sus pacientes: (a) Garantizar el derecho de acceso en relación a los grupos vulnerables, (b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima, (c) Garantizar el acceso a un hogar y condiciones sanitarias básicas tales como el suministro de agua limpia y potable, (d) Facilitar medicamentos esenciales, (f) Velar por una distribución equitativa de las instalaciones, bienes y servicios de salud, (g) Adoptar y aplicar un plan de acción nacional de salud pública contra epidemias. (Clerici)

Ahora bien dentro del plano nacional los derechos del paciente se encuentran establecidos en la ley 26.529 puntualmente en su artículo 2, son los siguientes:

1. Asistencia: Es deber de los profesionales de la salud prestar su función en todos los casos, en ningún evento dicho profesional podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza.
2. Trato digno y respetuoso: Se extiende a todos los niveles de atención mencionados anteriormente, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes sin discriminación alguna teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente.

Accesibilidad: presenta las siguientes dimensiones.

No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a los sectores más vulnerables y marginados

Accesibilidad física: se refiere a la distribución geográfica de los establecimientos sanitarios, en relación con los sectores de población más vulnerables.

Accesibilidad económica (asequibilidad): exige un principio de equidad, vinculado al poder adquisitivo de cada individuo. En este sentido, la carga de los gastos de salud no deben recaer desproporcionadamente sobre los hogares más pobres, en comparación con los hogares más ricos.

Acceso a la información: comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información.

Aceptabilidad: los establecimientos deben ser respetuosos de la cultura de las minorías, comunidades y pueblos.

Calidad: se refiere a la capacitación del personal (adecuadamente remunerados), al equipamiento hospitalario, medicamentos y suministro de agua potable. (Clerici)

3. Intimidad: Debe entenderse por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes en su condición de tales y en especial datos como su origen étnico, convicciones religiosas filosóficas o morales.
4. Confidencialidad: El paciente tiene derecho a que todo lo que llegue en conocimiento de los profesionales no se dé a conocer sin su expresa autorización, salvo en los casos que la ley establezca excepciones o medie una orden judicial.
5. Autonomía de la voluntad: El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar.
6. Lo anterior enmarca lo que es la obligación de los profesionales de la salud de emitir un diagnóstico oportuno para la situación de enfermedad presente, en ese orden de ideas el paciente está en total derecho de aceptar o no el procedimiento o tratamiento aplicable.
7. Información sanitaria: El profesional de la salud deberá proveer de la información sanitaria al paciente y las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
8. Interconsulta médica: El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente solicite tener una segunda opinión. Este derecho va encaminado a la búsqueda de un segundo pronunciamiento afianzado en la búsqueda de un diagnóstico oportuno que evite complicaciones futuras para el paciente.

3.2.1.4 Modelo de atención integral

Es una construcción teórica que oficia como un sistema organizado de prácticas en el sector salud, capaz de ser replicado y que cuenta con diferentes grados de consenso para su implementación, desde esta perspectiva el modelo de atención integral incorpora las siguientes concepciones:

1. Atención longitudinal de la persona: Hace referencia al acompañamiento del profesional del proceso de salud desde que la persona nace hasta que muere.
2. Modelo Biopsicosocial: Surge como alternativa al modelo biomédico considera los aspectos psicológicos y sociales de la persona como determinantes a la hora de valorar el proceso de salud.
3. Atención continua: Implica la responsabilidad del profesional actuante de garantizar el seguimiento del estado de salud de la persona por los distintos servicios que conforman el sistema sanitario así como la red sanitaria
4. Atención integrada: Hace referencia a la necesaria interrelación de los aspectos asistenciales con los preventivos, promocionales en la actividad profesional cotidiana, la prevención de enfermedades es un conjunto de medidas destinadas a evitar la aparición de la enfermedad y puede ser manejada en tres niveles:
 - Prevención primaria: Conjunto de actividades que se aplican en el manejo del proceso de salud antes que el individuo se enferme su objetivo es limitar la incidencia de la enfermedad.
 - Prevención secundaria: Comprende aquel conjunto de acciones destinadas a la detección precoz de la enfermedad antes que la misma de síntomas.

- Prevención terciaria: Se define como el conjunto de acciones de rehabilitación de reinserción social, destinadas a favorecer la recuperación de las capacidades de los individuos enfermos. (Domenech, 2007)

En el marco de la atención integral de alto nivel se tiene como conclusión que el diagnóstico resulta ser la herramienta principal para la prevención de enfermedades y para el correcto trámite o procedimiento para superarlas es por esto que se ubica puntualmente en la prevención integrada explicada en el acápite anterior.

Tomando como referencia lo planteado anteriormente se puede entender que en la Argentina el diagnóstico no se concibe como tal como un derecho independiente pero si se encuentra inmerso en los demás que tiene en el paciente frente a los profesionales de la salud, tal como lo es la interconsulta médica que consiste en la capacidad que tiene el paciente de solicitar un nuevo diagnóstico para estar seguro de su padecimiento, a diferencia de lo que sucede en nuestro país el diagnóstico es entendido según sentencia T- 020 de 2013 como:

“El derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud por cuanto es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad y por lo tanto el aplazamiento injustificado de la prestación del servicio de salud que requiere una persona para determinar su diagnóstico, le genera una prolongación del dolor e impide que una persona pueda vivir dignamente.”

Como se acaba de expresar la protección de la salud formal en Colombia es mucho más fuerte que en Argentina pues al cobijar el diagnóstico como derecho se están ampliando los parámetros de la protección a la salud.

3.2.2 Sistema de Salud en México:

Define la seguridad social como un “sistema general y homogéneo de prestaciones, de derecho público y supervisión estatal, que tiene como finalidad garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, mediante la redistribución de la riqueza nacional, especialmente dirigida a corregir supuestos de infortunio” (UNAM, 2012)

Partiendo del artículo 4 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que dice: “...Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general...”

En relación a lo expuesto anteriormente el sistema de salud mexicano, se integra mediante tres sectores fundamentales: el referente a la seguridad social de los: i) trabajadores en general, ii) el de los servidores públicos y iii) el de la población no sujeta a una relación de trabajo.

3.2.2.1 De los trabajadores asalariados en general

Constituye el sector más importante del sistema jurídico de la seguridad social en México al grado que se ha limitado el derecho de la seguridad social al derecho al trabajo. Este sector se sustenta en cuotas obrero-patronales, comprende los seguros de a) Enfermedad, b) Maternidad, c) Riesgos de trabajo, d) Invalidez, e) Vejez, f) Cesantía de edad avanzada y muerte, g) Guarderías (Armenta, 2013)

Sus servicios son otorgados por el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) que es un organismo público descentralizado con personería jurídica con calidad de organismo fiscal y autónomo, sus funciones entre otras son:

1. Administrar los ramos de seguros y los de salud para la familia
2. Prestar servicios de beneficio colectivo
3. Establecer unidades médicas, guarderías infantiles, farmacias, velatorios y centros de capacitación, deportivos, culturales, vacacionales y de seguridad social
4. Difundir conocimientos y prácticas de previsión y seguridad social
5. Registrar a los patronos y demás sujetos obligados
6. Inscribir a trabajadores asalariados y precisar su base de cotización
7. Recaudar y cobrar las cuotas de los diferentes seguros (UNAM, 2012)

3.2.2.2 De los servidores públicos

Llamada seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado, es clasificada en relación al tipo de servidor público, así las cosas la clasificación es:

3.2.2.3 Seguridad social de los servidores públicos civiles de la federación:

A su vez se clasifica en tres sectores el de los servidores del poder ejecutivo bien sea servidores de la administración pública centralizada o servidores de la administración pública descentralizada, el poder judicial y el poder legislativo.

Su protección está en cabeza del instituto mexicano del seguro social (IMSS) explicado anteriormente y por el Instituto de Seguridad de Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE) que busca operar los programas institucionales, otorgando los seguros y prestaciones a los derechohabientes, mediante procedimientos de calidad, oportunos y eficientes, en los servicios médicos, de prestaciones económicas, sociales y culturales, para

ofrecer un esquema de seguridad social integral que garantice sus derechos. Y dentro de sus funciones principales están:

1. Plantar, organizar y dirigir programas institucionales, así como atender las solicitudes de trámites para el otorgamiento de seguros prestaciones y servicios.
2. Supervisar la operación y desempeño de sus áreas adscritas y centros de trabajo.
3. Elaborar tiempos en formas establecidas reportes a los órganos fiscalizadores y unidades administrativas centrales.
4. Planear, programar organizar materiales financiero conforme al presupuesto anual que permita un ejercicio eficaz y transparente (México, 2015).

3.2.2.4 Seguridad social de los servidores públicos militares

Los servidores públicos militares en materia de seguridad social están sujetos a la ley del instituto de seguridad social para las fuerzas armadas. Se les proporciona las siguientes las diferentes prestaciones asistencias y económicas¹⁶.

3.2.2.5 De los servidores de las entidades de la federación y municipios

Dentro de los distintos niveles del gobierno del pacto federal los servidores públicos en Estados y municipios están sujetos en materia de seguridad social a lo estipulado por cada una de las constituciones locales. Cabe resaltar que en algunas entidades federativas las prestaciones sociales son otorgadas por los servicios de la ISSTE.

¹⁶ Haberes de retiro; Pensiones; Compensaciones; Pagos de defunción; Ayuda para gastos de sepelio; Fondo de ahorro; Seguro de vida; Venta y arrendamiento de casas; Préstamos hipotecarios y a corto plazo ; Tiendas, granjas y centros de servicio; Hoteles de transito; Casa hogar para retirados; Centros de bienestar infantil; Centros de alfabetización; Escuelas e internados; Centros de adiestramiento y superación para esposas e hijas de militares; Centros deportivos y de recreo; Orientación social; Servicio médico integral, medico subrogado y farmacias económicas (Armenta, 2013)

3.2.2.5.1 La seguridad social de los trabajadores universitarios

Los servidores públicos de las universidades en México en materia de la seguridad social son atendidos por Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS)

Son beneficiarios de las instituciones de seguridad social que cubren a 4803 millones de personas, El instituto mexicano de seguridad social (IMSS) cubre el 80% de estas con su propio personal y equipos médicos; por su parte el instituto de seguridad social de trabajadores del Estado (ISSSTE) cubre en salud al 18% y finalmente, petroleros mexicanos (PEMEX), secretaria de la defensa (SEDENA) Y secretaria de la marina (SEMAR) en conjunto cubren al 1%. (Dantes, 2011).

3.2.2.5.2 La seguridad social de la población no sujeta a una relación de trabajo

También la población no sujeta a una relación de trabajo requiere de protección contra las diversas contingencias sociales y naturales, no podemos limitar el derecho a la seguridad social al derecho al trabajo ni el financiamiento de las seguridad social a cuotas obrero-patronales, el derecho a la seguridad social puede adoptar principios de universalidad y de integridad mediante formas de financiamiento que permita a la población tener instrumentos efectivos de protección.

Dentro de esta se encuentran los siguientes sectores:

1. Población protegida por programas de asistencia y previsión social y de apoyo institucional
2. Población protegida por programas de solidaridad social
3. Población protegida por el seguro social voluntario
4. Población protegida por incorporación voluntaria al régimen obligatorio del seguro social.

(Armenta, 2013)

En este sector va encaminado hacia la población no asalariada, desde el 2003 el congreso aprobó una reforma a la ley general de salud creando el sistema de protección social en salud (SPSS) que consiste básicamente en la protección en salud por siete años a los mexicanos excluidos de la seguridad social convencional junto con sus familias aproximadamente 30 millones de personas (Dantes, 2011).

3.2.2.5.3 La población con capacidad de pago

Aquellas personas que utilizan al sector privado para acceder a un servicio de salud

Es importante aclarar que al igual que Colombia y Argentina los niveles de atención o niveles de complejidad en salud no representan mayores cambios, en México son los siguientes:

1. Primer nivel de atención: Formado por una red de unidades médicas que atienden a los usuarios a nivel ambulatorio, dichas unidades pueden tener distinto tamaño y variar en su forma de organización, pueden ser de un solo consultorio hasta de 30 o más consultorios, constituidas por profesionales de la salud que laboran como médicos generales, enfermeras y técnicos. La mayoría de consultas que se generan en el país se resuelven en medicina general sin necesidad de acudir a algún tipo de especialista.
2. Segundo nivel de atención: Formado por una red de hospitales que atienden la mayor parte de los problemas de salud que requieren de internamiento hospitalario o atención de urgencias, tienen un grado de complejidad mayor que las anteriores cuentan con servicios como urgencias, admisión, banco de sangre, quirófanos.
3. Tercer nivel de atención: Formado por una red de hospitales de alta especialidad, muchos de ellos se encuentran saturados por que la demanda excede la oferta haciendo que los pacientes tengan que realizar grandes periodos de espera a lo largo de su atención. Se atienden

problemas que no pueden ser resueltos por los otros niveles, pues cuentan con tecnología especializada e instrumentaria costosa. (Guzmán)

El Estado Mexicano establece a través de múltiples Estatutos los cuales ponen en conocimiento a los usuarios beneficiados del Servicio Médico, para que busquen una óptima garantía cuando se acuda a este. Ahora bien se establece como primera necesidad la búsqueda de la eficiencia frente a la atención de los usuarios y su necesidad de salir complacidos después de los procedimientos que requiera su afección. Para lo anterior establecido, los derechos del paciente son:

1. Recibir atención médica adecuada: El paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de su estado de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención; así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.
2. Recibir trato digno y respetuoso: El paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinde atención médica, se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.
3. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz: El paciente, o en su caso el responsable, tiene derecho a que el médico tratante les brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustada a la realidad.

4. Decidir libremente sobre su atención: El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales.
5. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado: El paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico.

Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación o en el caso de donación de órganos.
1. Ser tratado con confidencialidad: El paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico, se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.
2. Contar con facilidades para obtener una segunda opinión: El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.
3. Recibir atención médica en caso de urgencia: Cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier

establecimiento de salud, sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones.

4. Contar con un expediente clínico: El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir con la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo al fin requerido.
5. Ser atendido cuando ya se ha tenido atención médica recibida: El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados.

Asimismo tiene derecho a disponer de vías alternas a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud.

En resumen puede inferirse como Derecho al Diagnóstico que en el Estado Mexicano no se encuentra legalizado puesto que los presupuestos establecidos en los Derechos del Paciente recalca la atención, para recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz. Por otra parte una atención con respeto y dignidad. Previniendo las posibles falencias en calidad del servicio prestado a sus pacientes. Estableciendo como pauta la idoneidad del cuerpo médico que suple su necesidad y el consentimiento del paciente para los procedimientos que se adelante; toda vez que se cuente con su historial médico, claro y completo al momento de la intervención.

3.2.3 Sistema de Seguridad Social en Perú

El sistema de seguridad social en el Perú se basa en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución política, donde se establece el derecho de toda persona a la seguridad social y libre

acceso de las personas a las prestaciones de salud y pensiones en entidades públicas, privadas o mixtas. Los artículos antes mencionados rezan textualmente lo siguiente:

“Artículo 10: El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.”

“Artículo 11: El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”

“Artículo 12: Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”

El sistema de seguridad social peruano tiene como objetivo principal que las instituciones cumplan los roles coordinados y complementarios regidos por una política y estrategia estatal que asegure una atención prioritaria en materia social dentro del país que garantice eficiencia en relación a la inversión aportada en pro de todos los peruanos. Está conformado por dos grandes sectores.

3.2.3.1 Sector Público

Este a su vez se divide en el régimen subsidiario o contributivo indirecto y el contributivo directo donde se encuentra la seguridad social. Mediante este sector el gobierno del Perú ofrece servicios de salud a personas no aseguradas mediante el pago de una cuota de recuperación de montos variables por medio del Seguro Integral de Salud (SIS) este subsidia a la población que vive en condiciones de pobreza y pobreza extrema, financiado con recursos ordinarios provenientes del presupuesto general de la república, donaciones contribuciones no

reembolsables de gobiernos, organismos de cooperación internacional, o de personas naturales, instituciones privadas o jurídicas, manejadas mediante dos regímenes:

1. Régimen subsidiado: Encaminado a proteger la población vulnerable y excluida sin capacidad de pago, financiadas por el Estado
2. Régimen semi-subsidiado: Dirigido a la población con limitada capacidad de pago, el costo de los tratamientos es financiado por el Estado y los asegurados, las personas que de forma individual quieren pertenecer a este régimen deben recibir ingresos menores a 700 soles mensuales y deberán aportar 10 soles mensuales, por su parte aquellas que devenguen ingresos iguales o mayores de 700 a 1000 soles, pueden acceder al servicio cancelando 20 soles. Los que pretendan ingresar pagando la suma de 30 soles mensuales. (Peru, 2013)

Es pertinente aclarar que estos servicios se prestan a través de la red de establecimientos del ministerio de salud (MINSa).

Por su parte las fuerzas armadas y policiales con sus familiares reciben servicios de salud mediante su propio subsistema de salud conformado por las sanidades de las fuerzas armadas (FFAA) y la policía nacional del Perú.

3.2.3.2 Sector Privado

Este sector se divide en dos el privado lucrativo, que está conformado por las entidades prestadoras de servicios (EPS), las aseguradoras privadas, las clínicas privadas especializadas y no especializadas, los centros médicos y policlínicos, consultorios médicos y odontólogos, laboratorios clínicos y servicios de diagnóstico de imágenes y el privado no lucrativo se encuentran las asociaciones civiles sin fines de lucro como organismos no gubernamentales

(ONG), la cruz roja peruana, organizaciones de acción social de iglesias, servicios de salud parroquiales, entre otros. (Peru, 2013)

El principal problema para el sistema de seguridad social en el Perú gira en torno a la salud y envuelve en si una gran cantidad de otros problemas que se ven relacionados directamente, es importante aclarar que se mencionara en esta investigación a modo de complemento:

3.2.3.3 Exclusión y barreras para el acceso al sistema de salud

Puede ser evidenciado como un componente de exclusión social dentro del país, bajo este contexto se puede entender como la situación en la cual las personas no pueden satisfacer sus necesidades percibidas y no percibidas de salud, cumpliendo adecuadamente los parámetros de acceso, cobertura, eficiencia, equidad, caridad, seguridad y sostenibilidad. Se genera principalmente por cuatro causas:

1. Déficit de infraestructura adecuada: Inexistencia o insuficiencia de establecimientos de salud, falta de agua potable alcantarillado, caminos, transporte, etc.
2. Fallas en la asignación y gestión de los recursos, entrega o disponibilidad de los bienes. Falta de personal insumos o equipamiento
3. Barreras geográficas, económicas y culturales que impiden el acceso a atenciones de salud, basada en asentamientos humanos en sitios remotos geográficamente poco accesibles, incapacidad de financiar atenciones de salud.
4. Problemas relacionados con la calidad de los servicios otorgados, errores de diagnóstico, tratamiento, utilización de insumos poco apropiados, mal trato al público, discriminación en la atención, establecimiento en malas condiciones físicas. (Peru, 2013)

En el Perú al igual que en las demás legislaciones se conciben un catálogo de derechos para aquellas personas que se encuentran sufriendo una afectación o una enfermedad, en ese orden de ideas se procederá a mencionarlos

1. Derecho del paciente a estar informado sobre la prescripción de los medicamentos y las decisiones terapéuticas tomadas por el juicio del médico.
2. Recibir atención de salud sin discriminación
3. Conocer al personal que atiende al paciente
4. Recibir información y orientación sobre el funcionamiento y servicios del establecimiento donde se atiende
5. Formular reclamos o sugerencias y recibir respuestas escritas.
6. Acceso a la información y resguardo de la confidencialidad de su ficha clínica
7. Recibir indicaciones claras y por escrito sobre los medicamentos que se recetan
8. Informarse sobre los riesgos y beneficios de procedimientos diagnósticos y tratamientos que se indiquen para decidir respecto de la alternativa propuesta. (Cusco, 2003)

Ahora bien con base en lo anterior se puede inferir que dentro del ordenamiento jurídico peruano se protege al diagnóstico desde un punto de vista o tomándolo como referencia desde el derecho a la información que se materializa completamente mediante el consentimiento informado que básicamente tiene las funciones de: (a) Promover la autonomía de los individuos, (b) Fomentar la racionalidad en la toma de las decisiones médicas, (c) Proteger a los enfermos y a los sujetos de experimentación, (d) Evitar el fraude y la coacción, (e) Adelantar la auto evaluación y auto examen de los profesionales de la salud y (f) Disminuir recelos y alivianar temores (Centragolo, 2013)

En ese orden de ideas el diagnóstico y el consentimiento informado deben ser manejados en conjunto pues ambos crecen de la mano bajo la concepción de lograr la máxima eficiencia de los profesionales de salud en relación a las enfermedades que sus pacientes presentan.

Es de aplaudir que dentro del sistema de atención integral en salud peruano se tiene como proyección para su mejoramiento implementar una mayor cantidad de recursos para comprar medicamentos y para el servicio de diagnóstico, proponiendo una mirada integral sobre el proceso salud enfermedad y se orienta a la mejoría de la calidad de vida de las personas, las familias y las comunidades, fusionando los aspectos biológicos, psicológicos y sociales.

Desarrollar un modelo de intervención en salud basado en la persona, familia y comunidad que incluya acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, protección específica, complementado con las demás atenciones en salud en los diferentes niveles de atención y complejidad, especialmente para los problemas sanitarios.

Para el Estado del Perú el diagnóstico representa la principal herramienta en materia de salud promotora de una mejor calidad de vida para todos los niveles de atención en salud, adicional a lo anterior en el Perú se pretende que con el mejoramiento del diagnóstico se reduzcan los gastos del sistema de salud pues con un temprano pronunciamiento médico se podrían disminuir los costos que el paciente le representa al Estado.

3.3 Los costos beneficios del derecho al diagnóstico y la consecución del Sistema de Seguridad Social en Salud

3.3.1 Los Niveles de Complejidad en Salud como parte del derecho de la salud

Los niveles de complejidad en salud son mencionados en la resolución 5261 de 1994, basados en la dificultad que pueden presentar las intervenciones, los procedimientos y las actividades de los profesionales de la salud en su día a día y son los siguientes:

3.3.1.1 Nivel I: Atención ambulatoria:

Consulta Médica General, Atención Inicial, estabilización, resolución o remisión del paciente en urgencias, Atención Odontológica, Laboratorio Clínico Básico, Radiología Básica, Medicamentos Esenciales, Citología, Acciones intra y extramurales de Promoción, Prevención y Control. (Colombia, 1994)

Servicios con internación: Atención Obstétrica, Atención no quirúrgica u obstétrica, Laboratorio Clínico, Radiología, Medicamentos esenciales, Valoración Diagnóstica y manejo médico.

3.3.1.2 Nivel II: Atención ambulatoria especializada.

Defínase como la atención médica, no quirúrgica, no procedimental y no intervencionista, brindada por un profesional de la medicina, especialista en una o más de las disciplinas de esta ciencia y en la cual ha mediado interconsulta o remisión por el profesional general de la salud.

Laboratorio Clínico Especializado

Radiología Especializada

Otros procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos.

Procedimientos quirúrgicos derivados de la atención ambulatoria de medicina especializada en áreas como cirugía general, Ginecobstetricia, dermatología y otras.

3.3.1.3 Nivel III: Laboratorio clínico.

Para el Nivel III de complejidad se establecen los exámenes de Laboratorio súper especializados según el listado que aparece en el artículo 112 de la Resolución No. 5261 de 1994.

Imágenes diagnósticas: Para el nivel III de complejidad serán considerados todas las Tomografías axiales computarizadas, así como cualquiera de las gammagrafías o estudios de Medicina Nuclear y las ecografías no consideradas en los niveles I y II.

- Exámenes especiales.
- Abdomen: Cistografía o cistouretrografía, Histerosalpingografía, Uretrografía retrograda, Genitografía o vaginografía
- Articulaciones: Artrografía o neumoartrografía.
- Neuro –Radiología: Mielografía (cada segmento), Arteriografía carotídea o vertebral (cada vaso), Arteriografía selectiva de ambas carótidas y vertebral, Panangiografía.
- Cardiovascular: Linfangiografía, Cavografía, Flebografía de miembro superior o inferior, Arteriografía periférica por punción, Aortograma torácico o abdominal, Aortograma y estudio de miembros inferiores, Arteriografía o venografía selectiva, protografía arterial, Esplenoportografía, Estudio de hipertensión portal con hemodinamia, Portografía transhepática, Venografía selectiva (toma de muestras para química sanguínea) espiratorio –
- ORL – Oftalmología, Faringolaringografía, Broncografía unilateral, Cuerpo extraño endoocular, Sialografía (por glándula), Dacriocistografía
- Imágenes diagnósticas: Resonancia Magnética y todo tipo de examen por este medio diagnóstico será considerado en el nivel IV de complejidad.

- Oncología o tratamientos contra el cáncer: Todos los procedimientos de telecobaltoterapia, radioterapia, ortovoltaje, curieterapia ginecológica, curieterapia intersticial y terapia con electrones, así como la quimioterapia,
- Otros procedimientos de nivel IV así; Trasplante renal, Diálisis, Neurocirugía. Sistema nervioso, Cirugía cardiaca, Reemplazos articulares, Manejo del gran quemado, Manejo del trauma mayor, Manejo de pacientes infectados por VIH, Quimioterapia y radioterapia para el cáncer, Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos, Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas.

3.3.2 De la financiación del Sistema

Es necesario considerar para los análisis constitucionales que la ley delega en el Ejecutivo la facultad de definir el uso y porcentaje de recursos parafiscales, por cuanto el comentado artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 faculta al Gobierno Nacional a establecer el monto de los recursos de la nueva destinación específica creada que se aplicaran en promoción y prevención y en unificación de planes beneficios; materia tal había estado reservada hasta ahora al legislador en los siguientes términos:

Destinará, previo concepto del CONPES, porcentajes progresivos del Sistema General de Participaciones con destino al régimen subsidiado de salud, hasta ubicarse en un 65% a partir del año 2009.

A partir del año 2009, el monto total de las rentas cedidas a los departamentos y al Distrito Capital no será menor al veinticinco por ciento (25%) con destino a la financiación del régimen subsidiado o al porcentaje vigente a la entrada en vigencia de la ley, si fuere mayor que aquel.

Con destino al Fosyga, el Gobierno aportara un monto por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia 2007. (Pág 48)

En cuanto a la aplicación de la noma conviene tener en cuenta algunas precisiones adicionales. En primer término y en lo que respecta a la población que se beneficiara con los programas financiados a través de esta re destinación de los aportes parafiscales del 4% a cargo de los empleadores en Colombia, vale anotar que la ley no hizo referencia expresa a quienes serían sus beneficiarios. Considerando la fuente de los recursos es de considerar que dicha población por atender sea en primer término la afiliada a la caja de compensación familiar y, en segundo lugar, personas cubiertas por medio del régimen subsidiado de salud, esto es, sin relación formal de trabajo ni capacidad de pago. Se entiende que no se trata de cubrir en promoción y prevención a los afiliados desde la óptica de las cajas de compensación familiar como entidades promotoras de salud, pues ello las colocaría y a sus afiliados en programas EPS, en condición de privilegio frente al resto de los asegurados. (Pág 507)

En cuanto a la reglamentación referente al uso de los recursos es preciso considerar la necesidad de adoptar mecanismos institucionales que garanticen el más eficiente uso lo mismos, integrándolos a fuentes adicionales de financiación y aplicándolos a programas precisos y en los que actúe todo el sistema de compensación familiar, evitando esquemas aislados o modelos particulares bajo el criterio particular y diverso de los entes territoriales. Solamente así se logrará un impacto de consideración. Incorporando además esquemas continuos de medición de resultados. (Pág 507)

3.3.2.1 De la administración y financiación de los servicios de salud

Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo definido en el numeral 3° del artículo 160 y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, y el Acuerdo 260 del CNSSS, estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.

Las cuotas moderadoras y los copagos se aplican teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de la persona cotizante. Si existe más de una persona cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado. Por ejemplo si en el grupo familiar trabajan mamá y papá, las cuotas moderadoras y copagos se cancelan con base en el salario de quien menos gane.

3.3.2.1.1 Cuotas moderadoras.

De conformidad con lo definido por el artículo 1° del Acuerdo 260 del CNSSS, las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS en el régimen contributivo; se crean con el fin de que los usuarios del régimen contributivo, no desborden los servicios de salud y moderen la utilización de estos. Estas cuotas se aplican a los afiliados al régimen contributivo, sean cotizantes o beneficiarios.

Entre los servicios que les aplica cuota moderadora se encuentran: a) Consulta externa, general, médica, paramédica y especializada, b) Servicios de odontología, c) Laboratorios, d) Medicamentos, e) Imágenes diagnósticas y f) Urgencias no vitales.

La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas.

Cuando se trate de exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria la cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas.

Para los exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria la cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas.

Las cuotas moderadoras las pagan los afiliados al régimen contributivo, ya sean cotizantes o beneficiarios. La cuota moderadora se cobrará, según el ingreso o salario base de cotización del afiliado cotizante, de conformidad con lo descrito en los artículos 6 y 8 del Acuerdo 260 del CNSSS, de la siguiente manera:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 11.7% de un salario mínimo diario legal vigente,
2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos (2) y cinco (5) salarios mínimos, el 46.1% de un salario mínimo diario legal vigente, y

3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos, el 121.5% de un (1) salario mínimo diario legal vigente.
4. Para efectos de facilitar el cobro de las cuotas moderadoras, los valores en pesos resultantes de la aplicación de los anteriores porcentajes se ajustarán a la centena inmediatamente superior tal y como lo establece el parágrafo del artículo 8° de la norma en comento.

3.3.2.1.2 Copagos.

Los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema de salud, de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo 260 del CNSSS.

Los copagos se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios del régimen contributivo y los afiliados al régimen subsidiado, según lo establecido en el artículo 3 y 11 del Acuerdo 260 del CNSSS. Los cotizantes no pagan copagos, al igual que los afiliados al régimen subsidiado que no pagan cuota moderadora, si no copago.

Entre los servicios que les aplica copago se encuentran los siguientes, artículo 7° del Acuerdo 260 del CNSSS:

1. Los servicios y procedimientos no quirúrgicos del POS que no tengan que ver con acciones de promoción y prevención, programas de atención materno infantil, programas de control de enfermedades transmisibles, enfermedades catastróficas o de alto costo, la atención inicial de urgencias, consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, consulta externa por médico especialista, fórmula de medicamentos para tratamiento ambulatorio, exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, y exámenes de

diagnóstico por imagenología ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante.

2. Los servicios del POS de atención hospitalaria y los procedimientos de cirugía que no tengan que ver con acciones de promoción y prevención, programas de atención materno infantil, programas de control de enfermedades transmisibles, enfermedades catastróficas o de alto costo, la atención inicial de urgencias.,
3. Los procedimientos no quirúrgicos necesarios para rehabilitación, como las Terapias (Física, respiratoria, ocupacional, de lenguaje, entre otras).
4. El procedimiento de endoscopia,
5. Los procedimientos de odontología diferente a consulta, tales como la obturación y la endodoncia.

3.3.3 De la materialización de la salud en la contratación:

De modo general, y según el Diccionario de la Real Academia de la lengua el significado de Acuerdo de Voluntades es “...*el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*” (Diccionario de la Real Academia Española); también se ha dicho por los juristas que cada parte que participa en dicho acuerdo puede ser, o puede estar conformado por una o varias personas sean estas naturales o jurídicas. Así mismo nuestro marco Jurisprudencial a denominado la Buena fe Contractual como “el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones que se originan en la celebración de contratos.”

Con base a lo anterior, el Decreto 4747 de 2007 establece que el Acuerdo de Voluntades estará presente y será pieza fundamental dentro de las Fases Precontractuales y Contractuales de la negociación entre las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadora de Servicios de Salud (IPS) pero cumpliendo este acuerdo con la naturaleza jurídica de las partes que lo suscriben y las solemnidades que las normas pertinentes determinen para el pago de los servicios de salud de la población a su cargo.

De igual modo, a raíz de esta exigencia realizada por el legislador en su búsqueda desesperada por darle cumplimiento al Preámbulo de la Constitución Política y hacer valer el postulado del Artículo 48, que en unos de sus apartes cita textualmente "...la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado"... *Este ha* pretendido ofrecer ciertas garantías de igualdad a las entidades privadas que ofrecen estos servicios, procurando colocar en equilibrio a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) con respecto a las Empresas Promotoras de Salud (EPS), quienes tienen el privilegio de ser las captadoras de los rubros enviados por el Estado para el cumplimiento de esta obligación constitucional hacia los habitantes del territorio colombiano.

Los sistemas de salud en el mundo reflejan valores y principios ampliamente compartidos por la gente. Esos valores y principios han estado en constante cambio en los últimos 50 años colocando a la salud como el centro del engranaje del motor que ha crecido enormemente simultáneamente con una mayor conciencia del usuario y cambios demográficos y epidemiológicos.

La Ley 100 de 1993 propuso una de las reformas más avanzadas, no sólo en Latinoamérica sino en el contexto mundial. El modelo anterior de servicios, fue fruto de una escuela de pensamiento preconizada por organizaciones internacionales; así las cosas, el Estado colombiano

decidió entrar en la escena de los cambios, y reemplazar el modelo público de oferta subsidiada de servicios por uno de libre competencia regulada, con subsidio a la demanda como mecanismo de protección directa a la población más vulnerable, lo cual coloca al usuario más pobre en condiciones de igualdad (por lo menos en teoría) con el usuario que sí puede pagar sus servicios. (Sentencia C – 898 de 2003)

Esta síntesis apretada de los rasgos esenciales del Sistema General de Seguridad Social permite asegurar que los colombianos podríamos cambiar radicalmente de un modelo paternalista que subsidiaba la oferta, en la mayoría de los casos ineficiente, inequitativo, y de baja calidad, a un sistema universal obligatorio de seguridad social en salud para 100% de los colombianos, teniendo en cuenta que el sistema se fundamenta en la universalidad, la equidad, la solidaridad y la eficiencia. (Sentencia C –599 de 1998). Este sistema de salud implementado en Colombia se asemeja a un montaje de relojería donde sus piñones trabajan sincrónicamente, bajo tensiones equilibradas, con cierta eficiencia garantizada a través de la Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) como entidad finalizadora del proceso frente al Usuario.

Las IPS son el componente más débil del sistema. En primer lugar, porque alrededor de 60% en la infraestructura de servicios de salud pertenece al sector público. Con excepción de un segmento reducido de hospitales y centros de salud, la red de servicios públicos es de mala calidad por su infraestructura inadecuada, su dotación insuficiente de equipos e insumos, su pésimo mantenimiento, y su personal desestimulado por los salarios bajos y por la escasa capacitación en servicio. La Ley 100 de 1993 a raíz de este panorama le permitió a las IPS públicas que se conviertan en empresas sociales del Estado, como mecanismo para facilitarles la entrada en la competencia del mercado de servicios con las IPS privadas.

El problema que enfrenta el Estado consiste en que para poner en condiciones de competir a sus IPS, tendría que hacer inversiones que, por su magnitud y riesgo, probablemente no eran las más atractivas ni las más recomendables, por lo cual fue mejor transferir esa infraestructura mediante figuras legales, como el comodato, a los profesionales de la salud y que fueran ellos los que realizaran la inversión facilitada por el Estado mediante financiamientos atractivos.

A raíz de lo anterior, las EPS colocaron en marcha diferentes modalidades de contratación con las IPS entre las cuales se ha destacado como la más utilizada el *Contrato de Capitalización* el cual se hace bajo valores por servicios de salud predeterminados a la hora de entablar la relación contractual a través de Acuerdos Precontractuales esquematizados por la Ley 80 de 1993 como de "obligatorio cumplimiento" por las partes contratantes (EPS y la IPS).

Entendido como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, los Acuerdos Pre-contractuales cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada. Estos buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorios (Sconagmiglio, 1991:19).

Igualmente, se les atribuye una función interpretativa del contrato, en caso de llegar este a perfeccionarse, por lo que se concibe que la importancia de los tratos preliminares radica en el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica del que comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no solo para

determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del acuerdo comercial, sino también en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior.¹⁷

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, dispone: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

A partir de este mandato constitucional la ley 100 de 1993 estableció que la Seguridad Social de nuestro país debería enmarcarse en una base legal establecida por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) bajo los parámetros establecidos de la distribución de los recursos destinados para la Salud de los colombianos; y que por lo tanto deberían ser administrados bajo modalidades de contratación y pagos creados para la misma.

De lo anterior se puede señalar que en el régimen subsidiado las EPS deben contratar con la red pública (Estado) el 40% o 50% del valor de la unidad de pago por capitación subsidiada de acuerdo con el nivel de complejidad, el porcentaje restante lo puede contratar con las IPS privadas haciendo de esta interpretación algo demasiado frágil para realizar las múltiples artificios de parte de las EPS para no respetar los acuerdos de voluntades suscritos con anterioridad; así mismo en virtud del mismo artículo 51 cuando la entidad territorial no cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes, ya no existiría la obligación de realizar la contratación del 40% con las IPS Públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, caso en el cual todo el porcentaje de la unidad de pago por capitación subsidiada puede ser contratada con IPS privadas.

¹⁷ http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf.

Significa lo anterior, que el Sistema de Seguridad Social en Salud es reglado y en consecuencia quienes en él participan, no pueden hacer sino lo que expresamente ha determinado la Ley. A los particulares que administran recursos de la salud no les es aplicable el principio de que pueden hacer con ellos, todo lo que no esté prohibido por la Ley; para tales administradores, rige el principio de los funcionarios públicos, que únicamente pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. Esto obliga que la contratación de servicios de salud de las entidades promotoras de salud no puede hacerse sino con las personas definidas en el artículo 1 del Decreto 2753 de 1997, las cuales son instituciones prestadoras de servicios de salud, grupos de práctica profesional y profesionales independientes, siempre garantizando la libre escogencia otorgada a los afiliados en el literal g del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

A este respecto, el segundo inciso del artículo 185 *ibídem* consagra "... están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de servicios de salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de las anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud..." Añade el párrafo del mismo artículo 185, que toda IPS deberá contar con un sistema contable que le permita registrar los costos de los servicios ofrecidos.

Los Decretos 723 de 1997 y 2753 del mismo año, buscaron la optimización de los recursos destinados a la salud, reduciendo el costo que para las entidades promotoras de salud, podría significar el tener contratos con cada prestador, lo que abrió la puerta para que las EPS "desdibujaran los procedimientos contractuales con sus prestadores originales, y entraran a buscar el menor costo en la prestación del servicio de salud sin importar la calidad ni mucho

menos los usuarios incrementando sus ingresos netos y abasteciendo sus cuentas bancarias a costa de la salud de los colombianos”.

Para entenderse un poco, en estudios realizados por algunas IPS se ha determinado que en el afán de reducir costos de parte de los aseguradores se han presentado modalidades como la asociación, subcontratación o de intermediación de elementos que implican una reducción de los recursos que deben ir a salud, por concepto de la administración de estos contratos o subcontratos; en otras palabras, se trata con esta modalidad de trasladarle los costos de administración de las entidades promotoras de salud a las instituciones prestadoras de servicios de salud. Esto hace que la única razón por la cual se busca de manera desesperada el respeto de los acuerdos de voluntades por parte de las EPS en los servicios de salud frente a los servicios prestados por las IPS, es precisamente que menos recursos se queden en la entidad promotora de salud – aseguradora, y más a la salud de los usuarios a través de la IPS quien realmente es quien finaliza el ciclo de responsabilidad.

A partir de este inconveniente, se hizo necesario la implantación de un método práctico como es el Acuerdo de Voluntades entre las EPS y las IPS con el fin de consolidar procedimientos de contratación que permitieran mejorar la responsabilidad del servicio, el flujo de recursos y la calidad de servicios prestados al Usuario, es así que, el Gobierno dispone de dichos procedimientos en el decreto 4747 de 2007 con el cual busco establecer mecanismos coordinados que admitieran entablar entre los promotores y prestadores de salud las condiciones de contratación desde el inicio de las conversaciones.

El Gobierno con el fin de garantizar a las Instituciones Prestadoras de Salud que las EPS cumplan con lo pactado en estos acuerdos preliminares al momento de perfeccionar el contrato lo que hizo más creíble el cumplimiento de la Ley 1122 de 2007 en la cual se obligaba a las

Empresas Promotoras de Salud a cumplir con el anticipo en el flujo de recursos y la protección de la red prestadora inicial con respecto a nuevas instituciones.

3.3.3.1 Respecto de la buena fe:

El principio de la buena fe es un principio constitucional que obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, a que presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, y obliga a que tanto autoridades públicas como los particulares actúen de buena fe.

Sobre este principio, la Corte constitucional ha realizado interesantes exposiciones, y una de ellas contenida en la sentencia C-544 de 1994, que en su parte pertinente dice:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil, pero entonces la pregunta sería ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe, lo que nos hace pensar que el legislador si previó el hecho que a toda norma de

obligatorio cumplimiento se le pudiera esquivar a través de la ejecución de los procedimientos exigidos, pero no del cumplimiento de los compromisos adquiridos con la ejecución de dichos procedimientos.

Para el caso que nos compete estamos frente a una presunción con respecto a los pactos precontractuales realizados por las EPS con las IPS, lo que hace que la buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio.

Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, pero algo que llama la atención de este principio constitucional, es que la buena fe se presume, es decir, la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, luego, si alguien actúa de mala fe, algo muy común sobre todo en asuntos de negocios, habrá necesidad de cuestionar esa presunción de buena fe, significando esto que es necesario entrar a probar que la otra parte ha actuado de mala fe.

Es así, que se necesitaría demostrar que las EPS en el cumplimiento de los procedimientos que exige la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación), viola el principio de buena fe contractual al no tener en cuenta lo pactado en el Acuerdo de Voluntades al momento de ratificar dicho contrato, ya que sin importar lo previsto en cada uno de los acuerdos, ejerce su poder dominante al momento de la legalización, ejecución y hasta en la forma de pago a las IPS las cuales se encuentran en una posición de inferioridad.

3.4 El costo de los fallos judiciales en la procura de la protección del derecho iusfundamental al diagnóstico.

Antes de iniciar el desarrollo, es pertinente revisar la definición de costo dada por Richard Posner al explicar los tres principios básicos de la economía que se desprenden del “concepto del hombre como maximizador racional de su interés propio”. Al respecto, para el mencionado autor, el costo para los economistas es costo de oportunidad, es decir “el beneficio sacrificado al emplear un recurso del tal modo que impida su uso para alguien más”. Aplicando esta perspectiva a nuestro ejemplo sobre la implementación del derecho a la educación; los costos serían aquellos bienes o servicios en los que se dejarían de invertir tanto la administración estatal como la sociedad para invertir en la implementación del derecho a la educación.

Considerando lo señalado, los costos (entendido como costos de oportunidad) en que se incurrieron para la elaboración de la norma fue la no elaboración de otras normas menos dificultosas y más fáciles de implementar; o el costo para la construcción de infraestructura para el funcionamiento de los colegios pudo haberse usado para la inversión en otras infraestructuras para el funcionamiento de más hospitales.

Sin embargo a pesar de tener esta perspectiva, mencionado razonamiento no deja de llevarnos a un denominador común para establecer los resultados de la interacción de costos y beneficios de un derecho: el valor económico; o como señala Posner “lo que alguien esté dispuesto a pagar por el o, si ya lo tiene, la cantidad de dinero que pide por deshacerse de él”.

De lo señalado, el valor económico debe ser entendido como costos multiplicado por la posibilidad que se materialice efectivamente el costo, operación que siempre nos remitiría a valorar monetariamente el no uso de otros bienes y el beneficio de la incorporación de un bien.

Desde esta perspectiva el otorgamiento o no de un derecho dentro de un proceso judicial depende si un derecho otorga mayor o menos valor económico frente a otro en caso de conflicto.

Sin embargo si es que, como consideramos líneas arriba, los derechos fundamentales tienen necesariamente un contenido moral, ¿reducir su implementación desde una perspectiva monetaria implica necesariamente una negación de la naturaleza moral señalada? O en todo caso ¿es la riqueza un valor moral y por ende fuente de interpretación de los derechos fundamentales? Al respecto Juan Vicente Sola señala que “Posner sostiene que la eficiencia es probablemente el significado más común de la justicia y señala que un sistema basado en la ética de los principios económicos es consistente y da una estructura a nuestras instituciones morales cotidianas”.

Para fundar esta ética de las normas de maximización de riqueza, Posner avala la necesidad de apelar al principio de consentimiento que “[...] es un criterio ético que consistente con el énfasis de Kant de tratar a las personas como fines y no como medios, es decir, como personalidades autónomas. La noción de consentimiento está pensada en la compensación ex ante. La conexión entre el consentimiento y la compensación ex ante esta basada en la idea que los individuos consentirán a la maximización de la riqueza en la medida que haya una probabilidad suficiente que existirá un beneficio, es decir, ganadores netos, de la aplicación de estas normas a largo plazo, aun cuando puedan ocurrir perdidas por la aplicación de una norma en particular.” (Pag: 111-113)

Bajo la anterior situación, los postulados económicos cambian la línea argumental de los derechos fundamentales en el sentido de que en un Estado Constitucional el juez ya no está inmerso en un plano de argumentación formal sino que aparte de realizar una argumentación material, debe tender a realizar también una argumentación pragmática; en este estado de cosas el conflicto entre normas principios resulta ser frecuente al momento que el juez resuelve un

caso. Así, cuando evidencia que una norma jurídica puede contravenir los mandatos constitucionales como lo son los derechos fundamentales, resulta importante analizar la razonabilidad de la medida que recoge la norma jurídica frente a los derechos que desea limitar. Al respecto, como lo han aplicado diversos Tribunales Constitucionales a nivel comparado y también nuestro TC, el test de razonabilidad implica sub principios a saber; el juicio de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en strictusensu (ponderación).

En este punto resulta necesario considerar los costos que implican la implementación de un derecho para hacer una medida lo más o menos gravosa. Al respecto, y concordando con Dworkin, si consideramos a la maximización de la riqueza (que implica la búsqueda de una medida que genere menores costos de oportunidad) como un instrumento, este debe hacer referencia a un valor que interaccione con otros valores y que pueden estar recogidos en normas principio (es decir que los postulados del AED tiene contribuir a la aplicación de un principio que interaccione con los derechos fundamentales). Al respecto al hacer referencia y ver plausible su aplicación en el test de razonabilidad, podemos afirmar que el principio al que hace referencia el instrumento de búsqueda de valor económico sería el principio de razonabilidad. Por lo señalado, resulta ser más prudente afirmar que para analizar los costos dentro del subtest de necesidad se pueden utilizar diversos métodos y uno de ellos podría incorporar algunos de los postulados del AED como lo es el concepto de costo de oportunidad y el uso de los recursos para fines más valiosos. (Pág.: 117- 119).

3.4.1. La acción del Estado en respecto de los derechos fundamentales:

Inicialmente es necesario aclarar que el costo de los derechos sociales es extensible a la categoría de los derechos de corte individual, pues para asegurar su efectividad (en la mayoría de

los casos) es necesaria la creación y mantenimiento de estructuras administrativas, y esto también está condicionado por aspectos presupuestales. Al identificar el déficit de los erarios públicos en la excesiva demanda de los particulares de los bienes y servicios que se desprenden de los derechos sociales. Y su efectivo reconocimiento por parte del sector público, sin hacer ningún tipo de distinción. Es decir que los aparatos públicos no se tomaron el trabajo de identificar a los sectores marginados económica, social y culturalmente de la población y realizaron una equiparación de todas las personas, lo que ocasiono desigualdad y un empobrecimiento de las estructuras administrativas. (Pag: 167-168)

La redistribución económica se complementa con una tendencia que hoy tiene amplia acogida en la disciplina del derecho fiscal, relativa a la eficiencia del gasto público; en efecto, ahora no importa tanto el preocuparse por el aumento de los tributos como un mecanismo idóneo para conseguir la distribución de la que venimos hablando, sino encauzar la aplicación de los mismos a la satisfacción de las necesidades de aquellos sectores que se pretende proteger. (Pag: 171-172)

Podemos concluir que al Estado fiscal le corresponde una tarea trascendental en la aplicación de derechos de índole social, sobre todo de aquellos que se conocen como condicionados por no contar con los presupuestos facticos necesarios para su garantía, pues la existencia de las condiciones materiales para su implantación en buena parte depende de la existencia de recursos económicos. En esto consiste la progresividad de los derechos sociales, en el deber imperativo que tiene el Estado de alcanzar los requisitos indispensables para la aplicación de los derechos de segunda generación.

En el escenario de los países subdesarrollados, en donde la mayor parte de la población se encuentra en condiciones de marginalidad y se afrontan graves déficit fiscales, la aplicación de

derechos sociales se hace más difícil; sin embargo, podemos finalizar estas líneas sosteniendo, junto con Néstor Iván Osuna, que:

“si bien la disponibilidad de los recursos financieros incide sobre la realización de los derechos fundamentales, no se trata solamente de “disponibilidad”, sino también y, principalmente, de “distribución” de los medios existentes (abundantes o escasos), y se esta por tanto ante un asunto en que se entremezclan y mutuamente las condiciones constitucionales con los datos económicos”

En la Sentencia C – 288 de 2012, se considera a la sostenibilidad fiscal como un instrumento para llegar a cumplir de manera progresiva la cláusula social del Estado de Derecho. Como instrumento permite un alcance material de los derechos constitucionales para todas las personas, de tal manera que se aseguren las condiciones necesarias para que genere el cumplimiento de las obligaciones prestacionales del Estado, bajo un criterio en el cual se consiga una mejor disciplina fiscal reduciendo así la discrecionalidad por parte de los Gobiernos a la hora de tomar decisiones que tengan que ver con la política económica con la intención de crear una estabilidad macroeconómica y mejorar la estabilidad en las cuentas públicas.

No es correcto afirmar que al hablar de la garantía de la disponibilidad de los recursos se alude únicamente a la administración por parte de la rama ejecutiva del poder público. Más bien se puede considerar que al evolucionar las finanzas públicas se manifiesta que la sostenibilidad fiscal también depende de todos los involucrados en el nacimiento del gasto público –como pueden ser los jueces en sentencias estructurales o sobre derechos sociales– y a su vez al evolucionar el papel de los jueces se evidencia que la función que a ellos les corresponde como aplicadores del Derecho se ha transformado en la de garantes.

La sostenibilidad fiscal como criterio rector del poder público contribuye hacia el logro del equilibrio fiscal y la adecuada prestación de las funciones estatales, mediante el uso más racional de los recursos que ingresan a la economía para así armonizar el gasto y que los derechos que están limitados se puedan de esta manera cumplir permanentemente.

La sostenibilidad fiscal asume el papel de proteger del patrimonio público, para el principio de progresividad permita la complacencia de los derechos otorgando prioridad a la asignación de gasto público para solucionar necesidades de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, etc. Todo lo anterior, reconociendo la igualdad material y fomentando los derechos de las personas, pero sobre todo a aquellas que se encuentran menos favorecidas, en circunstancias de marginidad o de debilidad manifiesta.

Es importante considerar que la progresividad anteriormente mencionada consiste en la obligación recaída sobre el estado de siempre ir hacia adelante con respecto a la consecución del goce pleno de garantías constitucionales; por lo tanto los Estados no pueden mantenerse inmóviles ante la satisfacción de dichas garantías, se debe por el contrario tomar medidas que impulsen el aumento de la cobertura de derechos sociales.

Además, la progresividad en el principio de sostenibilidad fiscal “implica la prohibición correlativa de la regresividad”, es decir no se podría utilizar un argumento de sostenibilidad fiscal para dar paso atrás o aumentar las exigencias a la hora de efectivizar derechos fundamentales constitucionales.

La sostenibilidad fiscal se plantea como un principio de ámbito social pero que aspira a principio constitucional, tal y como se observa en la sentencia. Se resalta que:

La Corte encuentra que dicha estructura argumentativa [afectación de derechos] pierde fuerza de convicción cuando se advierte que la sostenibilidad fiscal, en realidad no es un

principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la sostenibilidad fiscal redefine los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución. Por ende, no es viable propugnar que la sostenibilidad fiscal deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados.

La sentencia C-313 de 2014 al momento de realizar el estudio de la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud, dijo que no era viable oponerse frente al derecho de la salud, en aplicación del principio de sostenibilidad fiscal, por estar señalado el artículo 334 de la Constitución Política- (Acevedo, 2015:129), pero para otras personas la sostenibilidad en el financiamiento del Plan Único de Salud, porque consideran que los propósitos de la ley y tener el objetivo de otorgarles bienes y servicios a todos los ciudadanos sin ninguna discriminación existen problemas que persisten en el sistema, que probablemente incidirá en la aplicación de la Ley Estatutaria de Salud; (Acevedo, 2015:129) donde se busca la generación de una manera

permanente la debida prestación del servicio, implica una descongestión judicial, máxime que la función jurisdiccional la tiene la Superintendencia Nacional de Salud

4. Conclusiones

El Juez como protector de derechos sociales, se puede observar la postura del autor Upegui (2009) en una valiosa síntesis de la jurisprudencia constitucional, propone doce tesis de lo que se ha entendido por Estado social de Derecho, de las cuales rescatamos las siguientes:

La tesis del tránsito: la Constitución de 1991 marca el paso de un Estado liberal a un estado Social, en el que el Estado interviene en la economía, se consagran derechos sociales, y la efectividad de los derechos fundamentales es de relevancia jurídica. Esta tesis excluye la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda actuar como un Juez liberal restringido,

La tesis de la reinterpretación de algunos conceptos: Los derechos clásicos se reinterpretan con un nuevo contenido axiológico. Se deben adoptar medidas de discriminación positiva, lo que marca una conexión conceptual entre igualdad real y los derechos sociales. Las sentencias con impacto económico para satisfacer los derechos sociales proferidas por la Corte Constitucional, se edifican en dicha conexión,

La tesis de inexistencia de poderes ilimitados: los poderes públicos y privados están sujetos a límites, controles y restricciones. El ejercicio del poder supone ciertos límites en su ejercicio para garantizar su coherencia con el Estado social de Derecho. Las decisiones sobre derechos sociales de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales son un control a actuares omisivos de las autoridades encargadas de satisfacerlos,

La tesis del compromiso del mínimo vital: este es un factor determinante del Estado colombiano para los habitantes que son afectados por la pobreza material y su exclusión del Estado. El derecho al mínimo vital se refiere al mínimo básico en salud, educación, alimentación, vivienda y seguridad social, todos vinculados con la dignidad humana,

La tesis de progresividad de los derechos económicos y sociales: El Estado debe avanzar a partir de mínimos para dar plena satisfacción a los derechos sociales. Para lo cual debe: (i) diseñar políticas públicas, (ii) avanzar cuantitativa y cualitativamente en los márgenes de protección de estos, y (iii) no implementar medidas que disminuyan el cumplimiento de los objetivos trazados (principio de no regresividad).

Las exigencias del principio de regresividad se transgrede en dos eventos: (i) cuando se “limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social”, (ii) o cuando se “imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse” (Abramovich y Courtis, 2004, p. 122).

La dinámica judicial lleva a que se vaya decantando caso a caso las exigencias que se derivan de cada derecho social a favor de las personas, y en la medida que los pronunciamientos de la Corte Constitucional adquieren la condición de precedentes judiciales, los derechos sociales pueden ser protegidos hasta por los jueces con reducida competencia legal, sin embargo, el otorgamiento de las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, rompe con los esquemas del Estado.

Es así como surgen una serie de casos individuales –sede de tutela– que demuestran que la violación a los derechos fundamentales no es esporádica u ocasional sino generalizada. Esta situación se deriva “de fallas sistemáticas en la administración pública”, por lo que las soluciones a esos casos no contribuyen a reparos sistémicas. Para ello hace falta, además de órdenes

concretas, órdenes para la adopción de medidas generales al aparato estatal que vinculan a muchas autoridades.

Esas órdenes se encargan de especificar objetivos, señalar políticas públicas a desarrollar, identificar medios adecuados de cumplimiento. “Algunos mandatos estructurales son demasiado costosos y dan lugar a que se formulen las objeciones basadas en el costo de la protección” de los derechos sociales (Tushnet, 2013, pp. 134-135).

Ahora, el cumplimiento de las sentencias estructurales no se agota en un solo acto, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 24-2 lit. c) de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸, ha creado jurisprudencialmente las audiencias de seguimiento en donde la Sala que profirió la sentencia estructural cita a las autoridades públicas vinculadas a ellas a fin de que expongan las medidas de cumplimiento adoptadas y su éxito, escuchando a la comunidad y personas interesadas en la garantía de los derechos fundamentales.

Según lo recaudado o debatido en estas sentencias la Corte Constitucional llega a producir autos de seguimiento en donde van modificando sus decisiones –reconociendo avances o intensificando las órdenes en determinados sectores– para lograr la eficacia de la sentencia estructural¹⁹.

Este diseño jurisprudencialmente creado demuestra que la Corte se reconoce a si misma con un alto nivel de legitimidad democrática, es decir, que determina que el poder judicial tiene una función garante de los derechos constitucionales y , por esto, adopta medidas requeridas para cumplir con dicha función, de modo que los efectos económicos se tienen en cuenta cuando se

¹⁸ Los Estados se obligan “a garantizar el cumplimiento... de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

¹⁹ Desde luego no a toda sentencia estructural le sigue audiencias y autos de seguimiento. Casos ejemplarizantes en que sí, son las de las Sentencia T-024 de 2005 y T-760 de 2008.

efectivizan las sentencias, cuando se estudian y cuando se valoran desde el punto de vista económico.

El Acto Legislativo 03 de 2001 presenta a la sostenibilidad fiscal como un derecho que se enmarca en los objetivos de racionalizar la economía para mejorar la calidad de vida de los colombianos, promover la distribución equitativa de oportunidades y beneficios del desarrollo, así como tener un ambiente sano; todo lo anterior con el fin de lograr los objetivos del Estado Social de Derecho, teniendo como prioridad el gasto público.

El instrumento por el cual se materializa para la rama judicial el principio de sostenibilidad fiscal es el incidente del impacto fiscal. En el momento que al procurador general y a los ministros se les concede la facultad de presentar argumentos que exponen como en una sentencia judicial se afecta la sostenibilidad fiscal, ahí, la Corte interpreta el incidente del impacto fiscal. Para que este incidente tenga apertura, se debe proferir la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales de esta manera se podrá solicitar la apertura del mismo, cuyo trámite será obligatorio.

Cabe recalcar que el incidente del impacto fiscal no habilita la modificación del fallo de la sentencia de manera obligatoria y rotunda, pero con este si se tiene el deber de considerar de una manera precisa los argumentos presentados por el procurador general y los ministros, para su cumplimiento. Se debe tener en cuenta que el incidente del impacto fiscal está delimitado por una serie de reglas, las cuales están determinadas según la etapa procesal en la que va el trámite.

Lo que se busca con el criterio del incidente del impacto fiscal es reforzar y limitar la toma de decisiones del gobierno en lo concerniente a las políticas económicas del país, considerando que mediante este procedimiento constituido en dos etapas se pueden presentar argumentos necesarios sobre posibles consecuencias del fallo de la sentencia que trascienda en el tema de

finanzas públicas. Sólo si la Corte considera pertinente cambian los efectos del fallo –no su contenido–, se entrar a deliberar para poder llegar a una decisión equilibrada que incorpore, después de esta interlocución entre las altas cortes y los funcionarios mencionados, “un ámbito de protección de los derechos reconocidos judicialmente”.

Por lo descrito anteriormente, el Acto Legislativo 03 de 2011 dispone que se debe “racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo”, se entiende que ésta misma (sostenibilidad) es un instrumento que garantiza que la cláusula social del Estado de Derecho se pueda llegar a cumplir de manera progresiva.

Hay pues una subordinación de la sostenibilidad fiscal al principio de progresividad, por lo que el deber que recae sobre el Estado de ir siempre hacia adelante en relación al alcance del goce pleno de garantías constitucionales, es decir, que los derechos sociales sean garantizados de forma plena, no se desdibuja por la reforma constitucional de la sostenibilidad fiscal. La prioridad del gasto público social en el presupuesto nacional, se mantiene pese a la sostenibilidad.

Para finalizar, el actual Gobierno Nacional y los venideros, tendrán que implementar políticas públicas y fiscales tendientes a mejorar los resultados en salud de todos los colombianos, y promover la equidad y el acceso, al Sistema, garantizar la sostenibilidad financiera del sector y recuperar la confianza y legitimidad teniendo como base EL DERECHO A LA SALUD establecida en el art. 2 de la Ley Estatutaria de Salud, como un derecho fundamental, que comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz, con calidad, asegurando que se realice el correspondiente DIAGNÓSTICO al paciente que accede a los servicios médicos, quien

gracias a este, tendrá una oportunidad de mejorar su estado físico y mental y una vida digna. Por lo tanto el Estado en cumplimiento de sus obligaciones deberá propender por intermedio del Ministerio de Salud y protección social en el plan de desarrollo 2014-2018, acciones complementarias buscando con ellas que se aplique la autonomía medica atendiendo la evidencia científica y el principio de integralidad, teniendo acciones de auto regulación en defensa del ciudadano, además una nueva cultura en materia de salud con conciencia tanto de los usuarios como profesionales de la salud sobre la importancia de la sostenibilidad fiscal y transparencia en el sector, esto en el uso de los recursos y el control del gasto entre los sujetos que participan activamente en el sistema de salud colombiano.

Referencias

- Abramovich, V & Courtis, C. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Trotta: España, Madrid.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2005). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.
- Acevedo, D. (2015) Régimen de Transición vs Sostenibilidad Financiera: Comentarios a la Ley Estatutaria de Salud. Ibañez Editores.
- Acuerdo 029 del 2011 sustraído de la sentencia t- 745 del 2013. Recuperado el día 21 de Septiembre del 2016. <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- Alexy, R. (1995) Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Bogotá. Editorial Universidad del Externado.
- Alexy, Robert, (2004). El Concepto y la Validez del Derecho, Barcelona: Gedisa, 2004. p. 159.
- Alexy, Robert. (2003). Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (1999) ¿Hay respuestas correctas en el Derecho?. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes: Colombia, Bogotá D.C.
- Arango, R. (2004) ¿Hay respuestas correctas en el derecho?. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Arango, R. (2012). El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis Editores S.A.: Colombia, Bogotá D. C.
- Arango, R. (2012). El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis Editores S.A.: Colombia, Bogotá D. C.

Armenta, L. M. (2013). Sistema jurídico de la seguridad social . Derecho comparado UNAM , 62.

Bernal, C. (2008) El Derecho de los derechos. Bogotá D.C.: Legis S.A. y Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Carlos. (2005) El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos. Trotta: España, Madrid.

Carlos Alberto Agudelo Calderón, Jaime Cardona Botero, Jesús Ortega Bolaños, Rocio Robledo Martínez titulada (2011) “The Colombian healthcare system: 20 years of achievements and problems”.

Carlos Alberto Agudelo Calderón, Jaime Cardona Botero, Jesús Ortega Bolaños, Rocio Robledo Martínez, 2011. Sistema de salud en Colombia: 20 de años de logros y problemas. Recuperado el día 11 de abril de 2016. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600020

Castaño de Restrepo María Patricia. Editorial Temis S.A. (1997). El Consentimiento informado del paciente en la responsabilidad medica.

Centragolo, O. (2013). El sistema de salud del Peru . Lima.

César Javier Valencia Caballero (2015) libro “La Responsabilidad Penal de los Administradores del Sistema de Salud”

César Javier Valencia Caballero. (2015)La Responsabilidad Penal de los Administradores del Sistema de Salud

Chundnovsky, C. H. (2002). El sistema de salud en Argentina . Universidad de San Andres.

Claudia López, 2015. Iniciativas verdes a favor de la seguridad social de los colombianos.

Recuperado el día 28 de marzo de 2016. <http://www.claudia-lopez.com/iniciativas-verdes-en-favor-de-la-seguridad-social-de-loscolombianos/>

Clerici, R. A. (s.f.). El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires .

Clérico, L. (2009) El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional. Editorial universitaria de Buenos Aires: Argentina.

Constitución Política de 1991. Legis. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-047 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 2 de Febrero de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-050 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 2 de Febrero de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-076 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 31 de Enero de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-105 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 8 de Febrero de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-137 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 20 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-137 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 20 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-276 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 17 de Abril de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-553 de 2006 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 14 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-553 de 2006 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 14 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-581 de 2006 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 26 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-581 de 2006 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 26 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-609 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 8 de Agosto de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-690A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 4 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-694 de 2005 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 1 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-694 de 2005 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 1 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-921 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 9 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-921 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 9 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-972 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 29 de Noviembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-982 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 23 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta. T-982 de 2003 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 23 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarto. T-717 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 7 de Octubre de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-091 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 15 de Febrero de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1004 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 30 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1004 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 30 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1048 de 2003 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1048 de 2003 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1076 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 28 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1076 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 28 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1111 de 2003 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 21 de Noviembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1111 de 2003 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 21 de Noviembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1163 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 18 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1163 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 18 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1234 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 9 de Diciembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-1234 de 2004 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 9 de Diciembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-304 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Marzo de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-304 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Marzo de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-346 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 4 de Mayo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-346 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 4 de Mayo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-365 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 8 de Abril de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-365 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 8 de Abril de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-412 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 15 de Abril de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-412 de 2005 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 15 de Abril de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala novena. T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 8 de Julio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-752 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Agosto de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-752 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 31 de Agosto de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-944 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 13 de Diciembre de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-963 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 23 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-963 de 2006 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 23 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena. T-964 de 2007 (M.P. Clara Ines Vargas Hernandez 15 de Noviembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-050 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 30 de Enero de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-084 de 2005 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 3 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-084 de 2005 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 3 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-1177 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 2 de Diciembre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-1180 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 2 de Diciembre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-232 de 2004 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 11 de Marzo de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-232 de 2004 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 11 de Marzo de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-253 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 10 de Marzo de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-274 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 13 de Abril de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-324 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 10 de Abril de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-398 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 24 de Abril de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-452 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Junio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-548 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 7 de Julio de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-570 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 4 de Junio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-685 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 2 de Septiembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-725 de 2008 (M.P. Catalina Botero Marino 13 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-795 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 19 de Agosto de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-841 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 3 de Noviembre de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-854 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 28 de Octubre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-925 de 2003 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 10 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-925 de 2003 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 10 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-934 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 23 de Noviembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-596 de 2006 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 27 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. T-596 de 2006 (M.P. Alvaro Tafur Galvis 27 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-046 de 2011 (M.P. Maria Victoria Calle Correa 4 de Febrero de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-055 de 2009 (M.P. Jaimer Araujo Renteria 2 de Febrero de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-095 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Renteria 9 de Febrero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-1181 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería 4 de Diciembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-1181 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería 4 de Diciembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-392 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Renteria 29 de Abril de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-392 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Renteria 29 de Abril de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-762 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería 11 de Agosto de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-762 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería 11 de Agosto de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-790 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Renteria 28 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-881 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Renteria 11 de Septiembre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-887 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Renteria 31 de Octubre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-887 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Renteria 31 de Octubre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-893 de 2010 (M.P. Maria Victoria Calle Correa 10 de Noviembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-911 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Renteria 8 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera. T-911 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Renteria 8 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-036 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 26 de Enero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-036 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 26 de Enero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-083 de 2008 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo 1 de Febrero de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-1036 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 21 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-1036 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 21 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-1199 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 1 de Diciembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-1199 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 1 de Diciembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-146 de 2011 (M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo 7 de Marzo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-178 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 28 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-178 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 28 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-280 de 2008 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo 14 de Marzo de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-566 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 19 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-566 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 19 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-684 de 2008 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo 4 de Julio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta. T-685 de 2008 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo 4 de Julio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-074 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 3 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-074 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 3 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-087 de 2007 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 8 de Febrero de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-1014 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 6 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-1014 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 6 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-1027 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 13 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-1027 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 13 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-110 de 2004 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 12 de Febrero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-110 de 2004 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 12 de Febrero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-151 de 2008 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 15 de Febrero de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-185 de 2004 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 4 de Marzo de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-185 de 2004 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 4 de Marzo de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-250 de 2006 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 30 de Marzo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-250 de 2006 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 30 de Marzo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-500 de 2007 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 29 de Junio de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-639 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo 26 de Agosto de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-736 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo 13 de Septiembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-742 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 14 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-742 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 14 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-831 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 11 de Agosto de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-831 de 2005 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 11 de Agosto de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-843 de 2003 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 25 de Septiembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda. T-843 de 2003 (M.P. Alfredo Beltran Sierra 25 de Septiembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-061 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 30 de Enero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-061 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 30 de Enero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-101 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 16 de Febrero de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-101 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 16 de Febrero de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1015 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 29 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1015 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 29 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1041 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 5 de Diciembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1041 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 5 de Diciembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1071 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 28 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1071 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 28 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1074 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 13 de Noviembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1074 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 13 de Noviembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1079 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 13 de Diciembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1080 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 13 de Diciembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1092 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 4 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1092 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 4 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1105 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 28 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1105 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 28 de Octubre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1331 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Diciembre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-1331 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Diciembre de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-148 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 1 de Marzo de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-555 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 18 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-555 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 18 de Julio de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-636 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 15 de Agosto de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-646 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla 17 de Septiembre de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-652 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 9 de Agosto de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-652 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 9 de Agosto de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-675 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 30 de Agosto de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-749 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 24 de Julio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-768 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 25 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-826 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes 1 de Septiembre. de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Septima. T-826 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes 1 de Septiembre. de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-142 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 1 de Marzo de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-249 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 16 de Abril de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-359 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 11 de Mayo de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-600 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 19 de Junio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-775 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 25 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-804 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 28 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta. T-847 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 12 de Octubre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-096 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Perez 22 de Febrero de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-363 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez 11 de Mayo de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-593 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño 19 de Junio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-603 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez 27 de Julio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-631 de 2005 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 16 de Junio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-631 de 2005 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 16 de Junio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-698 de 2005 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 1 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-698 de 2005 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 1 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-779 de 2006 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 13 de Septiembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-779 de 2006 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 13 de Septiembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-867 de 2003 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 29 de Septiembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-867 de 2003 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 29 de Septiembre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-940 de 2006 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 16 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-940 de 2006 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa 16 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera. T-946 de 2007 (M.P. Jaime Cordoba Triviño 9 de Noviembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia, T – 814 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional de Colombia, T 366 de 1999 (Corte Constitucional de Colombia 1999).

Corte Constitucional de Colombia, T 366 de 1999 (Corte Constitucional de Colombia 1999).

Corte Constitucional de Colombia, T-277 de 2000 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Corte Constitucional de Colombia, T-277 de 2000 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Corte Constitucional de Colombia, T-289 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia 2001).

Corte Constitucional de Colombia, T-289 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia 2001).

Corte Constitucional de Colombia, T-289 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia 2001).

Cortés González, J. C. (2011). Reforma al Sistema de Salud, Comentarios a la Ley 1438 de 2011.

Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Cortés, J. C. (2011). Reforma al sistema de salud, comentarios al sistema a la Ley 1438 de 2011.

Legis Editores S.A.: Colombia, Bogotá D.C.

Dantes, O. G. (2011). Sistema de salud de Mexico . Mexico D.F.

Decreto 1703 de 2002. Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2 de Agosto de 2002. Diario oficial 44893.

Decreto 433 de 1971. Por el cual se reorganiza el instituto colombiano de seguros sociales y se deroga la ley 90 de 1946. 27 de Marzo 1971. Diario Oficial 33302.

Decreto 526 de 1975 por el cual se dictan normas sobre los subsistemas nacionales de inversión, información, planeación, suministros, personal e investigaciones del sistema nacional de salud. 20 de Marzo 1975. Diario oficial 34294.

Derecho Fundamental, s.f. Derechos fundamentales. Recuperado el día 11 de abril de 2016.

http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales

Diccionario de la Real Academia Española. Gedisa.

Domenech, D. (2007). Modelo de atención integral a la salud. Montevideo .

Duarte, C., Frías, C., y Ríos, M. (2014). Las garantías judiciales del procedimiento de provisión de viviendas dignas para los habitantes de zonas de alto riesgo a instancia de las acciones de tutela y popular. *Revista de Derecho y Desarrollo*, 2(3), 30-57. Recuperado de <http://issuu.com/institutoomg/docs/redyd-2013-final>

Educación para la salud, niveles de organización, organización hospitalaria . (13 de 2 de 2015).
Obtenido de Educación para la salud, niveles de organización, organización hospitalaria :
http://contenidosdigitales.ulp.edu.ar/exe/educacion_salud/la_atencion_medica__niveles_de_organizacion__organizacion_hospitalaria.html

Ferragoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trotta: España.

Ferragoli, L., Bacelli L., Bovero, M., Guastini, R., Jori, M., Pintore, A., Vitale, E. y Zolo, D. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia actual*. Madrid: Trotta.

Fioravanti, M. (1996). *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Trotta: Colombia, Bogotá D.C.

Fiovaranti, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de la Constituciones*. Madrid. Trotta.

FOSYGA, 2013. ¿Qué es y para qué sirve el Fosyga? Recuperado el día 11 de abril de 2016.
<http://afiliadosfosyga.blogspot.com.co/2013/07/que-es.html>

Hierro, L (2008). *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*. Madrid: Iustel.

Hierro, I. (1996). *El derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta.

Jorge Enrique Robledo, 2016. El Senador Jorge Robledo critico el sistema de salud. Recuperado el día 28 de Marzo de 2016. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>

Juan Gossain, 2012. Así se robaron el sistema de salud de los colombianos. Recuperado el día 28 de marzo de 2016. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11420683>

Larenz, K. (2004) Metodología de la Ciencia del Derecho. España: Ariel S.A.

Ley 10 de 1990 por la cual se reorganiza el sistema de salud colombiano. 10 de Enero de 1990. Diario Oficial 39137.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de Diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148.

Ley 1122 de 2007 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 46506 del 9 de Enero de 2007. www.alcaldiabogota.gov.co

Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones. 19 de Enero de 2011. Diario Oficial No. 47957

Ley 30 de 1886. Que crea Juntas de Higiene en la Capital de la República y en las de los Departamentos y Ciudades principales. 20 de octubre de 1886.

Ley 6 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. 19 de Febrero 1945. Diario oficial 25790.

Ley 691 de 2001. Mediante la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en Colombia. 21 de Septiembre de 2001. Diario Oficial No. 44.558.

Ley 76 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. 26 de Diciembre de 1968. Diario Oficial No. 32.682.

Ley 90 de 1946. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el instituto colombiano de seguros sociales. 26 de Diciembre. Diario Oficial 26322.

Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 49427 de febrero 16 de 2015.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>

Ley Estatutaria, 2011. ¿Que son las leyes estatutarias? Recuperado el día 11 de abril de 2016.
<http://www.camara.gov.co/portal2011/preguntas-frecuentes/166-ique-son-las-leyes-estatutarias>

López, J., Bateman, A., Vengoechea, J. y López, J. (2009). La garantía de los derechos sociales. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana y Editorial Ibañez.

López, M. D. (2006). El Derecho de los Jueces. Legis, Colombia.

Manrique Villanueva, J. E., Bermúdez Alarcón, K., Díaz Franco, R. M., Gómez Calderón, L. A., & Sánchez Pacheco, F. E. (2012). Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: Aproximación a la doctrina y jurisprudencia constitucional. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Manrique Villanueva, J. E., Bermúdez Alarcón, K., Díaz Franco, R. M., Gómez Calderón, L. A., & Sánchez Pacheco, F. E. (2012). Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales:

Aproximación a la doctrina y jurisprudencia constitucional. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

MEXICO, G. d. (7 de 3 de 2015). Instituto de seguridad y de servicios sociales de los trabajadores del Estado. Obtenido de Instituto de seguridad y de servicios sociales de los trabajadores del Estado: <http://www2.issste.gob.mx:8080/index.php/mder-delbajacalif-objetivos>

Parra, O. (2003) El Derecho a la salud, En la constitución, la jurisprudencia y los Instrumentos internacionales. Bogotá. Defensoría del Pueblo.

Peru, M. d. (2013). Analisis de las situacion de salud del Peru . Lima: Deposito legal, biblioteca del Peru .

Plan Obligatorio de Salud, s.f. Lo que usted debe saber sobre el Plan Obligatorio de Salud. Recuperado el día 11 de abril de 2016. <http://www.coosalud.com/files/1113/3192/9563/78029264-Plan-de-Salud-Coosalud.pdf>

Plazas, M. A. (2009) Del Realismo al Trialismo Jurídico. Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial. Bogotá: Temis S.A.

Ramiro Guerrero, 2013. ¿Beneficiaria a los colombianos la reforma a la salud? Recuperado el día 28 de marzo de 2016. <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/beneficiara-colombianos-reforma-salud>

Régimen Contributivo. s.f. Sistema de seguridad social en salud. Recuperado el día 11 de abril de 2016. <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/ABC%20R%C3%89GIMEN%20CONTRIBUTIVO.pdf>

- Régimen Subsidiado, 2010. Ministerio de la Protección Social proyecto de acto administrativo operación régimen subsidiado 2010. Recuperado el día 11 de abril de 2016. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/PROYECTO%20DECRETO%20REG%20LAMENTARIO%20REG%20SUBSIDIADO.pdf
- Resolución 5521 de 2013. Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS), 27 de Diciembre de 2013. Ministerio de Salud y Protección Social. www.minsalud.gov.co
- Rincón Córdoba, J. I. (2004). Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2004). Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ríos, M, (2015). La protección de los derechos subjetivos derivados de las facetas prestacional y de defensa del derecho a la vivienda digna en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional. *Revista Temas Socio-Jurídicos*, 33 (68), pp. 127-152.
- Roa, J. (2015). El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. *Documentos de trabajo-Departamento de Derecho constitucional*, 26, 5-27. Recuperado de <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-26.pdf>
- Rojas, G. (2012) *De la Justicia a los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Temis S.A. Universidad Católica de Colombia.
- Rubio, A. (s.f.) *Teoría del Derecho y Derecho subjetivo en Alf Ross*. Tomando de: <file:///D:/Downloads/Dialnet-TeoriaDelDerechoYDerechoSubjetivoEnAlfRoss-142121.pdf> Visitada el 7 de julio de 2014.

Sconamiglio, Renato, Teoría general del contrato, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, Bogotá, 1991.

http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/

Sentencia T-384/2013

Sentencia T – 760/ 2008. 31 de Julio de 2008. Recuperado el día 21 de Septiembre del 2016.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sentencia T- 069/2055. 28 de Enero de 2005. Recuperado el día 31 de Octubre de 2016.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sentencia T- 361/2014. 10 de Junio de 2014. Recuperado el día 12 de Octubre de 2016.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sentencia T- 745/ 2013. 23 de Octubre de 2013. Recuperado el día 21 de Septiembre del 2016.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sistema de Salud, 2005. ¿Qué es un sistema de salud? Recuperado el día 11 de abril de 2016.

<http://www.who.int/features/qa/28/es/>

Soriano, R. L. & Mora, J.J. (2011) Teorías y Fundamentos del Derecho. Perspectivas Críticas. Editorial Tecnos.

Tamayo Jaramillo Javier, Bogotá Editorial Temis, (1999). De la Responsabilidad Civil

Tejada Ruiz Claudia Patricia y otro. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (1994) Responsabilidad Civil y del Estado en la prestación de servicios Medico-Asistenciales.

Tushnet, M. (2013). Reflexiones sobre la protección judicial de los derechos sociales y económicos en el siglo XIX. En HENAO, J. (Ed.), Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo (pp. 125-140). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

UNAM, B. j. (2012). La seguridad social en Mexico. Mexico DF: UNAM .

- Upegui, J. (2009). Doce tesis en torno al concepto de Estado social de Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R., Jaramillo, J., Botero, C., Herreño, L. (2007) Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Velandia Canosa Eduardo Andrés. (2012). Los derechos fundamentales y el análisis económico del Derecho. En H. A. Torres, Derecho Procesal Constitucional (Vol. Segundo, págs. 106-123). Bogotá: VC Editores Ltda.
- Velandia Canosa Eduardo Andrés. (2012). Los derechos fundamentales y el análisis económico del Derecho. En H. A. Torres, Derecho Procesal Constitucional (Vol. Segundo, págs. 106-123). Bogotá: VC Editores Ltda.
- Walter Ramiro Toro Jiménez, 2003. Modelo de simulación prospectiva de la demanda de servicios de salud para enfermedades de alto costo: aplicación para una entidad promotora de salud colombiana. Recuperado el 11 de abril de 2016. <http://www.eumed.net/tesisdoctorales/wrtj/Estructura%20General%20del%20Sistema%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud%20colombiano.htm>

Lista de Apéndices

- Apéndice A. Sentencias Derecho al Diagnostico 1999.
- Apéndice B. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2000.
- Apéndice C. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2001
- Apéndice D. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2002
- Apéndice E. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2003
- Apéndice F. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2004
- Apéndice G. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2005
- Apéndice H. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2006
- Apéndice I. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2007
- Apéndice J. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2008
- Apéndice K. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2009
- Apéndice L. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2010
- Apéndice M. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2011.
- Apéndice N. Sentencias Derecho al Diagnostico año 2013